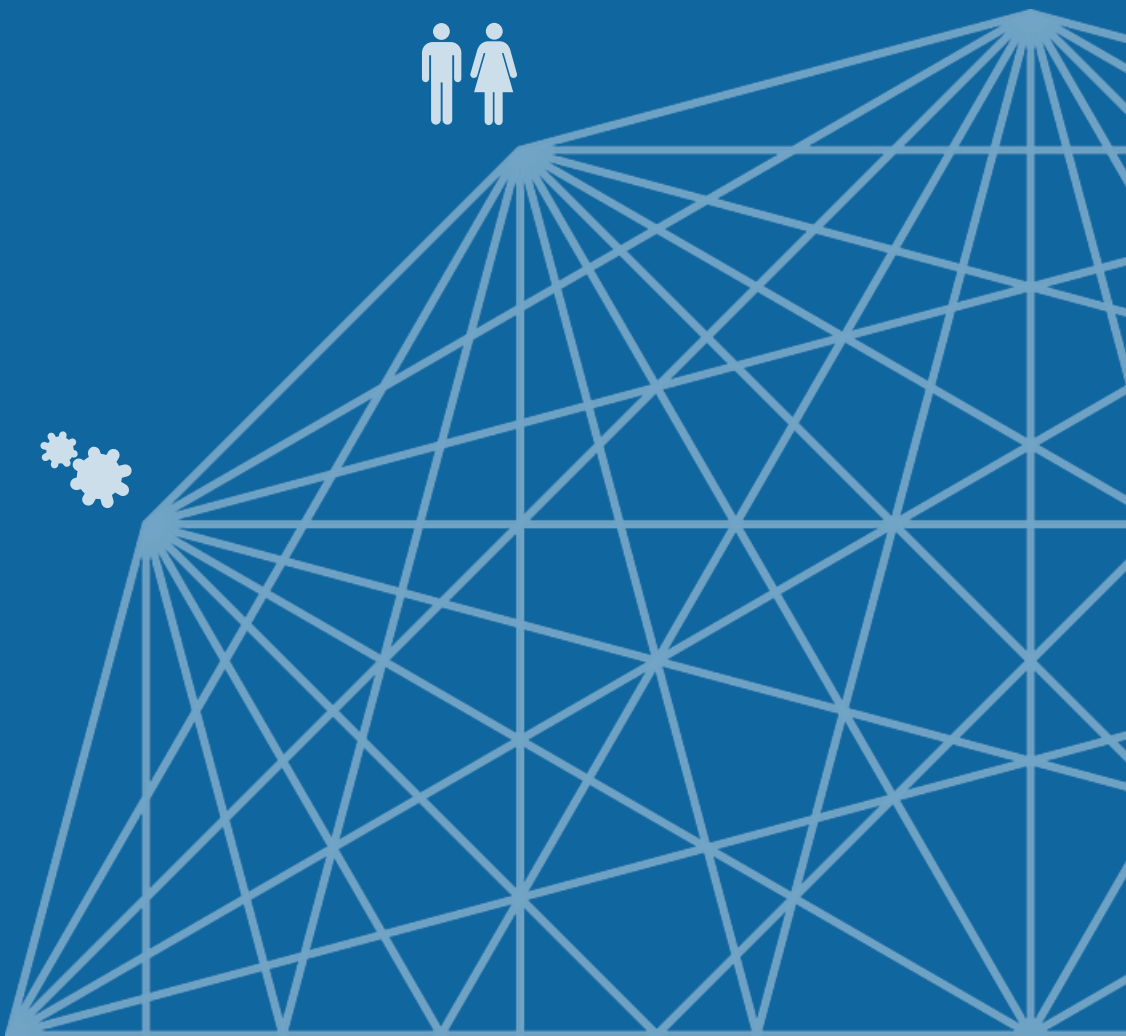


TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



Julio 2021. N° 3

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 3

Monográfico

LA NUEVA REGULACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA
Y DEL TELETRABAJO

Sevilla, 2021

CONSEJO EDITORIAL

Presidencia

María Fernanda Fernández López (Universidad de Sevilla)
Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo (Universidad de Sevilla)

Dirección Ejecutiva

Francisco Javier Calvo Gallego (Universidad de Sevilla)
Juan Carlos Álvarez Cortés (Universidad de Málaga)
José Manuel Morales Ortega (Universidad de Málaga)

Secretario Ejecutivo y Coordinador

Miguel Ángel Martínez Gijón Machuca (Universidad de Sevilla)

Secretaría General

María Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva)
Emilia Castellano Burguillo (Universidad de Huelva)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Coordinación General

Antonio José Valverde Asencio (Universidad de Sevilla)
María Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva)

Secretario

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca (Universidad de Sevilla)

Vocales

María José Asquerino Lamparero (Universidad de Sevilla)
Pierre Cialti (Universidad Pablo de Olavide)
Ana Domínguez Morales (Universidad de Sevilla)
Iluminada Fera Basilio (Universidad de Huelva)
Carmen Ferradans Caramés (Universidad de Cádiz)
Macarena Hernández Bejarano (Universidad de Sevilla)
María del Junco Cachero (Universidad de Cádiz)
Francisco Lozano Lares (Universidad de Málaga)
Iluminada Ordóñez Casado (Universidad de Málaga)
Rosa Pérez Yáñez (Universidad de Málaga)
Gema Quintero Lima (Universidad Carlos III de Madrid)
María Sepúlveda Gómez (Universidad de Sevilla)
Adrián Todolí Signes (Universidad de Valencia)

CONSEJO ASESOR

Presidencia

Eva Garrido Pérez (Universidad de Cádiz)

José Manuel Gómez Muñoz (Universidad de Sevilla)

Vocales

Francisco Alemán Páez (Universidad de Córdoba)

Cristina Alessi (Università di Brescia)

Carlos Luis Alfonso Mellado (Universitat de València)

Jaime Cabeza Pereiro (Universidade de Vigo)

Jesús Cruz Villalón (Universidad de Sevilla)

Juan José Fernández Domínguez (Universidad de León)

Carolina Gala Durán (Universitat Autònoma de Barcelona)

Francisco Javier Hierro Hierro (Universidad de Extremadura)

Manuel Luque Parra (Universitat Pompeu Fabra)

Carolina Martínez Moreno (Universidad de Oviedo)

Maria do Rosario Palma Ramalho (Universidade de Lisboa)

María José Romero Ródenas (Universidad de Castilla-La Mancha)

Sebastián de Soto Rioja (Universidad de Huelva)

Patrizia Tullini (Università di Bologna)

Yolanda Valdeolivas García (Universidad Autónoma de Madrid)

Francisco Vila Tierno (Universidad de Málaga)

Cristina Antoñanzas Peñalva, en representación de UGT

José Blas Fernández Sánchez, en representación del Consejo Andaluz de Graduados Sociales

Fernando Rocha Sánchez, en representación de la Fundación 1º Mayo (CCOO)

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

Coordinación general

Juan Carlos Álvarez Cortés (Universidad de Málaga)

José Manuel Morales Ortega (Universidad de Málaga)

Este trabajo está autorizado bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObra-Derivada 4.0 (CC-BY-NC-ND 4.0), lo que significa que el texto puede ser compartido y redistribuido, siempre que se reconozca adecuadamente la autoría, pero no puede ser mezclado, transformado ni se puede construir a partir de él. No se puede utilizar el material para una finalidad comercial. Para más detalles consúltese http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es_ES. Los términos de la licencia Creative Commons para reutilización no se aplican para cualquier contenido (como gráficas, figuras, fotos, extractos, etc.) que no sea original de la publicación Open Acces y puede ser necesario un permiso adicional del titular de los derechos. La obligación de investigar y aclarar los permisos necesarios será solamente de aquellos que reutilicen el material.



Ética en la publicación. La revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado solo publicará artículos originales y de calidad científica contrastada. Se velará estrictamente para que no se produzcan malas prácticas en la publicación científica, tales como la deformación o invención de datos, el plagio o la duplicidad. Los autores tienen la responsabilidad de garantizar que los trabajos son originales e inéditos y que cumplen con la legalidad vigente y los permisos necesarios. Los artículos que no cumplan estas normas éticas serán descartados. Las opiniones y hechos consignados en cada artículo son de exclusiva responsabilidad de sus autores. El Consejo de Redacción de Trabajo, Persona, Derecho, Mercado no se hace responsable, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos.

Declaración de privacidad. Los nombres, direcciones de correo-e, o cualquier otro dato de índole personal introducidos en esta revista se usarán solo para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito.

© Editorial Universidad de Sevilla
C/ Porvenir, nº 27. 41013 Sevilla
Telfs.: 954 487 451 - 954 487 447. FAX: 954 487 443 Correo electrónico: eus2@us.es
<https://editorial.us.es/>

© Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 2021
<https://revistascientificas.us.es/index.php/Trabajo-Persona-Derecho-Merca/index>
Correo electrónico: tpdmsecretaria@us.es

e-ISSN: 2660-4884

Nº DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM>

Dirección Postal:

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla
C/ Enramadilla, 18-20. 41018 Sevilla

Diseño de la cubierta: Espiral Patrimonio S.L.

Maquetación: Referencias Cruzadas.
referencias.maquetacion@gmail.com

ÍNDICE

María Fernanda Fernández López In memoriam Doctora Asunción García-Neble Neble	9
Miguel Rodríguez-Piñero Royo Editorial: Nueva sección: firma invitada	11
Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer Prueba ilícita y nulidad del despido	13
M ^a Luisa Pérez Guerrero Presentación	27
María Teresa Arévalo Quijada, Margarita Barrera Lozano y Dolores Gómez Domínguez El desarrollo del teletrabajo: aspectos cuantitativos	35
<i>Telework development: Quantitative aspects</i>	
Carolina Gala Durán El teletrabajo en las Administraciones Públicas	69
<i>Telework in public administrations</i>	
Juan Pedrosa González La regulación convencional del teletrabajo	95
<i>The conventional regulation of telework</i>	
José Luis Lázaro Sánchez Sobre el acuerdo del trabajo a distancia: voluntariedad, contenido, modificación y reversibilidad del pacto	115
<i>About the distance work agreement: voluntariness, content, modification and reversibility of the agreement</i>	
Ana Domínguez Morales Derechos colectivos de los trabajadores a distancia en el Real Decreto-Ley 28/2020 de 22 de septiembre: problemas de aplicación práctica	143
<i>Collective rights of remote workers in Royal Decree-Law 28/2020, 22th September: practical implementation issues</i>	

María Teresa Igartua Miró	
Teletrabajo y riesgos psicosociales: la imperiosa necesidad de reforzar la tutela preventiva.....	175
<i>Teleworking and psychosocial risks: Strengthening preventive care</i>	
Pilar Miranda Plata	
Impulsar la mediación como mecanismo extrajudicial para resolver las controversias sobre teletrabajo: ¿una oportunidad perdida durante la pandemia de la Covid-19 y para el futuro?	213
<i>Promoting mediation as an out-of-court mechanism to resolve telework disputes: a missed opportunity during the covid-19 pandemic and for the future?</i>	
Anexo	
Cuadro comparativo entre el Real Decreto-Ley 28/2020 y la Ley 10/2021, de Trabajo a Distancia	237
Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca	
Agenda.....	267
Normas para los autores de la Revista	269
Compromiso ético para la publicación de artículos.....	275

FIRMA INVITADA

PRUEBA ILÍCITA Y NULIDAD DEL DESPIDO

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Consejero de Estado

1.- Cuando hace años se discutía el valor probatorio de nuevos medios de prueba de carácter técnico o digital, como la grabación sonora o audiovisual o la información con base informática, ya se señalaba la “peligrosidad” de su uso, tanto por el riesgo de su posible manipulación (según DE LA CUESTA, “las posibilidades de trucos y montajes *ad hoc* son prácticamente ilimitadas”) –lo que han podido ser reducidos por los avances técnicos– como por “comportar determinados peligros para otros derechos y fines a salvaguardar y cumplir por el ordenamiento jurídico” y, en concreto, la “lesión de derechos fundamentales” (DEL REY). Así lo advertía la entonces Sala 6ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de julio de 1984 que declaró admisible como prueba una proyección de vídeo, aunque con la cautela de siempre “que su utilización se lleve a cabo con respeto a la dignidad, intimidad y honor de las personas”, haciendo referencia implícita al rechazo, y consecuente irrelevancia, de esos medios de prueba obtenidos ilícitamente.

En un momento en que el Tribunal Constitucional estaba abordando “grandes problemas constitucionales...sobre supuestos de hecho de naturaleza laboral” (ALONSO OLEA), se ocupó por primera vez del tema de la prueba ilícita en un asunto laboral en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que desestimó el recurso de amparo, pero sentó una importante doctrina, aplicable más allá del proceso laboral, sobre la ilicitud de una prueba (cinta magnetofónica) que había sido obtenida con violación de derechos fundamentales del trabajador. Para ello, el Alto Tribunal se basó en la posición preferente que tienen los derechos fundamentales, en su carácter inviolable y en ser una “garantía objetiva de libertad” (haciéndose eco de la Sentencia norteamericana *USA v James* de 1976, que hablaba al respecto de “garantía de los

derechos reconocidos en la IV Enmienda”). Ello haría “impertinente”, a efectos del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes del art. 24.2 CE, un instrumento probatorio obtenido ilícitamente con violación de derechos fundamentales.

Alonso Olea, al comentar la Sentencia 116/1984, había afirmado, con palabras contundentes, que importaba más evitar el escarnio de los derechos fundamentales que la constatación de los derechos en un proceso, pero que debía tenerse en cuenta la índole de la verdad procesalmente buscada, la naturaleza del proceso, el carácter del derecho constitucional violado y el grado de violación cometida, sopesando las garantías de prueba y el bien jurídico que protege el derecho fundamental con el interés público en la verdad. Esa ponderación de intereses y valores evoca los principios de adecuación y proporcionalidad, que resultan claves en materia de derechos fundamentales tanto sustantivos como procesales.

La doctrina sobre la prueba ilícita es bien conocida, así como su alcance no solo procesal sino sustantivo, y ha encontrado consagración legal en el art. 11.1 LOPJ, que niega efecto a las pruebas obtenidas “directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Esta consagración legal expresa no ha implicado que las consecuencias de las pruebas obtenidas con lesión de derechos fundamentales se haya “rebajado” al nivel de “mera legalidad”, al igual que ocurre con el alcance de la referencia a “prohibida por la ley” en el art. 283.3 LEC vigente o, aún más claramente, en el Procedimiento laboral la regla establecida en el art. 90.2 de la LRJS, que impone la inadmisión de pruebas que tuvieran su origen o se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan una violación de derechos fundamentales o libertades públicas.

Pasados más de treinta años, la digitalización ha provocado importantes avances en las técnicas probatorias, en especial las vinculadas al uso de internet, los correos electrónicos, los teléfonos inteligentes, el uso de los ordenadores, etc. Ello ha hecho que el tema de la prueba ilícita con lesión de los derechos fundamentales haya adquirido una nueva dimensión, no solo en el proceso penal, donde la cuestión se plantea con mayor dramatismo (al tener que elegirse u optarse por absolver en casos en los que es evidente la culpabilidad del imputado o por aceptar el valor probatorio de la prueba ilegal), sino también en el proceso de trabajo, especialmente en materia de despido, donde son frecuentemente utilizadas las nuevas técnicas probatorias que han facilitado la búsqueda de la verdad material; pero que han generado riesgos de violación de derechos fundamentales de las partes del contrato de trabajo, tanto del empleador como, sobre todo, del trabajador, dada la desigualdad material de las partes en el proceso de trabajo, que ya evocara la STC 118/1984, y dado el dominio de los medios de prueba por parte del titular de la organización productiva. De ahí la necesidad de asegurar un uso lícito –y no lesivo de derechos fundamentales– de estas nuevas técnicas o medios probatorios, que se aportan al proceso pero se originan fuera del acto del juicio oral.

En el proceso de despido, especialmente en el del mal llamado “despido disciplinario”, en el que alcanza especial relieve la vertiente conflictual del contrato de trabajo, resulta decisivo el acceso y disposición de material probatorio, incluidos los nuevos métodos probatorios digitales. El empleador tiene la carga de aportar el material probatorio para demostrar el incumplimiento culpable que ha alegado para justificar el despido del trabajador, y su dominio sobre la prueba le ha llevado a utilizar también medios probatorios facilitados por las nuevas técnicas que afectan a derechos digitales del trabajador, hoy elevados a fundamentales. Existe una amplia doctrina judicial y académica sobre el tema de la incidencia de los nuevos medios de prueba sobre los derechos fundamentales del trabajador, que cabe evocar y que no es necesario repetir en estas páginas, cuyo propósito no es sintetizar esa conocida doctrina sino centrarse, respecto al proceso de trabajo y, más concretamente, el del despido disciplinario, sobre el alcance en la calificación judicial de ese despido de la aportación por el empleador de pruebas ilícitas, obtenidas con violación de derechos fundamentales del trabajador. Y se hace para mostrar la preocupación ante una reciente jurisprudencia constitucional que podría cuestionar los avances logrados en la protección de los derechos fundamentales en materia probatoria, y que ha corregido a favor del empleador la doctrina dominante sobre los efectos sobre el despido del uso de la prueba aceptada por el juez de instancia interpretando la normativa legal vigente de modo más sensible a la protección de los derechos fundamentales del trabajador.

2.- La regulación legal del Proceso Laboral en la Ley 36/2011 ha tenido en cuenta, por su modernidad, la jurisprudencia constitucional sobre el respeto del derecho a un proceso sin indefensión con todas las garantías. Ha incorporado un amparo judicial dedicando el Capítulo XI de su Título II a la Tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas. En este procedimiento especial determina su art. 182 que la sentencia declarará, entre otras cosas, la nulidad de la actuación de la entidad empleadora. Sin embargo, el art. 184 LRJS ha excluido de esta modalidad procesal, entre otras, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo en las que se invoque lesión de derechos fundamentales y de las libertades públicas. En tal caso, se seguirá el proceso de despido acumulándose en él la pretensión de violación de derechos fundamentales y libertades públicas, previendo, sin embargo, la aplicación de las reglas y garantías previstas en el Capítulo XI del Título II, incluida la llamada como parte del Ministerio Fiscal. Por otro lado, respecto al proceso por despido, el art. 108.2 LRJS declara nulo el despido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

La exclusión del despido lesivo de derechos fundamentales del proceso laboral especial de “tutela de los derechos fundamentales” ha supuesto –paradójicamente– un debilitamiento de la protección de aquellos para unos casos y momentos en los que esa tutela resulta más necesaria. Sin embargo, la previsión legal de la nulidad del

despido acordado con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador ha venido sirviendo de garantía de la efectividad de esos derechos y ha tenido un efecto disuasorio para evitar violaciones por el empleador –o por sus colaboradores– de tales derechos; también en los casos de los generados para obtener ilícitamente pruebas para tratar justificar judicialmente el despido, un efecto disuasorio que ya evocara la STC 114/1984.

3.- Pese a ese sólido cuerpo legal de tutela procesal de los derechos fundamentales del trabajador, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo de 2021, puede suponer, de mantenerse su controvertible doctrina, un retroceso en la tutela de los derechos fundamentales y en la “garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos” (STC 114/1984).

La STC 61/2021 sigue una preocupante pauta iniciada ya, en un asunto penal, en la STC (Pleno) 97/2019, de 16 de junio, la cual ha sido objeto de fuerte crítica –a veces, dura e, incluso, personalizada–, acusándola de degradar el alcance de la prohibición de la prueba ilícita, y que ha llevado a afirmar que la prueba ilícita “ha muerto”. La STC 97/2019 se ha centrado en el valor de la prueba ilícita en el Proceso penal, habiendo restringido al máximo su ámbito de aplicación y exigiendo para su apreciación no solo la vulneración de un derecho fundamental sustantivo sino también su interacción con alguna de las garantías del proceso justo del art. 24 CE. La Sala ha ponderado más el derecho fundamental “a la prueba” que los derechos fundamentales “afectados por la ilicitud de la prueba”, lo cual es difícilmente conciliable con la letra y el espíritu del art. 11.1 LOPJ, que no puede ser leído sin tener en cuenta la STC 114/1984, que es su más directo precedente. Aunque se la cite, como ha señalado la doctrina, se ha troceado su texto y se le ha dado un sentido que no es el que la inspiró, ni el que responde a la evolución posterior de las leyes, la jurisprudencia y la doctrina, ni es coherente con los criterios más recientes del TEDH.

Es una exageración extraer de la STC 97/2019 la conclusión de que la doctrina constitucional sobre la prueba ilícita habría muerto, también porque el art. 11.1 de la LOPJ sigue vigente y sigue ordenando que no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente vulnerando los derechos o las libertades fundamentales. La STC 97/2019 reconoce la existencia de ese marco legal pero, al mismo tiempo, considera, en una afirmación harto discutible, que la licitud de las pruebas violentando directa o indirectamente los derechos fundamentales es un problema de legalidad ordinaria, que corresponde ponderar al tribunal ordinario, llegando a considerar que la opinión contraria –mantenida por la mayoría de la doctrina procesal– es una posición teórica que puede defenderse tan solo de *lege ferenda*, invitando a una reforma legal, que no tendría alcance constitucional aunque se llegara a modificar la norma.

Nuestra Constitución no ha limitado su art. 24.2 al proceso penal, aunque sea allí donde alcance su mayor efecto y relieve. Establece una serie de garantías para que todo proceso sea justo, equitativo y de efectiva tutela; lo que afecta al derecho a la prueba “pertinente”, que excluye un derecho a su obtención y práctica ilícitas y, desde luego, la que resulte contraria a los derechos fundamentales, tanto sustantivos como procesales, que están constitucionalmente protegidos, y por ello no pueden ser considerados materias de mera legalidad, como el Tribunal Constitucional ha venido entendiendo, en relación, por ejemplo, a la “indefensión”.

La STC 61/2021 ha llegado más lejos, a partir de una visión reductiva del derecho a la tutela judicial efectiva como mero derecho a una prestación o servicio “correcto” o “no arbitrario”. Antes de entrar en su examen, conviene aludir brevemente a los hechos que están en su base.

En sustancia, se ha tratado de un despido de una trabajadora en cuya “carta de despido” se señalaban una serie de incumplimientos laborales “detectados” y se indicaba que se había puesto en práctica “el protocolo de monitorización de su equipo informático” con el fin de determinar en qué empleaba su jornada laboral, y, más particularmente, cuál era su ocupación; y si esta era lo suficientemente completa como para no poder dedicar parte de su tiempo de trabajo a las funciones que la Compañía le estaba encomendando. La carta afirmaba que esa monitorización había permitido comprobar que solo dedicaba el 30 por ciento de su jornada laboral a labores profesionales, empleando el 70 por ciento de la jornada restante a cuestiones del ámbito de su esfera personal o a no realizar labor alguna, concluyendo que esa monitorización había demostrado que había dedicado una parte de su jornada laboral a cuestiones personales y ajenas a su actividad laboral, lo que suponía indisciplina y desobediencia, así como una grave transgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza en su puesto de trabajo. En la carta se aludía también al deficiente trato y comportamiento con el resto de sus compañeros y superiores jerárquicos.

En la demanda de despido se invocó la vulneración de la dignidad y del derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, como consecuencia de la monitorización del ordenador y de la entrada tanto en su correo personal como en los correos electrónicos con su Letrada; así como la existencia de la vulneración de su derecho a la integridad moral, al honor y a la propia imagen, como consecuencia del acoso laboral sufrido en la empresa. Se solicitaba del Juzgado que declarase la vulneración de derechos y la nulidad del despido con condena a la inmediata readmisión o, subsidiariamente, la improcedencia del despido, así como una indemnización por daños morales de 51.439,40 euros.

El Juzgado de lo Social estimó parcialmente la demanda en cuanto a la vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, declaró la nulidad del despido y condenó al abono de una indemnización de 6.251 euros, denegando la existencia de acoso. La sentencia considera no justificada

la monitorización del ordenador, siguiendo la doctrina de la STEDH *Barbulescu*, al considerar que se podía haber conseguido la prueba con medios menos invasivos. Por ello, declara nulo el despido y aplica el art. 183.1 LRJS en cuanto a la indemnización que le corresponde por haber sufrido lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, concediendo una indemnización de 6.251 euros, que es el importe mínimo establecido para una falta muy grave por la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

Esta Sentencia fue recurrida por la trabajadora, por la no estimación del acoso laboral, y⁴ por la empresa, que solicitaba se declarara lícita la prueba resultante de la monitorización del ordenador y que, en su caso, el despido fuera declarado “improcedente” y no “nulo” con base en la prueba no declarada nula. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso de la empresa, que defendía que no procedía la calificación del despido como “nulo”, al no haberse probado que la empresa pretendiera esa vulneración de los derechos fundamentales (sic) ni que su motivo respondiera a una vulneración de esos derechos fundamentales, “no pudiendo... confundirse el despido con violación de derechos fundamentales con la infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba de parte de los hechos en los que se basó la empleadora para adoptar tal sanción”. Para el Tribunal de suplicación, una vez eliminados por ilícitos los hechos acreditados mediante la monitorización –y solo estos–, los otros hechos imputados no alcanzan la gravedad y culpabilidad para justificar el despido, por lo que considera no acreditada su procedencia, declarando el despido como “improcedente” y denegando la indemnización prevista en el art. 183 LRJS, al no haber existido lesión del derecho fundamental ni nulidad del despido.

En suma, el órgano de instancia y el órgano de suplicación han coincidido en que la monitorización del ordenador lesionó los derechos fundamentales de la trabajadora, y la discrepancia entre ellos se ha centrado en si de aquella vulneración se derivaban necesariamente la nulidad del despido y la indemnización del daño moral por la lesión del derecho fundamental, o, si, al existir otras pruebas en el proceso, éstas podían ser tenidas en cuenta para valorar la gravedad del incumplimiento a efectos de considerar o no procedente el despido. Así razona el Tribunal Superior de Justicia cuando, en un primer paso, pone entre paréntesis la prueba, y con ello la lesión de los derechos fundamentales, y –en consecuencia– estima que no procede declarar su nulidad ni conceder una indemnización a la despedida; y, en un segundo paso, valora el resto de la prueba y considera que no se han probado las causas que justifiquen un incumplimiento grave y culpable para declarar el despido como “procedente”. De este modo, termina por declararlo como “improcedente” (la petición subsidiaria en la demanda formulada por la trabajadora), condenando a la empresa a las consecuencias legales pertinentes.

Aunque ambas partes formularon recurso de casación para la unificación de doctrina, ambos fueron inadmitidos, y contra esa inadmisión y contra la Sentencia del

Tribunal Superior de Justicia ha formulado el recurso de amparo la trabajadora, donde plantea fundamentalmente el tema de las consecuencias jurídicas de la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar, con cita de amplia jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional, no solo a declarar nulo el despido sino a conceder una indemnización por esa violación.

Frente a esa demanda formuló alegaciones la empresa oponiéndose al amparo, sosteniendo que la consecuencia de la prueba ilícita es su eliminación del procedimiento, habiendo sido perfectamente razonables los fundamentos de la Sentencia de suplicación para declarar la improcedencia del despido sin incurrir en arbitrariedad o error patente reprochable en sede constitucional. Para la empresa, el art. 55,2 ET no impide distinguir entre la *nulidad de la prueba* y la *nulidad del despido*, una cuestión que no puede examinar el Tribunal Constitucional en sede del art. 24.1 CE, al ser esta interpretación una cuestión de legalidad ordinaria, vinculada a la calificación del despido, que corresponde decidir, en última instancia, al Tribunal Supremo, por ser la calificación del despido una materia de legalidad ordinaria.

Como podrá verse, muchos de estos argumentos van a inspirar el contenido de la Sentencia constitucional.

El Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo. Para ello, desgrana la jurisprudencia constitucional sobre el contenido y alcance del “derecho a la intimidad” y al “secreto de las comunicaciones”, y sobre el contenido del derecho “a la tutela judicial efectiva”, así como su doctrina constitucional sobre los efectos de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales, vinculada al principio de presunción de inocencia. Considera que los criterios constitucionales sobre la prueba ilícita en el Proceso penal pueden ser también aplicados al Proceso laboral, en el sentido de no poder tenerse en cuenta ni utilizarse un medio de prueba obtenido con vulneración de derechos fundamentales para probar los hechos que justifican el despido. Aplicando esa doctrina al caso, considera que, como la vulneración autónoma de los derechos fundamentales ya ha sido reconocida por los órganos judiciales, lo que es objeto de impugnación es “el efecto que la ilicitud de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales debe producir en la calificación del despido”. Para la Fiscalía, el art. 55 ET no obliga a estimar que cualquier despido en cuya carta o en cuyo proceso de impugnación se aporte una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales suponga automáticamente su declaración como “nulo”, salvo cuando la única causa alegada para despedir resulte directamente de los hechos acreditados con la prueba ilícita (“interpretación que resulta congruente con el art. 55.5 LET al declarar la nulidad del despido”). Estima, por ello, errada la tesis de la Sentencia de suplicación que distingue entre el despido con violación de derechos fundamentales y la infracción de los derechos fundamentales para la obtención de los hechos en los que se basó la empleadora para justificar el despido, desligando así el despido de la violación de los derechos fundamentales. El fiscal entiende que

se ha vulnerado, además, el art. 24.1 CE al considerar incongruente la afirmación de que “no ha existido vulneración de derechos fundamentales para rechazar la concesión de una indemnización”, cuando la misma Sentencia afirma que se vulneraron los derechos fundamentales al realizar la monitorización del ordenador, y que, por ello correspondería aquella, incluso, en el caso de calificarse el despido como “improcedente”.

4.- La Sentencia 61/2021 resalta que como en la instancia y en la suplicación se había aceptado la exclusión probatoria de la prueba documental derivada de la monitorización del ordenador, por haberse obtenido con vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, lo que corresponde examinar es “si aparece reconocible, como una consecuencia constitucionalmente derivada del contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18.1 y 3 CE), y, por tanto, exigir en términos constitucionales, que el despido de la demandante de amparo sea calificado como nulo en un caso como el presente en que una de las pruebas con las que se pretendía justificar dicho despido vulneró estos últimos derechos fundamentales”.

La STC 97/2019 se había referido a las garantías constitucionales del Proceso justo, pero otorgaba al órgano judicial ordinario un poder de ponderar el alcance de los efectos de la ilicitud de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Pero la STC 61/2021 ha eludido toda referencia al Proceso justo porque parte de una interpretación restringida del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, al entenderlo como un “derecho de prestación” cuyo contenido se reduce a obtener un resultado fundado en derecho, con el solo límite de la arbitrariedad o del error judicial manifiesto; y ello, aunque el órgano judicial aplique una doctrina motivada que pueda ser objeto de críticas y opiniones contrarias. Desde esa perspectiva solo le correspondería examinar si la tesis mantenida por la Sentencia de suplicación tiene un carácter razonable. En esa perspectiva, la idea de un proceso justo y de un proceso con todas las garantías se desvanece, y el derecho a la tutela judicial efectiva se reduce a un derecho prestacional en el que el control del amparo constitucional queda severamente limitado, asumiendo la tesis mantenida por la entidad empresarial del carácter de mera legalidad de la calificación del despido –un criterio que ya en 1981 rechazó el propio Tribunal Constitucional al construir la novedosa doctrina del despido radicalmente nulo-.

En realidad, la Sentencia constitucional no llega a asumir la tesis empresarial ni la del Tribunal de suplicación, desvinculadora de la calificación del despido de la vulneración de los derechos fundamentales (por prueba ya declarada nula), que conlleva poner entre paréntesis esa prueba de modo que afectara a la validez del despido. Solo considera que es una interpretación razonable de la regla legal, partiendo de la

premisa (“debemos declarar desde este momento”) de que del contenido esencial de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones “no dimana una exigencia, ni de un derecho subjetivo que pueda amparar la clasificación de despido disciplinario de la demandante de amparo como nulo”, aunque añade que ello no signifique que esa calificación del despido sea ajena o indiferente al derecho a la tutela judicial efectiva. La Sentencia hace referencia a la situación de nuestro Ordenamiento cuando se dictó la Sentencia 114/1984, cuando hoy día tanto la jurisprudencia de Estrasburgo como la de Luxemburgo, así como nuestra jurisprudencia constitucional y nuestra legislación, no reconocen eficacia jurídica a actos atentatorios de derechos fundamentales; no solo el ya citado art. 11 LOPJ, sino también el art. 90 LRJS –preceptos que, en cuanto afectan a derechos fundamentales, tienen un alcance que sobrepasa necesariamente el ámbito de la mera legalidad–.

La STC 61/2021 profundiza y acentúa la línea de debilitamiento de la protección de los derechos constitucionales que está en la base de la prohibición constitucional de la prueba ilícita, que no es una mera prohibición incidental para asegurar la igualdad de las partes en el proceso sino un instrumento de garantía y de fortalecimiento de los derechos fundamentales. La tesis de que la violación originaria del derecho fundamental sustantivo en la obtención de la prueba no determina de por sí la violación del “derecho a un proceso con todas las garantías”, recuerda la vieja doctrina del Tribunal Central de Trabajo, profundamente reductora del juicio de constitucionalidad, que separaba radicalmente el juicio de constitucionalidad del juicio de legalidad –que le era propio–, para poder seguir manteniendo ideas y tesis preconstitucionales, rechazando toda tentación de interpretación de la legalidad a la luz de la Constitución. Se hace patente, pues, el rechazo a lo que ha sido la tradición seguida por el Alto Tribunal durante muchos años: una interpretación constitucional de la legalidad por la jurisprudencia constitucional “laboral” que ha sido –a mi modo de ver– decisiva para la transformación y verdadera modernización de nuestro Derecho del Trabajo y para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo. Esta doctrina asentada por nuestro Tribunal Constitucional –unida a los comentarios doctrinales– ha tenido un amplio eco e influencia en nuestra legislación, nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina, y ha sido modelo para otros Ordenamientos, provocando su influencia una sensible reducción de la necesidad del trabajador de acudir al amparo constitucional; lo que, ahora, de seguirse esta nueva línea, corre el peligro de convertirse en una vía utilizada por los empleadores para contener o reprimir los “entusiasmos” de los jueces ordinarios en la tutela de los derechos fundamentales del trabajador.

5.- Como ha sido dicho, las consecuencias de la prueba ilícita en el proceso laboral, y muy particularmente en el proceso de despido, tienen especial trascendencia, dado que en este proceso se refleja también la desigualdad de las partes en la relación

de trabajo, siendo un proceso donde es el empleador quien normalmente tiene el dominio sobre la prueba; supremacía que deriva también de los poderes de dirección y de disposición, no solo sobre el trabajador sino sobre la propia organización productiva. La propia estructura del juicio oral, en el que no se prevé contestación a la demanda ni aportación previa de prueba, hace posible la aparición de “pruebas sorpresa” que dificultan la defensa del propio trabajador, especialmente en momentos donde el conflicto latente puede hacerse conflicto abierto, como ocurre en los procesos de despido; de hecho, ha sido en estos procesos donde la problemática de la ilicitud de la prueba se ha planteado con mayor frecuencia. Esa desigualdad se acentúa en el caso de las grandes empresas, que pueden utilizar “grandes” abogados de grandes bufetes, cuyo coste no podría soportar el trabajador, como parece suceder en el caso donde no es creíble que quien haya llevado a cabo eficazmente la defensa procesal de la entidad empleadora en el proceso ordinario y en el amparo constitucional sea la misma persona que haya asesorado la fase previa al despido y, en concreto, la redacción de la comunicación escrita del mismo, centrada en la existencia y el resultado de la monitorización del ordenador de la trabajadora.

La STC 61/2021 declara, con razón, que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales sean fundadas en Derecho, o sea, con una aplicación de la legalidad que suponga una exégesis racional del Ordenamiento y que no sea arbitraria ni manifiestamente irrazonada o fruto de un error patente irrazonable; lo que afecta, por tanto, a una motivación que no sea fruto de un error patente ordinario o de una arbitrariedad, pero no implica un derecho al “acierto judicial”, pues en el proceso suelen enfrentarse dos posiciones jurídicas fundadas, y son posibles diversas y enfrentadas interpretaciones, tanto de los hechos como de la legalidad. También se ha de estar de acuerdo con que el Tribunal Constitucional tiene que respetar decisiones judiciales razonadas y razonables y no debe interferirse en la esfera de la mera legalidad. Pero esa doctrina no es aplicable cuando están en juego derechos fundamentales; la propia Sentencia reconoce que la calificación del despido no es ajena o indiferente al derecho a la tutela judicial efectiva, y –por la misma razón– a todos los demás derechos fundamentales. Además, del art. 24 CE se deduce que una efectiva tutela judicial tiene que obtenerse en un proceso justo, equitativo, sin indefensión y con todas las garantías, lo que incluye desde luego la temática probatoria. En este marco, en contra de lo que ha dicho la STC 97/2019 –y reproduce la STC 61/2021–, ningún tribunal, incluido el propio Tribunal Constitucional, tiene un “poder omnímodo” para ponderar si la ilicitud de la prueba puede considerarse un elemento integrador de las garantías procesales de un proceso justo.

La distinción entre un despido con violación de derechos fundamentales y la infracción de derechos fundamentales para la obtención de la prueba de los hechos en los que se basó la empleadora para justificar el despido, y que lleva al órgano de suplicación a afirmar como “no probado” que la empresa pretendiera esa vulneración,

ni que el motivo del despido respondiera a una vulneración de esos derechos fundamentales, *no permite* que la alegación y prueba de otras causas concurrentes alegadas e insuficientes para justificar el despido permitan declarar su “improcedencia”. Si ese planteamiento prosperara, se podrían producir infinidad de abusos mediante la alegación, junto a los motivos contenidos en la prueba ilícita, de causas ficticias o irrelevantes que no supongan un incumplimiento grave y culpable del trabajador, aunque, como al parecer habría ocurrido en el caso, los motivos principales y auténticos del despido hayan sido unos hechos conocidos y probados a través de la prueba ilícita, ni siendo los otros motivos o causas alegadas ajenos al resultado de esa “monitorización”, sino frutos de la prueba prohibida. En este tema resultaría más convincente el razonamiento matizado del fiscal. Ya ALONSO OLEA nos advertía de la necesidad de una ponderación de intereses y valores para sopesar la garantía de prueba, el bien jurídico que protege el derecho fundamental con el interés público de la verdad, y aquí sí que puede existir una aplicación de los principios de adecuación y proporcionalidad, sobre todo en los casos en que en la justificación del despido concurren otras causas probadas que pudieran llevar a declarar el despido procedente, poniendo entre paréntesis el motivo alegado basado en una prueba ilícita. Pero tal no puede suceder cuando esos otros motivos son ficticios o irrelevantes o estén estrechamente entrelazados con las conductas incumplidoras obtenidas a través de la prueba ilícita. No puede darse irrelevancia a la lesión de los derechos fundamentales de la trabajadora ante un despido que solo podría justificarse basándose en los motivos obtenidos a través de la prueba ilícita.

La Sentencia de suplicación ha considerado, para rechazar la nulidad del despido, que el móvil empresarial no respondió a una causa vulneradora de los derechos fundamentales sino a una obtención ilícita de una prueba para justificarlo. Pero este móvil había viciado ya de raíz ese despido, que no se hubiera acordado sin esa previa violación del derecho fundamental, habiendo sido elemento necesario para acordarlo, —como se reconoce en la propia comunicación escrita del mismo— de la que se deduce que la monitorización indebida del ordenador. Esta constituyó un acto preparatorio para obtener la prueba para un despido posiblemente ya decidido, y que inevitablemente terminaría en un proceso, siendo los hechos esenciales imputados al trabajador, y la prueba de ellos el resultado de ese indebido control. Al constituir este la base sobre la que se sustenta el motivo directo del despido, y existir una ligazón absoluta entre ambos, resulta ligado íntimamente a éste por lo que el despido mismo, y no solo la prueba descartada, ocasionó la violación del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de la trabajadora.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha tratado de separar, como momentos distintos, el de la obtención “extraprocesal” ilícita de la prueba con violación de los derechos fundamentales —una lesión reconocida en sede judicial—, y el de su utilización ilícita en la comunicación escrita del acto de despido y en el proceso

consiguiente, en el que no puede ser irrelevante la conducta empresarial lesiva de derechos fundamentales, como elemento inseparable del acto mismo del despido. Una lesión por ello de los derechos fundamentales alegados en la demanda de amparo contra unas decisiones judiciales que ya habían considerado ilícita la prueba invalida. El tema no puede resolverse con el argumento de que no existe un derecho subjetivo a la nulidad del despido con violación de los derechos fundamentales invocados, ignorando la letra y el espíritu del art. 108.2 LRJS y del art. 55.5 ET, cuya trascendencia constitucional no puede ignorarse, y que refieren que el despido “se produzca con violación de derechos fundamentales”, y que no exige que éste tenga necesariamente un móvil lesivo (a diferencia del despido discriminatorio), sino solo un efecto lesivo de esos derechos, aunque ello no hubiera sido el propósito ni el medio utilizado por la empresa para conseguir –como efectivamente ha logrado– la expulsión de la demandante de amparo de la empresa. Frente a ello, el argumento de que se aducían otras causas pero que los órganos judiciales no las han considerado justificadoras del despido, no bastaba, en contra de lo que ha defendido la empresa y sostenido la Sentencia de suplicación, para justificar que el despido pudiera ser clasificado de “improcedente”; aunque su origen estuviera en una reconocida violación material de derechos fundamentales, permitiendo que la violación de esos derechos fundamentales quedara entre paréntesis y marginada pero no fuera efectivamente reparada. La entidad empleadora ha conseguido –evitando su calificación como despido nulo– la irrelevancia de su lesión de derechos fundamentales, que ha podido encubrir en una pretendida causa adicional, no desligable de los hechos vinculados a la prueba ilícita. Sin embargo, no alcanza a lograr la calificación de “procedente”, que era lo que pretendía a través de la prueba ilícita.

La STC 61/2021 reconoce que son posibles otras interpretaciones sobre el alcance del art. 55.5 ET, y que, efectivamente, existen diversas posiciones doctrinales y judiciales al respecto, pero estima que esas discrepancias deberían unificarse por el órgano judicial máximo intérprete de la legalidad para no convertir el Tribunal Constitucional en una nueva instancia ni desvirtuar la naturaleza propia del Proceso constitucional de amparo. No se pronuncia así sobre cuál es la interpretación más acertada, sino solo sobre la racionalidad de la interpretación dada por la Sentencia de suplicación, eludiendo la trascendencia constitucional del problema, con el peligro, aunque no haya sido su intención –y así lo ha afirmado–, de sentar de hecho una doctrina legal de carácter unificador, como ya ha ocurrido cuando algunos comentaristas no bien intencionados han deducido de la Sentencia que el art. 55.1 ET no impone la declaración de nulidad del despido cuando el órgano judicial rechace una prueba ilícita y no la tenga en cuenta en su decisión; lo que, desde luego, no cabe deducir de una Sentencia que reconoce que puede haber otras interpretaciones posibles pero estima que ni la de suplicación ni aquellas vienen impuestas desde la Constitución.

6.- Lo más cuestionable de esta Sentencia, además de haber dejado de lado la violación de los derechos fundamentales sustantivos alegados, es haber atribuido al órgano judicial la facultad de ponderar si la licitud de la prueba afecta a las garantías de un proceso justo, sin haber conectado –como era necesario– el derecho a la tutela judicial efectiva con las garantías del proceso justo y equitativo que garantiza el art. 24.2 CE; un precepto, este, que no se ha limitado, como en el caso norteamericano, a establecer garantías para el proceso penal sino para todo tipo de procesos y, muy especialmente, para el proceso de trabajo. El tema tenía una indudable trascendencia constitucional que sobrepasa el espacio de la mera legalidad propio de los Tribunales de Justicia, pues no se trataba de interpretar el art. 55 ET sino de decidir qué consecuencias se derivan, para la calificación del despido, de la violación de derechos fundamentales sustantivos del trabajador; una vulneración que se denunciaba en la demanda de amparo, al no haberse obtenido satisfactoriamente la tutela judicial en la Sentencia de suplicación. No debemos olvidar que el Tribunal Constitucional es el “garante último de los derechos fundamentales”. como éste mismo ha venido reiteradamente afirmando.

Como ha indicado el razonado Voto Particular disidente, no se trataba de si era constitucionalmente aceptable o no el razonamiento del Tribunal Superior de Justicia desde el simple prisma del derecho a obtener una resolución que no fuera arbitraria, irrazonable o incurso en error patente. Pues el art. 24.1 CE exige, para entender que se ha dispensado una tutela judicial suficiente y eficaz, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, “una resolución coherente con el derecho fundamental que esté en juego (SSTC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2, y 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3)”.

Era claro que la vulneración de los derechos fundamentales, no solo los del art. 24 CE, se produjo también en el acto mismo del despido, al ser este contrario *de por sí* a los mismos, y que, por ello, tal aseveración contenida en la Sentencia de instancia no fue corregida por la Sentencia de suplicación. Tampoco lo hace la STC 61/2021, que ha aceptado la interpretación del art. 55.5 ET sugerida por la empresa infractora; una interpretación que –como acertadamente sostiene el Voto Particular–, no es acorde con la *imprescindible* protección de los derechos fundamentales, ni con el principio de interpretación más favorable a la eficacia de aquellos, ni con su correcto alcance, que determina que la nulidad del despido por violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador “puede tener lugar en cualquier fase del procedimiento que deriva en la definitiva decisión extintiva”. De otro modo, según el Voto Particular, “se degrada el valor y la importancia de los derechos fundamentales, cuya lesión, de admitirse esa tesis, podría no llevar aparejada en muchos supuestos la inexcusable reacción reparadora... se ha procedido al despido vulnerando dos derechos fundamentales de la actora y eso no puede tener otra consecuencia que la declaración de su nulidad... así lo estableció la STC 196/2004, de 15 de noviembre”,

según la cual “la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo”.

Es paradójico que la Sentencia, tras desestimar el motivo principal del amparo –la calificación como nulo del despido con prueba ilícita lesiva de derechos fundamentales–, aplique luego al caso el art. 183 LRJS para reconocer a la demandante el derecho a una indemnización por haber sufrido lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, obviando que el artículo 182.1.b) LRJS también impone la declaración de la nulidad radical de la actuación del empleador. En esta concatenación se basaba la Sentencia de suplicación, al vincular la “no nulidad” del despido con la negativa a la concesión de la indemnización, aunque su razonamiento no haya sido muy explícito. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional, aceptando la alegación del fiscal, entiende que ello ha supuesto una vulneración del art. 24.1 CE, al considerar incongruente la afirmación de que no se habían vulnerado los derechos fundamentales de la trabajadora, lo que se referiría –sin duda– al propio despido y no a la prueba excluida. Pese a lo anterior, el Tribunal Constitucional invoca el art. 183.1 LRJS, que reconoce una indemnización cuando se declare la existencia de una violación de un derecho fundamental, no haciéndola depender de la calificación del despido. A mi juicio, tal planteamiento es claramente erróneo, ya que el propio despido –de aplicar el precepto mencionado– debería haber sido declarado “nulo”, en virtud de lo dispuesto en el art. 182.1.b) LRJS. Y esto se ve con mayor claridad si se considera que la violación de derechos fundamentales declarada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid afectaba a los de intimidad y secreto de las comunicaciones; una violación que la Sentencia constitucional repara, sólo en este punto, incurriendo a su vez en una cierta incongruencia, puesto que, conforme al marco legal, la nulidad, en cuanto petición principal, y la indemnización, en cuanto petición accesoria, están íntimamente vinculadas.