

**PRUEBA DIGITAL ILÍCITA Y CALIFICACIÓN DEL DESPIDO:  
LA CONSTATACIÓN JUDICIAL DE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS  
FUNDAMENTALES NO PUEDE SUPONER OTRA COSA SINO LA NULIDAD**

Eusebi Colàs-Neila

Profesor agregado interino (Contratado Doctor). Grup de recerca en Dret del Treball i de la Seguretat Social (greDTiSS). Universitat Pompeu Fabra.

Estela Yélamos Bayarri

Abogada ejerciente (Riba Vidal Abogados). Profesora asociada de Derecho Procesal. Grup de Recerca en Dret processal (ReDePro). Universitat Pompeu Fabra.

**XXIX Jornades catalanes de Dret Social – “Noves tecnologies i relacions laborals”**

Barcelona, 8 i 9 de març de 2018

Comunicació presentada a la ponència “La utilització de les noves tecnologies i els seus efectes en la pràctica de la prova en el procés laboral”, impartida per Ana Salas Velasco.

**I. LA PRUEBA DIGITAL ES CADA VEZ MÁS FRECUENTE Y ES POTENCIALMENTE VULNERADORA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

La incorporación al proceso de fuentes de prueba<sup>1</sup> en soportes no tradicionales (no analógicos, o digitales), es cada vez más frecuente en los tribunales. Lo es sencillamente porque este tipo de soportes han venido a sustituir en la realidad no judicial a los tradicionales documentos en soporte papel, de modo que, en el escenario del procedimiento, del orden que sea, las partes tratan, cada una desde su particular versión de los hechos, de plasmar o acreditar esa realidad que convive con las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (en adelante, TIC).

Durante muchos años, la ley procesal parecía ajena a las TIC y siquiera mencionaba entre los medios de prueba ese tipo de fuentes de prueba. La jurisprudencia de los distintos órdenes jurisdiccionales tenía que cubrir las lagunas legales con base al derecho a utilizar todos los medios pertinentes para la defensa (art. 24 CE),<sup>2</sup> como tantas veces ocurre cuando el legislador se queda rezagado ante determinados cambios sociales.

---

<sup>1</sup> La doctrina procesal distingue entre fuentes de prueba, en un plano extrajudicial, y medios de prueba, situadas en el escenario del proceso. Carnelutti, F., *La prueba civil*, (trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo), Depalma, Buenos Aires, 1982 (2ª ed.), pp. 67 y ss. La fuente es un concepto “extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso”, y los medios probatorios “están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso”. Sentís Melendo, S., *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1979, pp. 9-27.

<sup>2</sup> Pioneras de esta “línea aperturista” son las siguientes Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo. La STS (1) de 25-05-1945 reconoció valor probatorio a las reproducciones fotográficas siempre que se demostrara la autenticidad del original y la fidelidad de la copia. La STS (1) de 30-11-1992 (rec. 1991/1992), dijo que “la falta de atención de nuestros legisladores a estos estados de progreso científico (refiriéndose a las cintas magnéticas, vídeos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual del pensamiento humano) no significa que la Jurisprudencia permanezca estática y pasiva, en razón a la labor de hacer el Derecho más próximo y útil a los hombres por su adecuación a la realidad histórico social presente y complementación del Ordenamiento Jurídico (arts. 1-6º; y 3 del Código Civil)”. Por último, en la STS (1) de 02-12-1996 (rec 660/1993), se admitió la aportación cintas magnetofónicas, bien como instrumentos que se someten a la inspección personal del Juez, o bien documentos privados. En el ámbito penal, destacan las Sentencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo, de 17 de abril de 1989 y de 16 de enero de 1995. Todas ellas sistematizadas por Niño Estébanez, R., “La prueba audiovisual e informática

El orden jurisdiccional social y, concretamente, los procesos por despido son el campo abonado para la proposición, admisión, práctica y valoración de ese tipo de pruebas. Y también en este ámbito, el orden laboral, los tribunales han tenido que admitir como medio de prueba determinadas pruebas no reguladas expresamente en la ley procesal laboral, como ocurrió en su momento con la aportación al proceso laboral de un mensaje de WhatsApp. Las sentencias debieron dilucidar si bastaba con aportar a los autos un “pantallazo” de los mensajes contenidos en una conversación con esta herramienta, o si eran exigibles mecanismos adicionales.<sup>3</sup>

El siguiente dato incontestable es que las TIC son potencialmente vulneradoras de derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, el secreto de las comunicaciones, o la protección de datos, entre otros.<sup>4</sup> La doctrina ha conseguido alcanzar un cierto consenso en la inexistencia de un determinismo tecnológico,<sup>5</sup> de modo que hoy se entiende que las TIC no son malas o buenas de por sí, sino que dependen del uso que se haga de ellas. De hecho, las TIC pueden ser una poderosa herramienta para el ejercicio del derecho de huelga, la publicidad de las acciones colectivas, etc., aunque también pueden utilizarse, y de hecho se utilizan, como herramienta de control empresarial. En estos casos, los derechos fundamentales del trabajador, que deberían operar como límite al mismo, pueden llegar a sufrir serias afectaciones.

## II. DEBATE SUSTANTIVO Y PROCESAL EN TORNO A LA PRUEBA ILÍCITA

Nuestro sistema procesal denomina esas pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos fundamentales pruebas ilícitas (con esos términos se expresa, por ejemplo, el art. 11 LOPJ)<sup>6</sup>. Se planteará en muchos procesos laborales por despido un doble debate en torno a la prueba ilícita. En

---

en el proceso civil. Referencia a la firma electrónica”, en J. Picó i Junoy y X. Abel Lluch (coords.), *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 122 y ss.

<sup>3</sup> La STSJ de Galicia de 28-01-2016 (rec. 4577/2015), considera que el WhatsApp “no sólo es un medio de prueba válido, pese a no contemplarse en la LJS, sino que ya ha tenido plasmación normativa”. No basta, sin embargo, con la copia del “pantallazo”, sino que, a los efectos de su consideración como documento en el ámbito del proceso, requiere el Tribunal la aportación de la transcripción de la conversación y la comprobación, por un notario o por el secretario judicial, de que ésta se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes. Sin embargo, no es un tema pacífico. Así, la SSTSJ Catalunya de 16-10-2015 (rec.4071/2015, ECLI:ES:TSJCAT:2015:9256) parece dar validez al “pantallazo” sin exigir mecanismo adicional: “Asimismo aporta varios folios en los que se reflejarían ‘pantallazos’ de su teléfono móvil y en el que consta una conversación a través de “WhatsApp” con el teléfono que consta es propiedad del demandado (...) Pues bien, en la Sala entendemos, que atendida la dificultad probatoria del demandante, y ante la existencia de la conversación de ‘WhatsApp’ con el demandado procede modificar el hecho declarado probado segundo...”.

<sup>4</sup> Hubo ocasión de analizar el tema en Colàs-Neila, E., *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia. Las comunicaciones electrónicas en la empresa como estudio de caso*, Albacete, Bomarzo, 2012.

<sup>5</sup> Ello a pesar del debate suscitado en la década de los sesenta del siglo pasado, como hace ver Neffa, J. C., “Nuevas tecnologías informatizadas y sus efectos sobre el trabajo humano en las empresas”, en AA.VV., *El Derecho y las nuevas tecnologías (Separata de la Revista de Derecho Industrial, 33)*, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 866-867. Entre nosotros, en sentido similar, Lucas Murillo de la Cueva, P., “Avances tecnológicos y derechos fundamentales. Los riesgos del progreso”, en AA.VV., *Derechos fundamentales y nuevas tecnologías*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2003, p. 35.

<sup>6</sup> El legislador en ocasiones induce a confusión, pero la prueba ilícita no es la prohibida por la Ley, sino la obtenida y practicada con vulneración de derechos fundamentales, pues “el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible”. Picó i Junoy, J., “Alcance de la prueba ilícita en la LEC”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2007, p. 124.

primer lugar, y de forma previa, la prueba de que pretende valerse el empresario puede vulnerar los derechos fundamentales del trabajador despedido. Dicho de otro modo, si es o no una prueba ilícita, ponderando los diferentes derechos fundamentales en juego. Las respuestas dadas por los tribunales como resultado de esta ponderación no ofrecen soluciones unívocas, ni siempre suficientemente satisfactorias, incluida la interpretación que hace el garante supremo de los derechos fundamentales en nuestro sistema.<sup>7</sup> Hasta el punto de que, como se advierte, la jurisprudencia nacional puede ser contraria a normativa europea.<sup>8</sup> Pero sobre estas cuestiones no podemos detenernos a pesar de lo complejo y trascendente para los derechos fundamentales del trabajador de este primer nivel de análisis.

En segundo lugar, y en un plano más procesal, tiene lugar la discusión sobre las consecuencias que debe tener la constatación de la ilicitud de una prueba de la causa del despido, partiendo de la base de que esa sea la única prueba de que dispone el empresario de los hechos imputados en la carta de despido: la calificación del despido como despido improcedente (por entender que la causa del despido no queda acreditada) o como despido nulo (por haberse vulnerado justamente los derechos del trabajador). Este trabajo se centra en esta segunda cuestión.

Antes de plantear nuestra propuesta, es necesario analizar el panorama legislativo, jurisprudencial y doctrinal sobre el binomio prueba digital ilícita y calificación del despido. El legislador laboral y el procesal laboral no parecen haber tomado partido por una u otra solución, aunque cada tesis trata de ver en el texto legal una confirmación de sus teorías, claro está. En la doctrina y la jurisprudencia tampoco es una cuestión pacífica, quizás por la falta de solución legal clara al respecto.

### **III. EL INSOSLAYABLE DATO LEGAL. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRUEBA ILÍCITA**

#### **A) Previsiones orgánicas**

Es obligada la cita del art. 11.1 LOPJ, norma que regula, en cualquier orden jurisdiccional, la ilicitud de la prueba. Dispone el precepto: “*No surtirán efecto* las pruebas obtenidas, directa o indirectamente,

---

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, Aparicio Tovar, J., “Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica”, *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, pp. 135 y ss. Se analiza la STC 170/2013, que resuelve un asunto en el que se entregó a un notario un teléfono móvil y un ordenador de la empresa que utilizaba el trabajador, descubriéndose que desde su cuenta se enviaban correos electrónicos transmitiendo informaciones confidenciales sobre las actividades productivas. La sentencia justifica el despido con base a la prohibición absoluta del uso privado del correo electrónico de la empresa, lo que merece la crítica del autor pues “lo que en cada caso se decida que corresponde a la buena fe no podrá estar en desacuerdo con dichos mandatos constitucionales”. Justamente la buena fe y las expectativas que pueden tener las partes de la relación laboral nos llevan a la solución contraria, pues un uso razonable del ordenador profesional para uso personal es “un uso general y socialmente admisible”. Véase Colás-Neila, E., “Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico corporativo”, en M. R. Alarcón Caracuel y R. Esteban Legarreta (coords.), *Nuevas Tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 204.

<sup>8</sup> Preciado Domènech, C. H., “La vídeo vigilancia en el lugar de trabajo y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal ¿Es acorde la doctrina del TC y del TS con el Derecho de la UE?”, *Revista de Derecho Social*, núm., 77, enero de 2017, pp. 175 y ss. Sostiene el autor (p. 191) que, de una aceptable distinción entre los supuestos en que con indicios racionales de existencia de hechos ilícitos, sustracción de dinero de la caja, que podían justificar la grabación no informada, la jurisprudencia del TS y del TC ha pasado a aceptar de forma generalizada la grabación para fines indeterminados y al uso sistemático como prueba, sin informar previamente al trabajador y sin pasar el filtro jurisdiccional del art. 90.4 LRJS.

violentando los derechos o libertades fundamentales”. Esta norma es esencial en la materia que estamos tratando y su dicción literal es el argumento más recurrente para los defensores de la tesis de la improcedencia del despido. Sin embargo, paradójicamente, los autores ven en los términos “directa o indirectamente” utilizados por el legislador la acogida de nuestro sistema a la tesis de la “*fruit of the poisonous tree doctrine*” o doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita, argumento utilizado por los defensores de la tesis de la nulidad del despido. Se hacen necesarias, pues, dos aclaraciones: ni el art. 11.1 LOPJ acoge la doctrina de los frutos del árbol envenenado,<sup>9</sup> ni, como tendremos ocasión de ver, la expresión elegida por el legislador (“no surtirán efecto”), implica que el despido tenga que calificarse necesariamente como improcedente.

## **B) Legislación procesal laboral**

Descendiendo al orden jurisdiccional laboral, la admisibilidad de las TIC como medio de prueba la encontramos en la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, art. 90, que dispone en el apartado primero: “Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”.<sup>10</sup>

El apartado 2 dispone que: “No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Esta cuestión podrá ser suscitada por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se pudiese de manifiesto

---

<sup>9</sup> Picó i Junoy aclara cuál es el origen de este precepto. Debemos partir de la doctrina fijada en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que advertía que en aquel caso “la hipotética lesión de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución Española no podría imputarse -con carácter directo e inmediato- a las resoluciones judiciales, sino a los actos extraprocesales” (...) “el acto procesal podrá haber sido o no conforme a Derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución”. Con la mención a “directa o indirectamente”, el legislador ha pretendido recoger, de manera no muy afortunada, dice el profesor, la anterior doctrina constitucional. “Es ineficaz todo elemento probatorio para cuya obtención se haya infringido directamente un derecho fundamental (ejemplo, la inviolabilidad del domicilio o la integridad física o psíquica de las personas), así como también la ineficacia del medio de prueba a través del cual se intenta dar entrada en el proceso a dicho elemento probatorio, ya que ello supone indirectamente conculcar otros derechos fundamentales”. Picó i Junoy, J., “Prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en X. Abel Lluch y J. Picó i Junoy (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil* Barcelona, Bosch Editor, 2006 (versión digital). Añadimos que justamente la STC 114/1984, de 29 de noviembre, tiene origen en un pleito laboral, donde se discutía sobre la validez en un proceso por despido disciplinario de una grabación hecha sin el consentimiento de un interlocutor.

<sup>10</sup> Siendo la Ley de Enjuiciamiento Civil norma Supletoria, habrá que distinguir entre distintos medios de prueba electrónicos y sus reglas de valoración. Los documentos regulados en los arts. 382 a 384 de la LEC, si incorporan firma electrónica, tienen el mismo valor que una firma manuscrita, siempre que se basen en un certificado reconocido y haya sido producida por un dispositivo seguro. En cambio, las palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes, a los que se refiere el art. 90 de la LRJS, serán valoradas según la sana crítica (artículo 382.3 LEC). Además, mientras en el caso de los documentos electrónicos se aplica el art. 94 de la LRJS, la reproducción de la palabra, imagen o sonido se realiza una vez que se han practicado el resto de las pruebas (art. 300 LEC). Munín Sánchez, L. M., “Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba”, en L. Mella Méndez y P. Núñez-Cortés Contreras (dirs.), *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: Estudios desde el Derecho Español y comparado*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 342.

durante la práctica de la prueba una vez admitida. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las diligencias que se puedan practicar en el acto sobre este concreto extremo, recurriendo a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. Contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia”.

Esta suerte de incidente sobre la ilicitud de la prueba es similar al que se prevé en el art. 287 LEC. Constituyen ambos un posicionamiento del legislador español por uno de los posibles sistemas de tratamiento procesal de la prueba ilícita. El sistema procesal debe decidir cuándo debe plantearse judicialmente la ilicitud de una prueba: si en el momento de la admisión, en su práctica, o en el momento de dictar sentencia.

El mencionado debate, en el orden jurisdiccional penal, atendiendo a las fases propias del proceso penal, tiene una enorme enjundia. Se traduce en la discusión acerca de si la prueba ilícita debe debatirse ya en instrucción (en ese caso, el art. 11.1 LOPJ se convierte en una regla de exclusión probatoria, propia del sistema anglosajón) o bien en el momento de la valoración de la prueba (en ese caso, el art. 11.1 LOPJ se configura como una norma de valoración probatoria, lo que defiende la tesis germánica).<sup>11</sup>

Este esquema no puede trasladarse al proceso laboral (tampoco al civil), pero sí se plantea en ambos si la decisión sobre la ilicitud debe ser previa al juicio o no. A pesar de lo que tanto LEC como LRJS disponen, acerca de que “no se admitirán” las pruebas ilícitas, necesariamente deberá abrirse en el momento de la admisión ese incidente contradictorio del art. 90.2 LRJS y el art. 287 LEC.<sup>12</sup> Una vez admitida la prueba ilícita, puede “impugnarse” a través del incidente contradictorio que regulan esos dos preceptos. Ambos prevén que pueda discutirse en el momento de la proposición de la prueba (en el caso del procedimiento civil ordinario, ello tiene lugar en la audiencia previa), pero admite también el legislador que en ocasiones la ilicitud se plantea en el momento de la misma práctica, hasta después (el

---

<sup>11</sup> Los sistemas que parecen haber acogido la primera de las alternativas son el sistema brasileño y el portugués (sin previsión normativa específica), y el italiano y el federal de Estados Unidos (con previsión normativa específica). Por el contrario, el belga, el francés y el alemán optan por un tratamiento de la ilicitud en el seno mismo del proceso. Armenta Deu, T., *La prueba ilícita. Un estudio comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2011 (2ª ed.), pp. 133 y ss. La solución dada en el sistema procesal penal español depende de cada tipo de procedimiento. Como expone la autora en pp. 147 y ss., el procedimiento ordinario difiere en la resolución final del pronunciamiento sobre la ilicitud, el abreviado regula el repetido pronunciamiento en el mismo inicio del juicio, como cuestión previa, y el procedimiento ante el tribunal del jurado prescribe resolver sobre la exclusión probatoria entre las cuestiones previas y antes de constituir el tribunal del jurado.

Los argumentos a favor de una u otra concepción se sistematizan en Picó i Junoy, J., “Problemas de denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal”, en J. M Roca Martínez (dir.), *El proceso penal en ebullición, II Memorial Profesor Serra Domínguez*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 177 y ss. El autor, tras exponer los principales argumentos de una y otra tesis, adopta una solución intermedia: si el juez instructor se percatara de la ilicitud clara y precisa del elemento de la investigación, debería eliminarla: si existen dudas, debería evitar la exclusión para evitar frustrar una actividad probatoria válida.

<sup>12</sup> “... no es posible que el tribunal pueda soslayar el incidente de ilicitud e inadmitir de oficio y *ab limine* una prueba por ilícita, como puede hacer al inadmitir una prueba por impertinente o inútil”. Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Bosch Editor, Barcelona, 2005, p. 359

art. 90.2 LRJS asume que, excepcionalmente, habrá que acudir a las diligencias finales sobre este extremo). Dicho de otro modo, el valor superior de los derechos fundamentales debe conducir a la máxima sanción aplicable, la inadmisibilidad, aunque ese mismo valor obliga a controlar la apreciación de la ilicitud en cualquier momento procesal posterior.<sup>13</sup> Ambas normas de procedimiento, la laboral y la civil, permiten una reproducción de la cuestión sobre la ilicitud en el recurso contra la sentencia, como no puede ser de otra forma.

Por último, en los casos en que el Juez advierta la ilicitud en el momento de dictar sentencia, deberá decidir si debe o no tomar en consideración la prueba ilícita para dictar sentencia o bien convocar el incidente contradictorio para que las partes puedan debatir sobre esa cuestión. Parece que lo más respetuoso con los derechos de las partes es la segunda opción.<sup>14</sup>

Siguiendo con el análisis de la LRJS, el apartado 3 del art. 90 LRJS regula un supuesto de prueba anticipada y el apartado 4 y siguientes establecen interesantes mecanismos, justamente, para evitar la ilicitud de las pruebas de las que pretende valerse una parte en el proceso laboral.<sup>15</sup> En el caso aquí analizado, el empresario, para acreditar la causa del despido. Si el sistema de autorización judicial de estas pruebas se aplica correctamente, no habría en el proceso prueba ilícita ni, por tanto, debate sobre la calificación que deba darse al despido, al menos no por este motivo. En todo caso, la doctrina exige que se haga un uso proporcionado de esta facultad y siempre que no existan medios alternativos, ya que se producen ciertos sacrificios de derechos fundamentales, a pesar de la ponderación judicial de todos ellos.<sup>16</sup>

El art. 108 LRJS establece, al regular los contenidos propios de una sentencia por despido (apartado 1), que el fallo de la sentencia deberá calificar el despido como procedente, improcedente o nulo. Y añade literalmente: “Será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por

---

<sup>13</sup> Se propone entonces una solución ecléctica. Si la ilicitud aparece clara antes de la admisión de la prueba, el juzgador debe inadmitirla, sin perjuicio de la oportuna protesta. Si le ofrece dudas, no admitirla podría vulnerar el derecho fundamental a la prueba, por lo que deberá admitirla sin perjuicio de ulterior protesta. Y si en sentencia el juzgador decide la ilicitud de la prueba, se decidirá el litigio como si no la hubiese admitido, abriéndose en todo caso la posibilidad de recurso. Lousada Arochena F., “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi social*, núm. 11/2006, parte Estudio (versión digital).

<sup>14</sup> Picó i Junoy, J., “Prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en X. Abel Lluch y J. Picó i Junoy (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil, op. cit.*, (versión digital). Las razones son de distinto orden: el debido respeto al derecho a la prueba; para evitar las decisiones judiciales sorpresivas susceptibles de causar indefensión; en pro de la lectura garantista de las normas tendentes a permitir la máxima eficacia de los derechos fundamentales; y para una más justa resolución de la ilicitud probatoria.

<sup>15</sup> La doctrina destaca los beneficios del establecimiento legal de este filtro judicial. De hecho, algún autor concluye que actualmente, para que puedan tener eficacia probatoria en el proceso laboral determinadas interceptaciones de comunicaciones del trabajador (por ejemplo, el correo electrónico o las comunicaciones telefónicas), “es necesario bien el conocimiento expreso del trabajador o bien una autorización e intervención judicial previa, pues es un supuesto amparado por el art. 18.3 de la CE”. Toscani Giménez, D., “La vulneración del derecho a la intimidad por delatores, detectives privados y medios tecnológicos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 71, 2015, p. 76.

<sup>16</sup> La Constitución reconoce el derecho a la prueba (art. 24.2 CE), pero puede entrar en colisión con otros derechos fundamentales, lo que hace necesaria la ponderación a través del juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio. Siempre con la puntual determinación de las condiciones de acceso y con las garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes o expertos. En definitiva corresponderá al juez decidir “siempre que no haya medios alternativos”. Castro Argüelles, M<sup>a</sup>. A., “Derechos fundamentales en el proceso laboral”. Ponencia temática presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona el 29-30 de mayo de 2014. <[http://academica-e.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/10906/Maria\\_Antonia\\_Castro.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://academica-e.unavarra.es/xmlui/bitstream/handle/2454/10906/Maria_Antonia_Castro.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> (Último acceso 29-02-2018, 22:00), p. 14.

el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el número 1 del artículo 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, será calificado como improcedente”. El apartado 2 regula los contenidos de la sentencia que declara nulo el despido: “Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”. Este mismo precepto concreta determinados supuestos de nulidad del despido que tienen que ver con situaciones de embarazo, maternidad, de excedencia, ejercicio de los derechos de víctimas de violencia de género, etc. El apartado 3 de este artículo dispone que “Si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo”.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad del despido, el art. 113 LRJS prevé que si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir y la sentencia podrá ser ejecutada provisionalmente. Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con el abono de los salarios de tramitación o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización.

Por último, el art. 55 ET, con relación a la forma y efectos del despido disciplinario, se pronuncia en idéntico sentido a la norma procesal laboral: “4. El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1. 5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. 6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”.

### **C) Supletoriedad de la LEC**

Para acabar con la descripción del régimen legal aplicable, por mor de la Disposición final cuarta LRJS, deberíamos aplicar supletoriamente la LEC, que incorpora en el art. 287 una norma sobre tratamiento procesal de la prueba ilícita al que antes hemos hecho referencia. En un sentido similar al art. 90.1 LRJS se prevé: “1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes (...) Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida

ilicitud. Se prevé un recurso de reposición oral que se resolverá el mismo día de la vista, sin perjuicio de reproducir la prueba ilícita en apelación contra la sentencia”.

Por último, el art 283.3 LEC, dispone: “Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”, lo que parece identificarse con aquella prueba que se ha intentado aportar infringiendo normas de procedimiento, pero sin vulneración de derechos fundamentales. Si la prueba en cuestión, además, hubiera violentado derechos constitucionales en su obtención, hablaríamos ya de prueba ilícita. Este art. 283.3 LEC recoge, en definitiva, un principio de admisión de pruebas: el juez sólo puede admitir la prueba que sea pertinente y útil y siguiendo el procedimiento legalmente establecido para su aportación a los autos.<sup>17</sup>

#### **IV. LAS RESPUESTAS JURISPRUDENCIALES Y SU VALORACIÓN**

Partiendo de la anterior base legal, hay quien defiende que, ante la constatación de la ilicitud de la prueba digital la causa del despido no queda acreditada y por lo tanto el despido es improcedente, como hay quien califica el despido como nulo por, justamente, provenir de una prueba viciada de nulidad. Debemos reconocer que son mayoría los seguidores de la primera de las tesis, aunque entendemos, hay motivos más que suficientes para defender la segunda.

##### **A) Parece imperar la tesis de la improcedencia**

Ciertamente, parece que la mayoría de la jurisprudencia tiende a calificar el despido como improcedente. A modo de ejemplo, puede citarse la reciente STSJ Castilla-La Mancha (Albacete) de 12-01-2018 (rec. 1416/2017). En ella, se enjuicia un supuesto en el que la empresa despide a un vigilante de seguridad a partir de las grabaciones obtenidas a través de la videocámara instalada en la caseta en la que prestaba sus servicios, sin advertencia previa de dicha instalación. Entiende la Sala que la prueba es ilícita, por no superar el juicio de proporcionalidad, basándose en la doctrina constitucional y en la reciente STEDH de 09-01-2018, caso López Ribalta y otras c. España. Llegada a esta conclusión, se plantea cuál sería la consecuencia jurídica: la nulidad del despido, en aplicación del art. 55.5 ET; o las derivadas de la aplicación de los arts. 11.1 LOPJ, 287 LEC y 90.1 LRJS (que a su entender son procedencia o improcedencia, según se acredite o no el incumplimiento laboral, eliminados la información obtenida a través de aquella prueba).

Tras recordar la inexistencia de jurisprudencia en unificación de doctrina en la materia, reitera la jurisprudencia de la Sala, subrayando que la no admisión “[d]el medio de prueba contaminado”, no

---

<sup>17</sup> La aclaración, sumamente necesaria, se hace en Picó i Junoy, J., “Prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en X. Abel Lluch y J. Picó i Junoy (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil, op. cit.*, (versión digital). Ejemplos de esta prueba “ilegal” del art. 283.3 son el interrogatorio del colitigante respecto del cual no exista en el proceso oposición o conflicto de intereses con el otro colitigante que solicita su interrogatorio (art. 301.1 LEC); el informe elaborado por profesionales de la investigación privada que no estén legalmente habilitados (art. 265.1.5° LEC); la aportación extemporánea de un documento o dictamen pericial de parte sin que exista una norma de cobertura que lo permita (arts. 269, 270 y 336 LEC).

conduce a que “la decisión extintiva, en sí mismo considerada, pretendiera la vulneración de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador, que llevara aparejada la calificación de nulidad del mismo (art. 55.5 ET)”.<sup>18</sup> Al respecto, añade que “pensamos que la sanción de nulidad del despido tiene su fundamento en el móvil del empresario cuando el despido en sí mismo responde a una causa vulneradora de un derecho fundamental, de ahí la prescripción del artículo 55.5 ET, pero no cuando la finalidad que mueve al empresario es comprobar un comportamiento del trabajador para obtener la prueba de la existencia de la causa alegada para justificar el despido, en cuyo caso, procede la nulidad de dicha prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, sin que tal nulidad pueda extenderse a la calificación del despido que podrá ser improcedente o incluso procedente, si una vez desechados los hechos acreditados mediante la prueba ilegal o ilegítima, aun resultan probados, mediante prueba hábil e idónea hechos que constituyen un incumplimiento grave y culpable del trabajador”.

También pone el foco en la intención vulneradora de derechos fundamentales del acto extintivo la STSJ Madrid de 05-11-2008 (rec. 4747/2008): “... para que el despido sea nulo ha de producirse por una causa ajena al contrato de trabajo, directamente atentatoria contra un derecho fundamental y verdadero móvil de la decisión extintiva del empleador, absolutamente al margen de cualquier motivo disciplinario, pero en el presente caso, el despido se ha basado en unos hechos concretos que se imputan al trabajador como realizados en su puesto de trabajo y con ocasión de éste y que, de haberse acreditado, podrían ser sancionables por el empresario, de constar el quebrantamiento que se les atribuye de la necesaria confianza que ha de presidir las relaciones laborales, centrándose el recurrente, para solicitar la declaración de la nulidad, no en la voluntad vulneradora de la empleadora al despedir, sino en la violación de sus derechos fundamentales en la obtención de la prueba de esos hechos imputados, supuesto bien distinto que afectaría, no al despido, sino a la actividad probatoria previa al mismo, de manera que la prueba obtenida con tal vulneración es ilícita y no puede tenerse en ningún caso en cuenta en el proceso, como tampoco aquéllas que deriven de la inicial ilicitud, pero en ningún caso cabría aquí hablar de despido nulo sino improcedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores...”.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> STSJ Castilla-La Mancha (Albacete) de 10-06-2014 (rec. 1162/2013), en la que se considera ilícita la prueba obtenida de un dispositivo de localización GPS instalado en el teléfono móvil cedido al trabajador para uso profesional y personal. En la misma línea, la STSJ Castilla-La Mancha (Albacete) de 28-11-2014 (rec. 1040/2014). También la STSJ Galicia de 06-11-2008 (rec. 4148/2008), en un caso de registro del ordenador sin advertencia previa sobre límites uso y posibilidad de control, que sostiene que “No cabe calificar el despido como nulo por cuanto la nulidad de la prueba obtenida por la empresa vulnerando los derechos fundamentales de la actora no conlleva la del acto extintivo. Debe distinguirse lo que es la nulidad de la prueba obtenida, de conformidad a lo dispuesto en el art. 90 de la L.P.L. y en el art. 287 de la L.E.C., y por lo tanto en las normas adjetivas, de la nulidad del despido fundada en normas de derecho material, en este caso, el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores. En este último caso, es el propio acto extintivo el que vulnera derechos fundamentales, tal sucede en el caso de que un trabajador sea despedido por el contenido de sus expresiones proferidas (Vulneración del derecho fundamental de la libertad de expresión) o en todos los supuestos de despidos discriminatorios (por razón de embarazo, por el ejercicio de la tutela judicial efectiva-garantía de indemnidad etc.) en los que la verdadera razón del despido es la causa de la discriminación”.

Con anterioridad, en un supuesto en el que la prueba se había obtenido tras registrar la mesa de trabajo del trabajador en su ausencia, vulnerando el derecho a la intimidad, ya se manifestaba a favor de la improcedencia, no siendo posible la nulidad del despido “por no ser lo que vulnera derechos fundamentales la decisión empresarial sancionadora, sino el ensamble indagatorio del que deriva la adopción de la misma” (STSJ de Castilla-La Mancha (Albacete) de 30-11-2001, rec. 533/1999).

<sup>19</sup> Doctrina seguida por las posteriores SSTSJ Madrid de 17-07-2009 (rec. 2831/2009, ECLI:ES:TSJM:2009:5464) y de 30-05-2011 (rec. 5990/2010, ECLI:ES:TSJM:2011:6385), en un caso de registro del ordenador sin información previa sobre los límites

Como había señalado la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 09-03-2001 (sent. 1050/2001), el despido “se basa en la conducta del trabajador y no en el móvil atentatorio a su derecho a la intimidad”; por ello, la ilicitud de la prueba no puede suponer la nulidad del despido, “salvo que se quiera trasladar la construcción de la doctrina del árbol envenenado, a este campo, lo que es inadecuado, pues no se juzga la ineficacia en un proceso penal”.

Finalmente, en otras ocasiones el razonamiento es más superficial y se limita a concluir la improcedencia por no haber acreditado la causa del despido, al no haberse admitido la prueba que vulnera derechos fundamentales.<sup>20</sup>

## **B) La tesis de la nulidad es minoritaria**

Pueden encontrarse también algunos pronunciamientos que defienden la calificación de nulidad del despido. Entre los más recientes, puede destacarse la STSJ Asturias de 22-01-2016 (rec. 2404/2015), en la que se considera que la video vigilancia llevada a cabo sin información previa no sólo debe afectar al medio probatorio sino también a la nulidad del despido. Sostiene el Tribunal que: “El incumplimiento por la empresa del deber informativo supuso una violación de los derechos fundamentales del demandante afectados por la medida intrusiva. Y aunque la recurrente quiere limitar la consecuencia de su infracción a la validez del medio de prueba obtenido con la grabación de imágenes realizada, la nulidad del despido constituye el efecto necesario y adecuado de la actuación empresarial. Conforme dispone el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores el despido es nulo cuando tenga por móvil alguna de las causas de

---

de uso y la posibilidad de control. Previamente, en STSJ de Madrid de 31-01-2002 (rec. 3568/2001), ya había manifestado que la calificación de nulidad “está reservada para cuando la decisión empresarial tenga como móvil la discriminación o se produzca con violación de derechos fundamentales o libertades públicas”. En cambio, la prueba que vulnera derechos fundamentales implicaría no tener por probado lo acreditado a su través y, por lo tanto, ante la falta de prueba de lo aducido por la empresa, el despido debería ser declarado nulo.

<sup>20</sup> En este sentido, la STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27-03-2017 (rec. 934/2016, ECLI:ES:TSJICAN:2017:893), conoce del despido de una trabajadora que sustrae medicamentos de la cooperativa farmacéutica para la que trabajaba. La empresa aporta como prueba una grabación con videocámara, realizada sin previo aviso, que es considerada ilícita. A pesar de que la actora no interesaba la declaración de nulidad, la Sala argumenta la calificación de improcedencia del despido en el hecho de que no siendo admisible la prueba practicada para intentar acreditar los hechos de la carta de despido, los hechos de tal carta no se pueden considerar acreditados...”. La STSJ C. Valenciana de 21-03-2017 (rec. 3904/2016, ECLI:ES:TSJCV:2017:1889), resuelve un supuesto parecido: la decisión extintiva se basa en la información obtenida a través de las cámaras de video vigilancia de uso genérico instaladas en el establecimiento, sin que las personas trabajadoras ni sus representantes tuvieran conocimiento. Para la Sala, “es igualmente ajustado el razonamiento de la Sentencia de instancia que al considerar que no son válidas a efectos probatorios las grabaciones aportadas, y no aportando la empresa algún otro medio de prueba acreditativo de la comisión de los hechos imputados a la actora en la carta de despido, procede a declarar la improcedencia del mismo”. En la misma línea que las anteriores, la STSJ Madrid de 29-09-2014 (rec. 1993/2013, ECLI:ES:TSJM:2014:11669), en el que la instalación de un dispositivo GPS en el vehículo cedido para uso profesional que permite conocer su posicionamiento también fuera de jornada, sin previo conocimiento de la trabajadora, vulnera el derecho a la intimidad, siendo la prueba ilícita y el despido calificado como improcedente. También la STSJ País Vasco de 24-04-2007 (rec. 514/2007), concluye la improcedencia del despido, en un caso de acceso al ordenador del trabajador sin su previo conocimiento, ni estar presente la persona interesada ni los representantes de los trabajadores en el registro. Y ello, a pesar de fundarse en la previa STSJ País Vasco de 12-09-2006 (rec. 1270/2006) en la que, sin embargo, se califica como nulo. Afirma el Tribunal que: “...la prueba en cuestión es nula. Ello conlleva el fracaso del recurso de la empresa y la confirmación de la sentencia recurrida, por más que la misma lleve aparejada la calificación de improcedencia del despido y no su nulidad, decidida en el precedente mencionado”.

discriminación prohibidas por la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.<sup>21</sup>

Abundando sobre el efecto que deba tener la vulneración de derechos fundamentales, la doctrina sentada en STC 196/2004, de 15 de noviembre, ha venido siendo utilizada por algunos TSJ para sustentar su posición favorable a la declaración de nulidad del despido. En particular, la idea de que “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”<sup>22</sup>.

Así, la STSJ País Vasco de 12-09-2006 (rec. 1270/2006), declara la nulidad del despido fundamentado en pruebas atentatorias de derechos fundamentales, “siguiendo la doctrina sentada implícitamente en la sentencia de Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre (basada en la teoría del fruto podrido del árbol podrido)”, sustentada en lo señalado por el antiguo art. 90 LPL y 11.1 LOPJ.

Posteriormente, en STSJ País Vasco de 10-05-2011 (rec. 644/2011, ECLI:ES:TSJPV:2011:5122),<sup>23</sup> se añaden argumentos adicionales a la conexión entre la única prueba que sustenta la decisión extintiva, vulneradora de derechos fundamentales y reputada como ilícita, y la calificación de nulidad del despido, como consecuencia lógica de lo establecido en los arts. 55.5 ET y 108.2 LPL. De un lado, señala que, “atendiendo a criterios gramaticales, finalistas y de interpretación conforme a la Constitución, en la citada previsión legal encuentran cobijo no sólo los supuestos en que el cese se produce como consecuencia del ejercicio legítimo de un derecho fundamental, sino también aquellos otros en que los hechos que lo sustentan han sido conocidos por el empresario mediante métodos que conculcan los derechos fundamentales del afectado”. La efectiva protección del derecho fundamental afectado sólo puede conseguirse a través de la nulidad, reponiendo a la persona en su situación previa, recordando que, según señala la jurisprudencia constitucional, los derechos fundamentales no se protegen “en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos” (STC 247/2006, de 24 de julio).<sup>24</sup> De otro, por aplicación del art. 9.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, entiende, se llegaría a la misma conclusión:

---

<sup>21</sup> Sigue esta doctrina la STSJ Andalucía (Málaga) de 05-04-2017 (rec. 277/2017), en un caso también de videovigilancia sin información previa al trabajador. En un caso de acceso a los contenidos del correo electrónico, que se entendió vulneraba el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, la misma Sala llegó a idéntica conclusión: “La decisión de sacar el contenido de los correos enviados por la recurrente del ámbito privado en que se habían producido y su utilización como causa de despido, al igual que su incorporación al presente proceso, vulnera frontalmente su derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, que protege a los comunicantes frente a cualquier forma de interceptación o captación del proceso de comunicación por terceros ajenos, sean públicos o privados, y con independencia de que el contenido del mensaje transmitido pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (STC 114/84, 70/02 y 123/08, entre otras), por lo que resulta forzoso declarar nulo el despido, de conformidad con lo dispuesto en el art.55-5 del ET” (STSJ Asturias de 30-11-2013 (rec. 230/2012, ECLI:ES:TSJAS:2012:4989).

<sup>22</sup> A pesar de compartir la solución de la TTC referida, algún autor pone de relieve que en realidad, la lesión del derecho fundamental no había sido causada por el despido, sino por la obtención de la prueba. Aguilera Izquierdo, R., “El ejercicio de las facultades de vigilancia y control por el empresario a través de agencias de detectives”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, 2013, p. 135.

<sup>23</sup> En la que se coloca un dispositivo de localización GPS en el vehículo del trabajador y se le controla mediante detective cuando está en una situación de IT.

<sup>24</sup> La STSJ Cantabria de 19-07-2003 (rec. 909/2003), en un supuesto de vigilancia sistemática a través de controles médicos practicados en situación de IT, también insiste en la idea de la reparación integral ante la vulneración del derecho fundamental como elemento para concluir la declaración de nulidad del despido.

la tutela judicial ante intromisiones ilegítimas en la intimidad no sólo comporta la adopción de las medidas necesarias para su cese sino la reposición en la situación anterior.

La STSJ Catalunya de 09-03-2017 (rec. 39/2017),<sup>25</sup> también se apoya en la STC 196/2004 para sostener que es adecuada la conexión entre prueba ilícita (por vulneración de derechos fundamentales) y despido nulo realizada por el juzgador “a quo”, “por cuanto dicha prueba era el único fundamento del despido de la trabajadora, por lo que debe declararse nulas todas las consecuencias de aquella prueba, como si de la teoría del ‘fruto del árbol envenenado’ tantas veces aplicada en el ámbito penal se tratara y, así, del despido, al haberse producido ‘con vulneración de derechos fundamentales’”.

Además, entre la doctrina judicial en ella referida, cita la STSJ País Vasco de 09-04-2015 (rec. 445/2013) que, en un caso de utilización ilegítima de mecanismos video gráficos de control, anuda a esta conclusión la nulidad del despido, así como la STS de 13-05-2014 (RCUD 1685/2013), que confirmó aquélla. Para el TS, la utilización ilegítima del medio de control, que tuvo como consecuencia la vulneración del derecho fundamental al control de datos personales de la trabajadora suponía la nulidad del despido.<sup>26</sup> Debe llamarse la atención sobre el hecho de que el TS no entra de lleno en el debate improcedencia-nulidad; de hecho, la recurrente alegaba como infringido no sólo el art. 18 CE, sino también los arts. 90 LRJS y 55 ET, invocando la improcedencia del despido. El TS inadmite esta pretensión pues se trata de una cuestión nueva que no se planteó en suplicación y, además, no se aportó sentencia de contraste.<sup>27</sup>

Finalmente, en algunos casos, como se acaba de ver, la conexión entre medios de prueba ilícitos por atentar contra los derechos fundamentales y la nulidad del despido se presenta como conclusión natural de la aplicación del art. 55.5 ET.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Se trata también de un supuesto de vulneración del derecho a la intimidad por el uso de cámaras de video vigilancia sin informar previamente sobre la finalidad de los datos obtenidos, en el que la ineficacia de la prueba supone la nulidad del despido.

<sup>26</sup> La conexión entre vulneración de derechos fundamentales en la obtención de información utilizada para despedir, y la posterior declaración de nulidad de esta decisión, parece clara desde el primer momento en el que el Tribunal plantea la cuestión debatida, que no es otra que la de “determinar si existe una vulneración empresarial de los derechos fundamentales del art. 18.4 CE (derecho a la protección de datos de carácter personal) provocada por la utilización de cámaras de video-vigilancia para sancionar a una trabajadora por el alegado incumplimiento de sus obligaciones laborales; vulneración que, en su caso, resultaría de la utilización no consentida ni previamente informada de las grabaciones de imagen para un fin, desconocido por la trabajadora afectada y distinto del expresamente señalado por la empresa al instalar el sistema con carácter permanente, de control de su actividad laboral; y con la consecuencia, conforme a la jurisprudencia constitucional y ordinaria, que de haberse producido tal vulneración y acordado la medida disciplinaria impugnada con base en una lesión del art. 18.4 CE, el despido debería calificarse necesariamente como nulo (entre otras, SSTC 88/1985 de 19 de julio, 134/1994 de 9 de mayo, 29/2013 de 11 de febrero)”.

<sup>27</sup> Es interesante las consideraciones que realiza, *obiter dicta*, sobre los instrumentos de que dispone la LRJS para la obtención de pruebas sin menoscabo de los derechos fundamentales de la persona trabajadora: “Debemos en este punto hacer referencia a las posibilidades de intervención judicial a instancia de cualquiera de las partes que se contemplan en la LRJS ... en orden a evitar posibles vulneraciones de derechos fundamentales, tanto en la fase de actos preparatorios y diligencias preliminares... [art. 76.4 LRJS en conexión con el art. 90, apartados 4 a 6]... como en la fase del juicio, incluso como prueba anticipada... [art. 90.4, 6 y 7]”.

<sup>28</sup> Como en la STSJ de Galicia de 30-11-2001 (rec. 5319/2001), en un caso de video vigilancia. O en la STSJ Comunidad Valenciana de 19-07-2005 (rec. 1343/2005), que enjuiciaba el despido basado en los datos obtenidos de la utilización de un programa espía para acceder a los contenidos del correo electrónico, en la que, además, no se había solicitado en el suplico tal declaración de nulidad: “Ciertamente esta calificación no se ajusta a lo solicitado en el suplico del escrito del recurso, en el que tan sólo se pide la declaración de improcedencia, pero como ha señalado la jurisprudencia de forma reiterada, pudiendo citarse por todas las reciente STS de 23-3-2005 (recurso 25/2004), la calificación del despido corresponde al órgano judicial que no queda vinculado con la petición de la parte”.

## V. LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN (LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO) NO PUEDE SER EL FUNDAMENTO DE LA NULIDAD DEL DESPIDO

Compartimos este último posicionamiento que defiende la calificación como nulo del despido que se hubiere pretendido justificar con una prueba digital ilícita, pero no podemos compartir el recurso a argumentos que, en nuestra opinión, no son del todo precisos. Nos referimos a que la tesis de la nulidad del despido parte de una aplicación de la regla de la exclusión o frutos del árbol envenenado. El argumento utilizado es el siguiente: la prueba es ilícita por vulneradora de derechos fundamentales y esa nulidad irradia o contagia también la nulidad del despido.

Sin embargo, la regla de la exclusión, que durante un tiempo se vino aplicando de forma generosa por los tribunales por parecer más garantista, sufre en la actualidad un movimiento pendular. Lo frecuente ahora en la doctrina es el establecimiento de límites o excepciones a los efectos reflejos de la nulidad, como la tesis de la fuente independiente (hallazgo casual o descubrimiento inevitable), o la teoría de la conexión de antijuridicidad.<sup>29</sup> Con todos los riesgos para la seguridad jurídica que esas excepciones provocan, fundamentalmente la segunda.

En todo caso, independientemente de los correctivos que la tesis de los frutos del árbol envenenado está sufriendo, debe interpretarse correctamente. En primer lugar, es una doctrina que se aplica en el proceso penal y su traslado a otros órdenes jurisdiccionales puede no resultar satisfactorio. En segundo lugar, esta tesis refiere a la conexión que existe entre distintas pruebas (una de origen ilícito), de suerte que no puede tenerse en cuenta ninguna de ellas en la valoración y decisión judicial. Pero no hace referencia a la relación existente entre la prueba ilícita y la calificación judicial del despido.

Además, la regla de la exclusión lo que en puridad significa es que la prueba no puede tenerse en cuenta, se le niega valor probatorio y por ende la posibilidad de que la sentencia final se fundamente en aquélla. Ello nos conduce más a la calificación de improcedencia que a la nulidad (la prueba del despido no queda acreditada, pero nada más pues el Juez no puede valorar la prueba).

En efecto, el análisis de las consecuencias para la calificación del despido de la ilicitud de la prueba, puede hacerse aplicando al proceso por despido el derecho a la presunción de inocencia propia del ámbito penal.<sup>30</sup> Pero la tesis de los frutos del árbol envenenado en combinación con la presunción de

---

<sup>29</sup> Una explicación sumamente clarificadora del movimiento pendular y de las tesis que limitan la teoría de los frutos del árbol envenenado en Armenta Deu T., *La prueba ilícita. Un estudio comparado, op. cit.*, pp. 121 y ss. La doctrina de la fuente independiente enerva la aplicación de los efectos indirectos de la ilicitud de la doctrina de los frutos del árbol si no hay vinculación directa entre la práctica de una diligencia de instrucción ilícita y la diligencia posterior. Variantes de esta doctrina son otras dos excepciones: “el descubrimiento inevitable” y “el hallazgo casual”. La teoría de conexión de antijuridicidad exige para el reconocimiento de eficacia refleja, no sólo la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita, sino además la existencia de una «conexión de antijuridicidad», lo que dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, del resultado y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud. También sobre las excepciones a los efectos de nulidad de la prueba ilícita, véase Costa Torné, M<sup>a</sup> C., “La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones”, *Revista de Derecho Uned*, núm. 11, 2012, pp. 137-161. No escapan a los autores los riesgos de este tipo de correctivos. Sobre el riesgo de inseguridad jurídica de la tesis de la conexión de antijuridicidad, y sobre su inspiración teleológica, Armenta Deu T., *La prueba ilícita. Un estudio comparado, op. cit.*, p. 126.

<sup>30</sup> Baviera Puig., I., “Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 12/2008, parte estudio (versión digital).

inocencia, acaba llevando a algunos autores justamente a la calificación de improcedencia. El hilo argumental es el siguiente: El derecho a la presunción de inocencia exige una mínima actividad probatoria, con las adecuadas garantías procesales y de cargo contra el imputado. Trasladado al ámbito laboral, aunque no existe en el proceso laboral propiamente un derecho constitucional a la presunción de inocencia del trabajador,<sup>31</sup> sí existe una especie de presunción de inocencia de legalidad ordinaria: a falta de una mínima actividad probatoria con todas las garantías, el despido queda huérfano de causa y por tanto la calificación correcta es la de improcedencia, tanto si se acepta la contaminación entre las pruebas como si no. Todo ello nos conduce a la improcedencia.

En otro orden de cosas, conviene advertir que el sistema germánico de tratamiento de la prueba ilícita en el ámbito penal -que postula una denuncia y un análisis de la ilicitud de la prueba ya en el juicio y en conjunto con las otras pruebas cuya ilicitud no se pone en duda y que permite el contradictorio de las partes-, es más acorde con la tesis de la nulidad. Entender el art. 11 LOPJ como una regla de valoración probatoria y no como una norma de exclusión<sup>32</sup> “facilita” la calificación como nulo del despido.

El fundamento de la nulidad del despido con origen en una prueba ilícita debemos buscarlo en otras bases: en la propia norma laboral que distingue entre despido improcedente y despido nulo, en la función garantista de los derechos fundamentales que los tribunales ordinarios están llamados a desempeñar y en las reglas sobre el tratamiento procesal de la prueba ilícita. A ello dedicaremos el último apartado de este trabajo.

## **VI. LA CONSTATACIÓN DE LA ILICITUD DE LA PRUEBA NO PUEDE SUPONER OTRA COSA SINO LA NULIDAD**

### **A) Posicionamientos anteriores**

En varias ocasiones a lo largo de estas páginas hemos adelantado cuál es nuestro posicionamiento en el tema planteado. En otros foros, se postuló la tesis de la nulidad. Concretamente se advirtió que, entre la obtención ilícita de medios de prueba por parte del empresario, y los derechos fundamentales del trabajador, especialmente en las TIC, “existe un íntimo vínculo”.<sup>33</sup> En un caso de monitorizaciones ilícitas que sirvieron de base para despedir al trabajador, se defendía que, si no se les concede valor probatorio,

---

<sup>31</sup> La jurisprudencia constitucional revisó esta tendencia de aplicación del principio de presunción de inocencia a los despidos disciplinarios (STC 81/1988, de 28 de abril), y determinó finalmente que sólo podía aplicarse al proceso penal y al procedimiento administrativo sancionador (STC 30/1992, de 18 de marzo), con tres argumentos: el despido es sino una resolución contractual, por lo que no es de aplicación el derecho penal público; los Tribunales llevan a cabo una consideración sobre un incumplimiento contractual o falta laboral, pero no sobre la culpabilidad o inocencia del trabajador; y el procedimiento laboral se rige por el principio dispositivo, donde no se ejerce el ius puniendi del Estado. Baviera Puig, I., “Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>32</sup> De hecho, los procesalistas indican que para explicar este art. 11.1 LOPJ “es totalmente innecesario acudir a figuras extrañas, como la de la *fruit of the poisonous tree doctrine*, y crear nuevas teorías, como la de la ‘conexión de antijuricidad’, para limitar su posterior eficacia”. Basta con aplicar las propias reglas de la nulidad procesal (arts. 243 LOPJ y 230 LEC). Picó i Junoy, J., “Prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en X. Abel Lluch y J. Picó i Junoy (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, *op. cit.*, (versión digital).

<sup>33</sup> Colàs-Neila, E., “Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2002, p. 44.

al encontrarnos ante un supuesto de no probanza del incumplimiento alegado, supondría la declaración de improcedencia del despido. Pero se dijo que el argumento es engañoso y la doctrina de la improcedencia es un precedente peligroso. Lo es porque pasa por alto el motivo que provoca la ilicitud. Justamente el art. 11 LOPJ y su dicción literal obliga a no disociar la forma como se obtiene la prueba, y por consiguiente la calificación de esta, de la calificación del despido. Se dijo en aquella ocasión que “En tanto que la prueba se instrumenta a la consecución de un fin específico, cual es la acreditación de una justa causa para despedir, la vulneración de derechos y libertades fundamentales en la obtención de la misma, que implica su ilicitud, debe viciar de nulidad, igualmente, el instituto jurídico al que se vinculaba”.<sup>34</sup>

Se ha defendido la “profunda interrelación” entre prueba ilícita y declaración de nulidad del despido, pues aquélla es la que motiva la decisión extintiva, resultando lo contrario “una incongruencia”. Entre otros argumentos, se insiste en que “no es posible que el valor y el reconocimiento de estos derechos quede subordinado a las reglas de calificación simple del despido sin causa, ya que ello supondría el incumplimiento del mandato del art. 53 CE, en la medida en que no se estarían integrando todas las garantías procesales propias, ni las reacciones judiciales típicas de la modalidad especial de tutela, entre ellas el restablecimiento al perjudicado en la integridad de su derecho vulnerado. La declaración de invalidez del a prueba no puede quedar en un borrar la prueba dejando el efecto”.<sup>35</sup>

Sin embargo, esta no es la tesis seguida por la mayor parte de la doctrina laboralista. Los defensores de la tesis, mayoritaria, de la improcedencia señalan que “no existe conexión legislativa entre la ilicitud de la prueba y la calificación del despido disciplinario, pues en este caso se refiere a la ilicitud en la obtención de la fuente de la prueba y en el otro, al móvil del despido”. La nulidad queda reservada únicamente cuando el propio móvil del despido es el que viola derechos fundamentales y no es el caso.<sup>36</sup> Como veremos, la génesis del art. 55.5 ET (despido radicalmente nulo) refuta este argumento.

Existe otro sector doctrinal que, cuanto menos, admite que habrá que estudiar cada supuesto concreto y no existe una solución general. Hay autores que establecen como regla general la invalidez de la prueba y por ello la improcedencia del despido, pero en aquellos casos en los que el fin específico de la obtención de la prueba fuera el despido, sí se debe asociar la vulneración del derecho fundamental al despido y por tanto declararlo nulo.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Colàs-Neila, E., “Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2002, p. 45.

<sup>35</sup> Goñi Sein, J. L., *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 237-238.

<sup>36</sup> Gil Plana, J., *La prueba en el proceso laboral*, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 219. Incide en la inexistencia de nexo legislativo entre la falta de prueba y la nulidad de un despido Sempere Navarro A. y San Martín Mazzuconi C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Thomson-Aranzadi, 2002, p. 57.

<sup>37</sup> El fundamento de estas teorías se encuentra en la propia doctrina constitucional. Todogí Signes A., El registro informático como base para el despido. Cuestiones fundamentales, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 25/2011 parte Doctrina (versión digital).

Siendo conscientes de cuál es el criterio imperante, defendemos que existen motivos de diversa índole que permiten, tras un análisis detallado de la cuestión, incluyendo una visión procesal, confirmar los posicionamientos anteriores, con más convencimiento si cabe.

## **B) La falta de solución legal en las normas sobre prueba debe suplirse con las normas reguladoras de la declaración judicial del despido**

Hemos constatado que ni la LOPJ, ni la LRJS ni el ET, ni la LEC que es supletoria, resuelve el interrogante planteado. Y entendemos que no lo solventan directamente porque aplicando reglas generales está ya solventado.

Las normas que regulan las diferentes calificaciones que pueden otorgarse al despido (procedente, improcedente, nulo), han arbitrado ya las respuestas que debe dar el Tribunal en la sentencia que constata la vulneración de derechos fundamentales del trabajador. No son las normas sobre prueba las que deben regular la calificación del despido una vez constatada la ilicitud de la prueba que acreditaba la causa, sino las normas que regulan los contenidos posibles de la sentencia laboral por despido. Y ya lo hace el legislador en el art. 55.5 ET y en el art. 108.2 LRJS, cuando dice que “Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.<sup>38</sup>

Tan vulnerador de derechos fundamentales es que el empresario despidiera por ser mujer, por haber ejercido el derecho a la libertad de expresión o el derecho de libertad sindical (el despido tiene por móvil una causa de discriminación), como que se haya producido vulnerando la intimidad o el secreto de las comunicaciones, aunque no fuera este el móvil del despido (segunda acepción, el despido se produce con violación de derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador).<sup>39</sup>

No podemos olvidar que la terminación del contrato de trabajo es “uno de los momentos de la vida del contrato que presentan mayor desigualdad en las posiciones de empresario y trabajador”.<sup>40</sup> Para esas desigualdades el legislador laboral ha arbitrado soluciones en forma de correctivos.

Desde un punto de vista procesal, el enjuiciamiento en el orden laboral no puede separarse de la realidad sobre la que se proyecta. Se sostiene, en general y no sólo para el enjuiciamiento laboral, que cuando el procedimiento está reglado por el derecho, se convierte en proceso jurídico, pero a su vez “el proceso es algo vivo en la realidad, y como tal sujeto a condicionamientos que moldean su juridicidad

---

<sup>38</sup> Sobre el origen de la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional (véase, por ejemplo, la construcción del despido nulo radical elaborado en la STC 38/1981, de 23 de noviembre), hasta su inclusión en el ET y la LPL en los noventa, véase Baviera Puig, I., “Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas”, *op. cit* (versión digital).

<sup>39</sup> Pedrajas Moreno, A., *Despido y derechos fundamentales. Un estudio especial de la presunción de inocencia*, Trotta, Madrid, 1992, p. 149 entiende que la ilicitud de la tesis según la cual la prueba del despido acarrea la nulidad de este, se basa no en el móvil vulnerador de derechos fundamentales sino en el uso de medios vulneradores de esos derechos.

<sup>40</sup> López López, J., *La extinción del contrato como última ratio: los mecanismos de protección del contrato de trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2015, p. 24.

adaptándola a la situación concreta en que se desenvuelve. Es más, a veces, las condiciones sociológicas priman sobre las demás y modifican incluso la recta aplicación del proceso en su juridicidad”.<sup>41</sup>

Por ello, “La configuración e interpretación extintiva no pueda obviar la garantía institucional que le exige causalidad, procedimiento y efectos identificables como tales por la conciencia social dentro de un modelo de Estado social y democrático de derecho previsto en el art. 1.1 del texto constitucional”.<sup>42</sup>

### **C) La existencia de un incidente contradictorio sobre la ilicitud permite el debate sobre la nulidad del despido**

Las normas procesales que regulan el tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso laboral y las supletorias, que hemos tenido ocasión de analizar *supra*, son perfectamente compatibles con lo que venimos defendiendo. Es más, recomiendan esa conclusión.

Si la LRJS prevé en el art. 90 (también la LEC, art. 287) un incidente contradictorio para decidir sobre la ilicitud de una prueba en fase de juicio y no sólo de forma previa, en el momento de la admisión, es porque la ilicitud debe ser resuelta en sentencia y deben extraerse todas las consecuencias de esa ilicitud, también la calificación del despido en coherencia con la prueba practicada sobre la vulneración de derechos fundamentales. El incidente contradictorio sobre la ilicitud de la prueba permitirá al empresario defenderse de esa pretendida calificación, con todas las armas jurídicas y probatorias que el ordenamiento pone a su alcance. El sistema germánico, se ha dicho antes, propicia la extracción de efectos de la ilicitud probatoria a la nulidad del despido.

### **D) El juez laboral como garante activo de los derechos fundamentales**

Además, el legislador procesal laboral permite que el juez declare de oficio la nulidad del despido siempre que el móvil discriminatorio haya quedado acreditado, independientemente de cuál haya sido la forma del mismo (art. 108.3, LRJS, después de regular formas concretas de discriminación contra mujeres, por razón de maternidad o paternidad, contra víctimas de violencia de género). La apuesta del legislador porque el juez social tome parte activa en la calificación del despido es clara. Y debe serlo también cuando quede acreditado, tras el suficiente debate, que los derechos del trabajador han sido atropellados en la obtención de la fuente de prueba de la causa del despido.

De no hacerlo así, la decisión tomada por el legislador de calificar como nulos determinados despidos (aquellos en los que se vulneraron derechos fundamentales o los que tuvieron un móvil discriminatorio) no sería aplicada al caso concreto y no se crearía derecho en tal sentido.<sup>43</sup> La voluntad

---

<sup>41</sup> Ramos Méndez, F., *Derecho y proceso*, Barcelona, Librería Bosch, 1978, p. 41.

<sup>42</sup> López López, J., *La extinción del contrato como última ratio: los mecanismos de protección del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>43</sup> Hace tiempo que se ha superado el esquema simple del silogismo judicial, según el cual la ley positiva es la premisa mayor y los hechos alegados por las partes la premisa menor, de modo que el juez se limitaría a extraer una conclusión con una mera actividad de deducción. En la actividad de enjuiciamiento, defiende a doctrina procesalista, se usan juicios lógicos, históricos y

del legislador habría quedado en un mero desiderátum sin eficacia real en la decisión del supuesto particular.

Los tribunales ordinarios son los garantes primeros de la CE y deben serlo a todos los efectos. Parte de la doctrina, además, argumenta que, si una sentencia estimatoria del amparo constitucional incluye el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad, la sentencia “estimatoria del amparo ordinario” debe correr la misma suerte. De lo contrario, se llegaría al absurdo de que, estimada la demanda de amparo ordinario, la sentencia sería a su vez susceptible de amparo constitucional. La plena reparación de la víctima -en nuestro caso, el trabajador- obligaría a readmitir al trabajador con los salarios dejados de percibir, esto es, a las consecuencias de un despido nulo.<sup>44</sup>

A nuestro entender, los órganos judiciales no pueden limitarse a no hacer (no tener por aportada una prueba ilícita), sino que deben hacer (declarar la nulidad del despido). Si, constatada una vulneración de derechos fundamentales, no los amparan suficientemente, no sancionan su infracción con los mecanismos ya arbitrados por el legislador laboral, se convierten en corresponsables de la perpetuación de la vulneración de los derechos fundamentales.<sup>45</sup>

La doctrina iuslaboralista reivindicaba hace casi treinta años, la vigencia del principio *pro operario*, defendiendo su positivización en la cláusula del Estado social de nuestra Constitución.<sup>46</sup> En la actualidad, si cabe, es aún más necesaria su defensa y constituye un argumento más, si se quiere, para una lectura de la norma en clave constitucional, en este caso la que regula la ilicitud de la prueba en el proceso laboral.

### **E) Perfecto encaje de esta tesis en el art. 11.1 LOPJ**

En general, las consecuencias de la nulidad de toda prueba ilícita son, en primer lugar, la imposibilidad de subsanación, pues la ilicitud es total y plena y no se puede utilizar en nada para acreditar el hecho controvertido. Además, no puede convalidarse ni explícita ni implícitamente, dando en el primer caso la posibilidad al perjudicado de defenderse y contradecir su contenido, o considerando que la ausencia de denuncia equivale a su convalidación.<sup>47</sup>

---

de valor, sobre todo los últimos. La norma jurídica “sufrir un proceso de concreción por obra de la actividad jurisdiccional, que es el que conduce al derecho que buscan las partes”. Ramos Méndez, F., *El sistema procesal español*, op cit., p. 240.

<sup>44</sup> Lousada Arochena F., *La prueba ilícita en el proceso laboral... op cit.* (versión digital).

<sup>45</sup> De no optar por la nulidad sino por la improcedencia, no se estaría prestando adecuado amparo judicial al trabajador. Goñi Sein, J. L., *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, op. cit., p. 238.

<sup>46</sup> Alarcón Caracuel, M. R: “La vigencia del principio «pro operario»”, en A. Montoya Melgar, A. Martín Valverde y F. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez (coords.), *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, p. 873.

<sup>47</sup> Picó i Junoy, J., “Prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en X. Abel Lluch y J. Picó i Junoy (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, op. cit., (versión digital). El autor relaciona la imposibilidad de subsanación con el carácter de *ius cogens* de las normas que regulan la ilicitud de las pruebas, cuya infracción debe apreciarse de oficio.

El art. 11.1 LOPJ supone la imposibilidad de valoración de la prueba ilícita para la configuración fáctica de la sentencia. El resultado probatorio conseguido con la prueba ilícita no podrá tenerse en cuenta. Su recepción procesal implicaría una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE), y una confirmación de la desigualdad (art. 14 CE), al haber usado una de las partes instrumentos probatorios que desprecian derechos fundamentales del otro.<sup>48</sup>

La doctrina mayoritaria a la que se ha hecho referencia con anterioridad ha interpretado la alusión del art. 11 LOPJ a que la prueba “no surtirá efectos”, en el sentido de que debería implicar que no se puede tener en cuenta para fundamentar la decisión judicial. Si esto es así, dicen los defensores de la tesis de la improcedencia, no se debería tener en cuenta a ningún efecto: ni para acreditar la justa causa del despido ni tampoco para su calificación judicial.

Pero, se ha dicho ya, el legislador laboral no se limita a una opción binaria en cuanto a las posibles calificaciones judiciales del despido, lícito e ilícito. En cuanto a esta segunda posibilidad, va más allá y distingue dos escenarios a los que asocia diferentes consecuencias legales. De la imposible valoración de la prueba ilícita a que daría lugar la regla de la exclusión, pasamos a la necesidad de valoración de la solicitud en la sentencia que califica el despido.

La exigencia de no tener en cuenta el resultado probatorio de la prueba ilícita en el relato fáctico de la sentencia, so pena de caer en una nueva vulneración de derechos fundamentales por parte del Juez, no excluye que ese mismo juez laboral deba extraer todas las conclusiones de la constatación de la infracción al derecho constitucional del trabajador. La prueba ilícita no se puede tener en cuenta para acreditar el hecho controvertido consistente en la causa del despido. Pero sí puede tenerse en cuenta para acreditar el hecho controvertido de la vulneración o no por el empresario la infracción de derechos del trabajador.

## **VII. TRES CLASES DE IRREGULARIDAD DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS EN QUE SE FUNDAMENTA EL DESPIDO**

Se nos antojan tres situaciones posibles o tres formas posibles de irregularidad de la prueba del despido. Cada una de ellas tiene anudada una consecuencia jurídica distinta en cuanto a su valoración, así como en la calificación del despido:

- Prueba ilegal, en el sentido de prueba que no ha seguido el procedimiento legalmente establecido para su incorporación, pero que no vulnera derechos fundamentales. Es la prueba del art. 283.3 LEC a la que antes nos hemos referido. Esa prueba podría incluso valorarse y el juez podría tomar en consideración sus resultados probatorios en la sentencia, con independencia de las responsabilidades profesionales o disciplinarias que debieran dilucidarse.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Así se dispone en la STC 114/1984, de 29 de noviembre.

<sup>49</sup> El derecho a la prueba es un derecho fundamental y también lo es el interés del Estado de ofrecer una tutela judicial efectiva, por lo que el órgano jurisdiccional puede apreciar y valorar esta prueba ilegal. Picó i Junoy, J., “Prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en X. Abel Lluch y J. Picó i Junoy (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil, op. cit.*, (versión digital).

- Prueba ilícita, por vulneración de los derechos fundamentales del trabajador en el seno del procedimiento, vulneración no causada por el empresario sino por el órgano judicial. En ese caso, entendemos que estamos ante una nulidad procesal del acto de prueba<sup>50</sup> por infracción normativa que además ha tenido consecuencias en los derechos procesales de las partes. La solución deberá ser entonces la eliminación de efectos de esa prueba, con carácter retroactivo si fuere necesario.<sup>51</sup>
- Por último, prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales del trabajador, vulneración causada por el empresario en la búsqueda de pruebas acreditativas de las causas del despido. En este caso, no se tiene obviamente en cuenta el resultado probatorio de la prueba ilícita para acreditar la causa del despido, pero debe tenerse en cuenta necesariamente la ilicitud a los efectos de la calificación del despido. La mayoría de casos de ilicitud de la prueba digital se incluyen en este tercer grupo y por ello en la mayoría de ellos, entendemos, debe calificarse como nulo el despido.

En este último grupo de casos debe de hacerse una última distinción, según si la prueba que pretende acreditar la causa del despido coexiste con otras que no han sido calificadas de ilícitas. Coincidimos con parte de la doctrina en que en estos casos el despido no debe calificarse como nulo, al existir otros datos fácticos una vez eliminada la prueba ilícita que permiten concluir la factibilidad de una sanción disciplinaria, justificativos o no de un despido disciplinario.<sup>52</sup> Los partidarios de la nulidad se plantean si, en estos supuestos (sólo en estos), lo adecuado es la improcedencia y no la nulidad.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> La nulidad procesal es hoy una técnica de impugnación establecida por el legislador procesal en aras al restablecimiento de las garantías constitucionales. La nulidad o validez dependen de qué consecuencias haya tenido para las garantías procesales la infracción de las normas procesales. Yélamos Bayarri, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas. La urgencia de un replanteamiento*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 430. Si la prueba es sólo ilegal pero no ilícita, no estaríamos en este segundo nivel de análisis.

<sup>51</sup> Planteada en sede de recurso la ilicitud de la prueba, las alternativas serían las siguientes. En caso de que se confirme lo que ha decidido el tribunal de instancia sobre la licitud de la prueba, la valoración probatoria se queda como está. Si se estima, las opciones dependen del sentido de la inicial declaración: si se declaró ilícita la prueba, se anula la sentencia y se retrotraerán las actuaciones al acto del juicio para su práctica y valoración por las partes y, después, por el juzgador. Si se admitió indebidamente la prueba ilícita, se anulará la sentencia y el juez deberá dictar otra sin considerar la prueba que el tribunal de apelación ha considerado ilícita, “como si no hubiese sido traída al pleito. Munín Sánchez, L. M, Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba, en *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar... op cit.*, p. 341.

<sup>52</sup> Lousada Arochena F., *La prueba ilícita en el proceso laboral... op cit* (versión digital). El autor defiende un estudio pormenorizado del caso. La nulidad del despido disciplinario, sostiene, no es una consecuencia inexorablemente anudada a la ilicitud de la prueba. Propone realizar un juicio de relevancia, y sólo procedería la nulidad del despido si, “poniendo la prueba ilícita entre paréntesis, se aprecie una absoluta ausencia de datos fácticos que razonablemente nos permita concluir que, si la prueba ilícita no hubiera existido, el empresario no hubiera despedido”.

<sup>53</sup> Por ejemplo, Goñi Sein, J. L., *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales, op. cit.*, p. 238, quien en los casos en los que, junto a la prueba (videográfica) ilícita, coexisten otras, muestra sus dudas sobre si procede la calificación de nulidad.