

Videovigilancia sin información ni carteles: sobre cómo el incumplimiento de los requisitos formales de un recurso extraordinario impide al Tribunal Supremo pronunciarse sobre la calificación del despido disciplinario basado en prueba ilícita.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: Videovigilancia de trabajador sin información ni cartel específico indicativo para esa concreta cámara. Nulidad de la prueba así obtenida declarada por el Tribunal Superior de Justicia que queda firme al desestimarse el recurso de casación de doctrina interpuesto por la empresa debido al grosero incumplimiento de sus requisitos legales relativos a la necesaria indicación de las infracciones cometidas por la sentencia recurrida.

Palabras clave: Recurso de casación para la unificación de doctrina. Incumplimiento de requisitos procesales. Desestimación. Videovigilancia no informada y permanente. Prueba ilícita.

Abstract: Video surveillance of a worker without information or a specific sign indicating the specific camera. Nullity of the evidence obtained declared by the High Court of Justice, which became final upon dismissal of the appeal for doctrine cassation filed by the company due to the gross breach of its legal requirements regarding the necessary indication of the infringements committed by the appealed judgment.

Keywords: Appeal for the unification of doctrine. Non-compliance with procedural requirements. Dismissal. Uninformed and permanent video surveillance. Unlawful evidence.

I. Introducción

La sentencia del Tribunal Supremo debía haber examinado un tema crucial, muy discutido judicial y académicamente, como es el de los efectos que en la calificación del despido debe tener la prueba ilícitamente obtenida por obtenerse vulnerando derechos fundamentales. A pesar del indudable interés del tema de fondo, lo cierto es que se trata de una sentencia de desestimación del recurso interpuesto por la empresa, al no cumplir con varios requisitos procesales legalmente exigidos para interponer este recurso extraordinario. Un incumplimiento que podría haber llevado a su directa inadmisión pero que, probablemente, por el interés del fondo del asunto, llevó a examinar con mayor detalle una posible contradicción que permitiera entrar en el mismo. No pudo ser. Con ello, sigue candente el debate provocado por la STC 61/2021 que se limitaba a considerar que la prueba obtenida con vulneración de

derechos fundamentales no necesariamente debe abocar a la calificación del despido como nulo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada.

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: STS (Sala 4ª) núm-91/2022, de 1 de febrero de 2022

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3482/2019.

ECLI:ES:TS:2022:534

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excma. Sra. Dña. María Luz García Paredes

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El demandante trabajaba con contrato indefinido y a tiempo completo para EULEN (tras una subrogación), era afiliado a CCOO y prestaba servicios en el Corte Inglés. En una de sus dependencias esta última empresa procesa todos los envases de cartón. Los reponedores que bajan todos los envases a veces se dejan algún producto que se coloca en una estantería de dicha estancia. Consta como hecho probado que, en su jornada laboral, el demandante entró en dicha sala cuando no había nadie y se dirigió al mueble donde había dos latas que parecían refrescos, se levantó la camisa del uniforme y las introdujo en los bolsillos del pantalón, abandonando después la dependencia. Otro día en el estante había una botella de whisky y dos de agua, llevándose las dos de agua de la misma dependencia cuando no había nadie. Por estos hechos, la empresa le despide. Los hechos fueron captados por una cámara tipo bola, claramente visible, que el Corte inglés tenía instalada con carácter previo sobre la puerta de entrada de dicha dependencia y que captaba las imágenes del interior de la sala. En el centro hay muchas otras cámaras y hay rótulos que advierten de su existencia. Pero no así en la dependencia donde ocurrieron los hechos.

El trabajador interpuso demanda de despido contra EULEN, que fue desestimada totalmente en instancia. El Juzgado de lo social rechaza la nulidad por vulneración de derechos fundamentales con base en prueba ilícita y califica el despido como procedente porque, aunque el trabajador no fuera informado de la existencia de las cámaras y de su finalidad, existían en el centro de trabajo rótulos sobre su existencia y su finalidad, siendo además la cámara de la sala claramente visible. Interpuesto recurso de suplicación por parte del trabajador, dicho recurso fue estimado por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña quien declaró la nulidad del despido. La empresa EULEN interpone recurso de casación para la unificación de doctrina que es el que ahora se desestima.

IV. Posición de las partes

1. De la trabajadora demandante

Solicita la nulidad del despido por tratarse de una prueba de videovigilancia nula al haberse obtenido con vulneración de su derecho a la protección de datos que exige previa información ex art. 5 LOPD 15/1999 (vigente en ese momento). Además de la

inexistencia de carteles, las imágenes serían ilícitas al tratarse de una cámara de vigilancia permanente e indiscriminada respecto de toda persona que entrara en la sala y cuya finalidad era la seguridad patrimonial pero no la disciplinaria. Impugna el recurso de la empresa por no existir la contradicción exigida al tratarse de videovigilancia permanente y no ser titular de la cámara la empleadora del trabajador, lo que considera relevante a los efectos de deberes de información. A este respecto señala que la recogida de datos se hace por la empresa cliente, con la que no existe relación laboral. Además, considera que en tal caso debe exigirse como fundamento del tratamiento el consentimiento expreso del trabajador, lo que difícilmente puede obtenerse cuando ni siquiera ha sido informado. Finalmente, denuncia que la nulidad de la prueba no debe quedarse en un acto procesal de mera anulación de la prueba así obtenida, sino que influye en la calificación del despido, por lo que solicita la reparación de la lesión (STC 196/2004) eliminando absolutamente los efectos de la vulneración del derecho violentado.

2. De la parte empresarial

Considera que el despido es procedente y formula ante el TS dos puntos de contradicción. El primero, relativo a la nulidad de la prueba videográfica aportada al juicio, ofreciendo como sentencia de contraste la STS de 7 de julio de 2016, rcud 3233/2014. El segundo, de carácter subsidiario, sobre la calificación del despido en el caso de que la prueba se haya declarado nula, citando de contraste la STSJ Catilla La Mancha de 12 de enero de 2018, rec. 1416/2017.

3. Del Ministerio Fiscal

Considera que el recurso debe ser desestimado porque en relación con la nulidad de la prueba no existe contradicción y por ser correcta la calificación del despido.

V. Normativa aplicable al caso

- Arts. 18 y 24 CE
- Arts. 108.2, 221, 224, 235 LRJS
- Arts. 55.5 TRET
- Art. 5 LOPD 15/1999 (vigente en ese momento)

VI. Doctrina básica

1. Sobre la existencia de contradicción

- Las insuficiencias en la denuncia y fundamentación legal de las infracciones en el marco del RCUUD no pueden superarse con el fácil expediente de remitirse a la exposición de la argumentación contenida en la sentencia de contraste ya que las normas procesales exigen como motivos independientes la fundamentación de la infracción de la norma o jurisprudencia, de un lado, y de la contradicción, de otro.

- La no formulación de un específico y separado motivo de infracción de norma o jurisprudencia y la ausencia de identificación en el escrito de recurso de precepto legal alguno infringido por la sentencia recurrida, impide al TS entrar en el recurso so pena de quebrar el principio de imparcialidad inherente a la función judicial.

VII. Parte dispositiva

Desestima el recurso interpuesto por la empresa EULEN, confirma y declara la firmeza de la sentencia del TSJ Cataluña (declarando la nulidad del despido por ser

nula la prueba de los incumplimientos laborales) y condena en costas a la empresa recurrente.

VIII. Pasajes decisivos

- "...el requisito de identificar las normas infringidas y de fundar la infracción legal denunciada no puede suplirse ni tan siquiera "con el fácil expediente de remitirse a la exposición de la contradicción y a los argumentos de la sentencia de contraste" y ello es así porque el legislador ha impuesto como exigencia formal de este recurso la fundamentación de la infracción normativa como un requisito distinto de la exposición de la contradicción, de forma que la parte recurrida pueda conocer el alcance de la infracción que se denuncia y los argumentos que la sustentan para oponerse a ella y esta Sala examinar en los exactos términos los argumentos que ofrecen la parte recurrente para que la sentencia recurrida pueda ser casada, nada de lo cual cumple el presente escrito de interposición del recurso".

- "En definitiva, no es función de esta Sala, reconfigurar el escrito de interposición del recurso ni debería hacerlo en perjuicio del derecho de la parte recurrida que no habría podido conocer ni dar debida respuesta a lo que debe constituir el fundamento de la propuesta de casación de la sentencia que es objeto del recurso".

IX. Comentario

Poco se puede opinar respecto a lo resuelto expresamente por el Tribunal Supremo en esta resolución. La falta de formalidad en un recurso extraordinario regulado de modo preciso en la ley e interpretado en todos sus aspectos numerosas veces por la Sala Cuarta, no puede más que llevar a concluir que el Tribunal Supremo tiene toda la razón al desestimar (cuando no en un momento precedente, inadmitir) el recurso interpuesto cuando se constata que la parte recurrente no ha formulado un específico y separado motivo de infracción de norma o de jurisprudencia, ni ha identificado norma alguna vulnerada por la sentencia recurrida.

Pero lo interesante del asunto era el dilema sustantivo que se dirimía y que ha quedado sin resolver por dicho óbice procesal. Lo que nos aleja, de nuevo, de un criterio interpretativo de la legalidad ordinaria por parte del máximo intérprete que aporte cierta seguridad jurídica en un terreno enormemente resbaladizo. El tema que se abordaba no es novedoso, pero sí crucial: decidir cuál es la calificación de un despido disciplinario cuando la prueba principal demostrativa del hecho culpable imputable al trabajador se considera ilícita y, por ello, debe tenerse por inexistente. El debate judicial y académico al respecto es intenso y continuado. Una primera posición mantiene que el despido debe ser considerado nulo como consecuencia de la prevalencia de los derechos fundamentales, de modo que la reparación de la lesión del derecho fundamental lleva consigo la eliminación absoluta de todos sus efectos, lo que comporta la propia nulidad del despido y no sólo la mera improcedencia que tan sólo sería la consecuencia de no acreditar el incumplimiento contractual. Otra postura, por el contrario, desvincula el ámbito procesal del sustantivo, manteniendo que para considerar nulo el despido hay que atender al motivo real del mismo, de modo que cuando no exista prueba del incumplimiento laboral por haberse declarado nula la única existente, el despido debiera ser calificado de improcedente, pero no nulo.

La Sentencia recurrida (STSJ Cataluña de 15 de mayo de 2019, r. 1618/2019) realiza una excelente síntesis de las diferentes posiciones judiciales. Pero se inclina por considerar nulo el despido tras declarar la falta de trascendencia probatoria de las grabaciones realizadas por la cámara fija visible. Para el Tribunal de suplicación, la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos en la obtención de la prueba, "no puede limitarse a la mera anulación de la prueba así obtenida, sino que la reparación de dicha lesión, tal como se deriva de la STC 196/2004, de 15 de noviembre, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos y, en

consecuencia, considerar el despido nulo, en la medida en que si la prueba ilícita no hubiera existido no hubiera podido producirse el despido del trabajador, de modo que la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador ha de provocar tal calificación, lo contrario supondría que un trabajador cuyos derechos fundamentales se han visto vulnerados podría perder su empleo, aunque fuera con indemnización, sin que la lesión de sus derechos fundamentales tuviera reparación alguna”.

Frente a dicha interpretación, el TC había tenido ocasión de enfrentarse a un tema similar escaso año antes de que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo desestimara el recurso interpuesto contra la sentencia de suplicación en la sentencia objeto de este comentario. Se solicitaba la estimación del recurso de amparo interpuesto por la persona trabajadora cuyo despido no había sido considerado nulo, sino sólo improcedente, a pesar de haber quedado acreditado que se había vulnerado su derecho a la intimidad en la obtención de las pruebas aportadas para justificar su reiterado incumplimiento de los deberes laborales. La conocida STC 61/2021, de 15 de marzo, (asunto *Amadeus*) para algunos autores y para la prensa parecía desvincular la nulidad de la prueba de la nulidad del despido, desgajando el derecho sustantivo del procesal. Pero la realidad era que el TC optó por no pronunciarse sobre el fondo del asunto al considerar que se trataba de un problema de interpretación de la legalidad ordinaria que excedía de sus competencias constitucionales. Más concretamente, aunque en el escrito de amparo la persona demandante alegaba tanto vulneración de derechos sustantivos (intimidad y secreto a las comunicaciones: 18.1 y 3 CE), como de derechos fundamentales procesales (art. 24 CE solicitando la nulidad de la sentencia por vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva), la STC 61/2021 mantiene que el debate sobre el que debe centrar su respuesta no es el de la violación de los derechos fundamentales sustantivo alegados (intimidad y secreto de las comunicaciones), reconocidos como vulnerados al obtener las pruebas tanto por la sentencia del Juzgado de lo Social, como por la del Tribunal Superior de Justicia, sino tan sólo el del examen de la alegada violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Desde este exclusivo prisma, considera que la sentencia de suplicación impugnada (que mantenía la disociación del plano material y el procesal al declarar que el despido debía ser improcedente, aunque la prueba se hubiera declarado ilegal por vulnerar derechos fundamentales) no puede tacharse ni de inmotivada, ni de arbitraria o manifiestamente irrazonable. Considera así que la interpretación realizada por el TSJ del art. 55.5 ET es “conforme” con ese concreto derecho fundamental, esto es, con el art. 24.1 CE. Para el TC la cuestión de cómo interpretar el art. 55.1 del ET constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria que le corresponde interpretar al máximo órgano judicial. La sentencia declara que la interpretación realizada es tan razonable como pudiera serlo la contraria, sin que le corresponda optar por una de entre las interpretaciones posibles.

Con independencia de las incisivas críticas recibidas por la STC 61/2021 (Casas Bahamonde, Rodríguez-Piñero) por suponer una ruptura con la doctrina constitucional sobre el despido radicalmente nulo y por ni siquiera acoger la necesidad de que en estos casos los órganos judiciales se sometan a un canon reforzado de motivación, la conclusión cierta de esa sentencia es la de que con ella el TC no ha cerrado la polémica cuestión que subyacía y que tan sólo la ha derivado al Tribunal Supremo (Molina Schmid).

Salvo error u omisión, tras la STC 61/2021, el Tribunal Supremo no ha tenido ninguna ocasión para pronunciarse en supuestos donde, junto a la prueba ilícita nula, concurren otras pruebas desconectadas de ella que demuestren los incumplimientos laborales, que era el supuesto fáctico que se producía en la referida sentencia constitucional, aunque se considerara que carecían de la gravedad suficiente para considerar el despido como procedente. Pero sí se había pronunciado cuando la única o principal prueba del incumplimiento se había obtenido ilícitamente vulnerando derechos fundamentales. En concreto, en la STS de 13 de mayo 2014, r. 1685/2013, desestima el recurso interpuesto por la empresa declarando que las imágenes captadas del incumplimiento fueron una prueba ilegal obtenida con vulneración del art. 18.4 CE al no constar distintivos que anunciaran la instalación de cámaras

permanentes para un fin distinto al expresamente señalado por la empresa y sin haber informado a la trabajadora con carácter previo. Considera que, conforme a la jurisprudencia constitucional y ordinaria, al haberse producido tal vulneración y acordado la medida disciplinaria impugnada con base en una lesión del art. 18.4 CE, el despido debe calificarse necesariamente como nulo (con cita, entre otras, de las SSTC 88/1985 de 19 de julio, 134/1994 de 9 de mayo, 29/2013 de 11 de febrero). En el caso examinado, la empleadora basaba el despido exclusivamente en las imágenes ilícitamente captadas. Pero la ausencia de otra prueba no lleva al TS a declarar el despido meramente improcedente (despido con ausencia de prueba), sino que considera que la nulidad de la prueba obtenida contamina la propia decisión empresarial, por lo que el despido se declara igualmente nulo.

Con posterioridad, y siguiendo la doctrina de la STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016, se ha pronunciado el TS matizando su doctrina en torno a la exigencia de información y su finalidad específica como motivo para considerar que la prueba es ilícita. En general considera que basta la existencia de distintivos avisando de la existencia de cámaras y que su finalidad sea la seguridad, pues dicho concepto debe entenderse de modo amplio, abarcando también la del patrimonio empresarial. Este cambio ha provocado que cuando el TS se ha enfrentado al dilema de la calificación del despido por impugnarse la licitud o ilicitud de las pruebas obtenidas, una vez declarada la licitud de la vigilancia, se limite a anular las sentencias impugnadas y a retrotraer actuaciones, sin entrar en la calificación del despido, en tanto competencia del tribunal de suplicación tras la declaración como procedente de la prueba. Así, por ejemplo, en la STS de 7 de julio de 2016, rcud. 3233/2014 que contempla el supuesto de una trabajadora empleada de una cadena de supermercados a la que las cámaras descubren consumiendo dos paquetes de lomo lonchado que había sustraído de otro lugar del centro, estando el lugar de trabajo provisto de cámaras de seguridad cuya instalación y existencia era conocida por el personal, además de existir carteles advirtiendo de las mismas. La sentencia considera que la presencia de las cámaras en la mayor parte del centro de trabajo sugiere una finalidad protectora del patrimonio empresarial y declara que cuando se realiza un acto ilícito a sabiendas de que las cámaras de vigilancia existen en ese y en otros lugares de establecimiento, el factor “sorpresa” se excluye y muestra claramente “la situación de riesgo asumido por la demandante y por cualquier otro responsable de conductas análogas”. Declarada la proporcionalidad de la medida en el caso concreto (pues no se ha mostrado otra medida más idónea para averiguar el origen de las pérdidas ni más moderada en la consecución de tal propósito al contrario de lo que sucedería con otras medidas tales como llevar a cabo controles aleatorios que acarrearían molestias innecesarias a trabajadores sin responsabilidad alguna en los hechos que dieron lugar a la adopción de la medida), ordena la devolución de las actuaciones a la Sala de Suplicación para que declarada la validez de la prueba videográfica, resuelva con libertad de criterio.

Las SSTS (Pleno) de 31 de enero de 2017 y de 1 de febrero de 2017, rcuds. 3331/2015 y 3262/2015, tratan casos idénticos de manipulación de los tiques de caja y consiguiente sustracción de efectivo efectuada por dos trabajadores que fueron captados por las cámaras instaladas en la empresa por razones de seguridad y cuya existencia y finalidad de seguridad conocían, aunque no se hubiera especificado su posible uso para cuestiones laborales. El Pleno declara que la finalidad de “seguridad” es una expresión amplia “que incluye la vigilancia de actos ilícitos de los empleados y de terceros y en definitiva de la seguridad del centro de trabajo, pero que excluye otro tipo de control laboral que sea ajeno a la seguridad, esto es el de la efectividad en el trabajo, las ausencias del puesto de trabajo, las conversaciones con compañeros, etc.”. Y en ambos casos concluye que la prueba es válida y cumple con el criterio de la proporcionalidad, por lo que anulan las sentencias recurridas para que se pronuncien los tribunales de suplicación de nuevo, pero teniendo en cuenta la prueba denegada.

Por su parte, la STS de 25 de enero de 2022, rec. 4468/2018, en un supuesto en el que la videovigilancia se realiza por la empresa en la que el trabajador presta servicios efectivos (IFEMA) aunque su directa empleadora sea otra empresa (SECURITAS), considera que el empresario tiene derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes

para su defensa (art. 24.2 CE y art. 105.1 LRJS) y que la empleadora (Securitas) tenía un interés legítimo amparado en sus facultades empresariales de control y en la carga de la prueba que sobre ella recaía a la hora de probar la veracidad de los hechos reprochados al trabajador, por lo que el hecho de que el sistema de vídeo vigilancia fuera de IFEMA y no de Securitas, aunque pudiera tener relevancia desde la óptica del cumplimiento de la legislación de protección datos por parte de ambas entidades, no aboca necesariamente “a impedir que Securitas aporte en un juicio laboral unas grabaciones que pueden ser necesarias para satisfacer la carga de la prueba que sobre ella recae. Máxime si en el centro de trabajo en que el trabajador prestaba servicios (IFEMA) ya existía un sistema de vídeo vigilancia, conocido por el empleado, de manera que podría ser desproporcionado, desde la perspectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores, y hasta impracticable, que Securitas instalara un adicional y paralelo sistema de vídeo vigilancia”. Como en el resto de los supuestos, el TS ordena la devolución de lo actuado para que, partiendo de la validez y legalidad de la prueba de vídeo vigilancia, se resuelva con libertad de criterio el resto de las cuestiones planteadas.

Pues bien, en el presente caso, esto es, el que el TS hubiera debido examinar en el fondo si el recurso de casación para la unificación de doctrina hubiera sido correctamente interpuesto, la única prueba que existe es la derivada de esa cámara visible de la dependencia respecto de la que el trabajador no había sido informado y que carecía de distintivo específico sobre su presencia y finalidad. Así las cosas, de concurrir la contradicción exigida por el recurso de casación para la unificación de doctrina, el Tribunal Supremo habría tenido que decidir si la prueba obtenida era o no vulneradora de derechos fundamentales o si, por el contrario, la videovigilancia fue conforme a Derecho, con independencia de los efectos que ello pudiera tener en relación con la vulneración del derecho de información a efectos de la normativa de protección de datos. Aunque el hecho de que no tuviera un distintivo expreso la cámara con la que se obtuvieron las imágenes incriminatorias pudiera ser considerado como no relevante por el TS siguiendo su doctrina flexibilizadora apoyándose en la existencia general de varios carteles repartidos en el centro indicando la videovigilancia, en el hecho de ser perfectamente visible, y en la existencia de un interés legítimo del empleador basado en sus facultades de control y en la carga de la prueba que le compete con independencia de que la videovigilancia fuera de la empresa contratista (al modo de lo que ya dijo en las SSTS 25 de enero de 2022, rec. 4468/2018 y la previa de 21 de julio de 2021, rec. 4877/2018), lo cierto es que, de confirmar la nulidad de la prueba obtenida avalando los sensatos argumentos esgrimidos por la sentencia de suplicación, la Sala Cuarta habría tenido que calificar finalmente el despido; un despido huérfano de toda prueba lícita sobre el incumplimiento alegado. Es decir, tendría que haber resuelto el dilema de legalidad ordinaria al que se refería la STC 61/2021. Dilema que permanece sin respuesta.

A mi juicio, en estos casos habría que diferenciar entre los supuestos en que la nulidad de la prueba se debe a la vulneración de un derecho fundamental sustantivo al obtenerla y el despido se basa exclusivamente en esa prueba ilícita, respecto de otros casos en los que concurrían otras pruebas adicionales desconectadas de la ilícitamente obtenida y que por sí solas demostraran los incumplimientos laborales con el grado de gravedad suficiente como para proceder a la extinción procedente del contrato.

En el primer caso, una interpretación garantista de los derechos fundamentales y que atienda a su efecto útil, obligaría a entender que la nulidad de la prueba trasciende el ámbito estrictamente procesal y se extiende al ámbito sustantivo mediante la declaración de la nulidad radical del despido. Calificar el despido de meramente improcedente por falta de prueba, permitiría el empleador un efecto de “invasión” del poder de dirección más allá del “ejercicio regular” al que se encuentra limitado, en tanto, antes o después, podría despedir de modo indemnizado (improcedencia) a cualquier persona trabajadora sometiéndola a ilícita vigilancia intensiva y acosadora hasta que se obtuvieran las pruebas necesarias de un incumplimiento laboral mas o menos grave. La “caza” del trabajador que lleve a obtener pruebas ilícitas que luego se

anulan procesalmente, pero sin consecuencias materiales en la calificación, no repara el derecho fundamental vulnerado en su triple ámbito^[1] al poder cuestionarse la realidad de la tutela restitutoria en tales casos y sobre la base de entender aplicable el contenido de los arts. 182 LRJS a las modalidades procesales especiales (en este caso, al despido). Por el contrario, cuando el incumplimiento queda demostrado sin sombra de dudas por otras pruebas desconectadas de la ilícitamente obtenida, entiendo que podría desvincularse la protección material de la procesal. La declaración de nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales deberá declararse radicalmente nula (como señala el art. 182 LRJS extrapolable), la tutela reparadora provoca que se deshagan todos los efectos derivados de dicha vulneración (se tenga por no puesta y sin efecto alguno) y debiera cumplirse en todo caso con la tutela resarcitoria (indemnización de daños morales por vulneración de derechos fundamentales). Pero sin que la calificación deba ser la de despido nulo ya que concurrirían pruebas autónomas suficientes sobre la existencia de los incumplimientos laborales y su gravedad, con lo que la declaración sería la procedencia ex art. 108.1 LRJS al haber quedado acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en la carta de despido. En estos casos de concurrencia de pruebas demostrativas de los incumplimientos, lo cierto es que los empresarios debieran pensarse bien si les compensa llevar a juicio aquellas pruebas impregnadas de riesgo de nulidad por vulnerar derechos fundamentales, o se limitan a presentar las pruebas desvinculadas a fin de soslayar la condena por daños morales derivada de la vulneración de derechos fundamentales.

Cualquiera que sea la respuesta, de momento, habrá que seguir esperando a que el Tribunal Supremo resuelva esta supuesta “cuestión de legalidad ordinaria” que supone la calificación del despido cuando la prueba sobre la que se basa el despido es nula por vulnerar derechos fundamentales.

Bibliografía

CASAS BAAMONDE M.E., “Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales”, BOE, Revista de Jurisprudencia Laboral, 4/2021.

MOLINA SCHMID A., “Despido con violación de derechos fundamentales”, *Revista Lares*, 77/2021.

RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER M., Prueba ilícita y nulidad del despido, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* 3 (2021) 13-26

Referencias:

1. [^] *De tutela inhibitoria (cese del acto lesivo positivo o realización coercitiva de un comportamiento en caso de acto lesivo negativo); tutela restitutoria o de reposición del derecho (lograr la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión, borrando los efectos negativos del acto declarado nulo); y la resarcitoria de los daños producidos en tanto la indemnización por improcedencia no indemniza estos daños sino la inexistencia de causa para despedir (arts. 182 y 183 LRJS).*