

Prueba ilícita en el proceso laboral: cuestiones de legitimación, intimidad y protección de datos personales.

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social

Resumen: *La sentencia objeto de comentario resuelve el recurso de una empresa, entidad bancaria, para que, a pesar de la declaración de procedencia del despido, se declare lícita una prueba consistente en el acceso a los datos de la cuenta bancaria de la trabajadora. Además del tema de fondo, la sentencia analiza la cuestión de la legitimación para recurrir.*

Palabras clave: *Prueba ilícita. Protección de datos. Proceso laboral.*

Abstract: *The sentence subject to comment resolves the appeal of a company, a banking entity, so that, despite the declaration of fair dismissal, a proof consisting of access to the data of the worker's bank account is declared lawful. In addition to the substantive issue, the sentence analyzes the issue of standing to appeal.*

Keywords: *Illicit proof. Data protection. Labor process.*

I. Introducción

La resolución judicial objeto de comentario es la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 8 de marzo de 2022. Se trata de un juicio de despido declarado procedente. La empresa demandada, que es una entidad bancaria, a pesar de la declaración de procedencia del despido, recurre en casación unificadora para que se declare lícita y no vulneradora de derechos fundamentales la prueba consistente en la utilización sin autorización de los datos contenidos en la cuenta corriente de la trabajadora. La sentencia aborda este problema de fondo, así como la problemática de la legitimación para recurrir.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: 194/2022, de 8 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina.

ECLI: ES:TS:2022:889.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: No.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los hechos del caso litigioso

La trabajadora demandante prestaba servicios para el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., en virtud de contrato indefinido, con antigüedad de 01/12/2005, teniendo reconocida la categoría profesional de técnica – nivel V, y percibiendo últimamente una retribución bruta mensual media de 3.475,16 euros, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. Resultaba de aplicación el Convenio Colectivo del sector de la Banca.

A 07/03/2017 la empleadora le comunicó pliego de cargos imputando a la trabajadora irregularidades y faltantes de caja de enero 2014 a febrero 2017. Como medida cautelar, se la suspendió de empleo, de acuerdo con el artículo 71 del Convenio Colectivo de Banca.

Tramitado el expediente disciplinario, el 29/03/2017 la empresa entregó a la trabajadora carta comunicándole la decisión de proceder a su despido por motivos disciplinarios, con efectos del mismo día, por entender que las irregularidades cometidas por ella constituyen faltas muy graves de apropiación, transgresión de la buena fe contractual, abuso de confianza e infracción de las normas de la empresa, según lo establecido en artículos 69 y 70 del Convenio Colectivo de Banca y en artículo 54.2 del ET.

2. El juicio de despido en instancia y en suplicación

Frente al despido, la trabajadora reaccionó mediante la oportuna demanda en la que postulaba la improcedencia del despido alegando tanto la inexistencia de las faltas imputadas, como su prescripción. El Juzgado de lo Social 1 de Figueras estimó la demanda y declaró improcedente el despido. Resulta destacable que en dicha sentencia se consideró inválida la prueba de auditoría aportada por la empresa ya que la entidad bancaria, además de realizar una auditoría interna destinada a comprobar el cumplimiento regular de las obligaciones de la trabajadora demandante en su puesto de trabajo, llevó a cabo una investigación pormenorizada sobre las cuentas de las que esta era titular, que fue rechazada por el Juzgado por atentar contra derechos fundamentales de la trabajadora.

La empleadora demandada recurrió en suplicación, lo que dio lugar a la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 20/09/2018 (Rec. 2541/2018) que, estimando parcialmente el recurso, declaró la procedencia del despido a la vista de las demás pruebas practicadas. Pero ratifica la nulidad de la investigación pormenorizada sobre las cuentas de la que la trabajadora demandante era titular, razonando que la demandante mantiene una doble relación con la entidad bancaria, por un lado, como trabajadora de la misma, y, por otro, como titular de un contrato de cuenta corriente, y en esta segunda faceta no ha prestado consentimiento para el tratamiento de sus datos bancarios con finalidades distintas a la de gestión del contrato, de ahí que, por el juego del artículo 6.1 y 2 LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), la actuación de la entidad bancaria carece de todo amparo legal, especialmente a la vista del artículo 4.2 LOPD, conforme al cual, los datos de carácter personal no podrán usarse para finalidades distintas o incompatibles con aquellas para las que los datos fueron recogidos; asimismo, se estima que la actuación empresarial ha supuesto vulneración del derecho fundamental a la intimidad del que es titular la trabajadora y reconocido por el artículo 18.1 de la CE.

3. El recurso de casación para la unificación de doctrina

Frente a la sentencia de suplicación, estimatoria de la procedencia del despido, la entidad demandada interpone recurso de casación para la unificación de doctrina con la pretensión para que se dé validez a la auditoría efectuada por la empresa sobre la cuenta corriente de la trabajadora por no haber sido esta realizada con vulneración de

derechos fundamentales. Se alega como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía / Sevilla, de 05/05/2016 (Rec. 1497/2015), que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el allí demandante, había confirmado la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda y declarativa de la procedencia del despido.

También en el caso de la sentencia de la sala sevillana, la empleadora era una entidad bancaria (Caixabank S.A.), y, aunque el resultado de procedencia del despido era el mismo, en la sentencia de contraste se había dado validez a la prueba de la empleadora que, como en el caso de la sentencia catalana, había auditado las propias cuentas del trabajador.

En ambos casos (el de la sentencia catalana, objeto de recurso, y el de la sentencia sevillana, usada como contraste) se impugna un despido disciplinario de trabajadores empleados en sendas entidades bancarias a los que se les achacan diversas irregularidades en el ejercicio de sus labores como empleados. En ambos casos, las respectivas entidades bancarias utilizan los datos de las cuentas corrientes o y tarjetas de los trabajadores, sin recabar su consentimiento, para realizar un auditoria que se utiliza como prueba de cargo en el proceso de despido. Y en ambos casos se discute si la utilización de tales datos constituye una vulneración de los derechos constitucionales a la intimidad y a la protección de datos, llegando las sentencias a respuestas contradictorias.

IV. Posición de las partes

La empleadora recurrente en casación unificadora pretende que se declare que su actuación no constituye vulneración de derechos fundamentales porque la utilización en el informe de auditoría de los datos de la cuenta corriente de la trabajadora era lícita y estaba amparada por la previsión contenida en el artículo 6.2 de la LOPD y en las facultades directivas que concede al empresario el artículo 20.3 del ET, dado que, como parte del contrato bancario, la entidad empleadora tenía total acceso a los datos del mismo y su utilización devino necesaria para la comprobación de los incumplimientos contractuales de la trabajadora. Niega que fuera exigible un consentimiento previo para la utilización de los datos que revelaban el pretendido incumplimiento contractual. Y, para resolver el debate entiende que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia invocada como referencial.

La trabajadora demandante, impugnante del recurso, considera, en primer lugar, que la empleadora recurrente no está legitimada para recurrir en casación unificadora dado que el despido se declaró procedente, y, en segundo lugar, que sí hubo vulneración de derechos fundamentales en los términos argumentados en la sentencia de instancia y la recurrida.

Reténgase, por lo que más adelante se dirá, que la trabajadora demandante no ha anudado ninguna pretensión indemnizatoria a la declaración de ilicitud de la prueba.

V. Normativa aplicable al caso

Constitución Española, art. 18.1 y 18.4.

Estatuto de los Trabajadores, art. 20.3 y 20.4.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, arts. 4.2 y 6.2 (aplicable al caso *ratione temporis*).

Ley reguladora de la Jurisdicción Social, art. 90.

VI. Doctrina básica

La suscripción de un contrato de trabajo no habilita a la empleadora a utilizar datos personales de la persona trabajadora a los que tenga acceso en virtud de otra relación jurídica diferente existente entre las partes del contrato de trabajo (en el caso, en virtud de un contrato mercantil entre la empleadora como entidad bancaria y la trabajadora

como cliente), salvo que exista la debida información y el consentimiento para el uso de los datos.

La declaración judicial de ilicitud de la prueba genera un gravamen en la parte que defiende su licitud (en el caso, la empresa) que atribuye legitimación para impugnar esa declaración aunque el fondo del litigio sea favorable a las pretensiones de aquella parte.

VII. Parte dispositiva

1. Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.
2. Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
3. Condenar en costas a la recurrente en importe de 1.500 euros.
4. Ordenar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

VIII. Pasajes decisivos

“Antes de proceder al análisis del recurso conviene despejar la concurrencia o no de la causa de inadmisión esgrimida por la impugnante del recurso relativa a la falta de legitimación de la recurrente para recurrir ... Si bien tradicionalmente se ha venido sosteniendo la doctrina del «gravamen» o vencimiento como presupuesto procesal para recurrir, afirmándose que «el vencido pueda siempre recurrir, si la ley lo permite y no puede hacerlo el vencedor que, por definición, no ha sufrido ningún perjuicio con la decisión del juez o tribunal inferior» ... no hay que olvidar que tal criterio fue en gran medida superado por la posterior doctrina de la Sala, al conectar la idea de gravamen con la más amplia de «interés» -directo o indirecto- derivado del pronunciamiento ... esa corriente ampliadora de la legitimación para recurrir ha tenido expresa consagración en la literalidad del artículo 448.1 LEC y en el Preámbulo de la LRJS, cuando sostiene que una de las novedades de la ley viene constituida por «el reconocimiento de legitimación para recurrir también a la parte favorecida aparentemente por el fallo, de acuerdo con los criterios constitucionales sobre la afectación real o gravamen causado por el pronunciamiento». Interés o gravamen que no puede negarse en el presente caso, dado que no solo está en juego la amplitud de los poderes empresariales de control, sino de manera especial y principal, la posible exigencia de responsabilidades de todo orden por una actuación de la empresa que la sentencia recurrida ha calificado atentatoria a derechos fundamentales del trabajador”.

“Partiendo de la aseveración de que los datos que figuran en la cuenta corriente de la trabajadora son datos de carácter personal cuya protección está garantizada por el artículo 18.4 CE y por la legislación de desarrollo (la LOPD de 1999, aplicable al caso por razones cronológicas), lo que aparece como inobjetable, resulta que en nuestro ordenamiento jurídico, existe ya un amplio acervo doctrinal sobre el derecho del artículo 18.4 CE, especialmente sobre la cuestión que nos ocupa relativa al consentimiento y conocimiento previo por parte del trabajador de la utilización de sus datos que deriva, especialmente, de diversas sentencias del Tribunal Constitucional (se omite su transcripción) ... En conclusión, dado que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales y no hay en el ámbito laboral una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental del art. 18.4 CE, no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la Ley (arts. 6.2 LOPD y 20 LET), o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa”.

“Resulta evidente que la aplicación al caso de la anterior doctrina constitucional es suficiente para determinar que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia

recurrida ... Ello no obstante, conviene añadir diversas consideraciones al respecto, a fin de delimitar alguno de los preceptos legales que el recurso considera infringidos”.

“El artículo 6 de la (LOPD-1999), tras exponer en su apartado 1 que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa, en su apartado 2 dispuso que «no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal... se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento ... siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado». Al contrario de lo que sostiene la recurrente, en el presente caso no estamos ante un supuesto que pudiera subsumirse en la referida excepción a la norma general. En primer lugar porque, tal como pone de relieve la sentencia recurrida, la excepción viene referida única y exclusivamente a los supuestos de tratamiento de datos referido a aquellos indispensables e imprescindibles para el mantenimiento o ejecución de la relación contractual, sin perder de vista que, en todo caso, sería indispensable el cumplimiento del deber de información previa a la interesada sobre la finalidad o finalidades del tratamiento. Y, en segundo lugar, porque la mayoría de los datos contenidos en la cuenta corriente, nada tienen que ver con el mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo, sino con el contrato mercantil a que se ha hecho referencia”.

“Desde otra perspectiva, tampoco la intervención empresarial, tal como ha sido descrita, se encuentra amparada por el art. 20.3 ET que habilita al empresario para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de sus obligaciones y deberes laborales; porque tal habilitación se permite cuando en su adopción y aplicación se guarde la consideración debida a su dignidad, lo que permite entender que tal límite se relaciona con el necesario respeto a los derechos fundamentales del trabajador, de manera especial con los vinculados a su derecho a la intimidad y a la protección de datos (art. 18 CE). En el presente caso, tales límites no han sido respetados por la actuación empresarial ya que, de manera subrepticia, la empresa procedió a examinar y, especialmente, a utilizar datos, de los que tenía conocimiento en virtud de un contrato mercantil que le obligaba a la custodia y gestión administrativa de fondos ingresados por la actora, para conformar un medio probatorio justificativo de presuntos incumplimientos contractuales del contrato laboral, sin que existiese previamente una autorización de la interesada para el uso de tales datos con dicha u otra finalidad ajena a la inherente al propio contrato bancario, ni siquiera una previa comunicación a su legítima titular en la que se le informase del destino que se iba a dar a los datos conocidos a través de otra relación contractual paralela. Es más, el conocimiento extracontractual laboral de los datos de la cuenta corriente, inevitable por la existencia de la relación mercantil entre las partes, ya situaba, legítimamente, en una posición privilegiada a la empresa que derivaba de dicho conocimiento, por lo que podía, bien intentar probar las presuntas irregularidades cometidas a través de otros medios de prueba, bien solicitar del órgano judicial autorización, al amparo del art. 90.4 LRJS, para el acceso y utilización de los datos de la cuenta corriente, previo cumplimiento de las exigencias que dicho precepto establece”.

IX. Comentario

La interdicción de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de los derechos fundamentales o libertades públicas –que se establece en el art. 11.1 de la LOPJ– presenta, en el ámbito de la relación laboral, una trascendencia nada desdeñable, lo que encuentra su explicación en la desigualdad real de las partes en la relación laboral y en los poderes empresariales de ordenación del trabajo determinantes, en comparación con las relaciones civiles, de mayor probabilidad de abusos –que, además, se encuentran posibilitados con la implantación de tecnologías de la información y la comunicación–.

Significativo al respecto de esa trascendencia laboral es que, en la primera ocasión en que la jurisprudencia constitucional abordó la cuestión de la ilicitud de la prueba, fue en relación con un proceso laboral –STC 114/1984, de 29 de noviembre, donde se

admitió la validez, como prueba de la procedencia de un despido disciplinario, de la grabación de una conversación realizada por un interlocutor sin el consentimiento del otro interlocutor—.

También significativo de la trascendencia de la prueba ilícita en el mundo de las relaciones laborales es que la LPL/1990 introdujese una norma, actualmente situada en el encabezado del art. 90.2 de la LRJS/2011 según la cual “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”.

Y esa trascendencia de la prueba ilícita en el mundo de las relaciones laborales lo refrenda la existencia de numerosas sentencias donde se analiza la legalidad de pruebas, aportadas en un proceso laboral, obtenidas, por poner algunos de los ejemplos más habituales en la práctica judicial, mediante registros de taquillas o de objetos personales, seguimiento de detectives, utilización de videocámaras, micrófonos, dispositivos de geolocalización, interceptación de conversación telefónica, o acceso al correo electrónico.

Justamente, la STS objeto de nuestro comentario es una buena prueba de esa trascendencia: se trata de una entidad bancaria que, para justificar el despido de una trabajadora, accede a las cuentas que esta tiene abiertas en la misma entidad bancaria.

Pues bien, la STS aborda, además de la cuestión de la licitud o ilicitud de la prueba por vulneración de derechos fundamentales, una cuestión de legitimación para recurrir.

La cuestión de la legitimación para poder recurrir la sentencia

La STS comentada (con sustento en jurisprudencia previa y en lo establecido en el artículo 448.1 de la LEC^[1], y con cita de la Exposición de Motivos de la LRJS^[2]) admite la legitimación para recurrir de la empresa que ha obtenido sentencia favorable en el fondo en orden (y aquí está lo interesante para nuestro comentario) a cuestionar la declaración de ilicitud de la prueba (en línea con anterior STS de 8 de febrero de 2018, Rrud. 1121/2015).

O sea, la parte ganadora del litigio está legitimada para impugnar la decisión relativa a la licitud o ilicitud de la prueba pues (como concluye el TS) “no solo está en juego la amplitud de los poderes empresariales de control, sino de manera especial y principal, la posible exigencia de responsabilidades de todo orden por una actuación de la empresa que la sentencia recurrida ha calificado atentatoria a derechos fundamentales del trabajador”.

La cuestión de fondo: intimidación y protección de datos personales

Con cita de varias sentencias constitucionales (SSTC 57/1994; 18/1999; 144/1999; 98/2000; 292/2000; 308/2000, 196/2004 y 29/2013), el TS analiza la cuestión mayormente desde la óptica del derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 de la CE), pero también la analiza desde la óptica general del derecho a la intimidad (art. 18.1 de la CE).

De hecho, la argumentación comienza analizando la cuestión desde la óptica del derecho a la intimidad para (citando en particular la STC 196/2004) concluir que se vulnera el derecho a la intimidad personal cuando la actuación sobre su ámbito propio y reservado no sea acorde con la ley y no sea consentida, o cuando, aun autorizada, subverta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida.

A partir de aquí, el TS se centra en el análisis de la cuestión desde la perspectiva del derecho a la protección de datos personales para llegar a la misma conclusión de la trascendencia del cumplimiento del deber de información pues el derecho del

afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin son utilizados, constituye núcleo esencial del derecho reconocido en el art. 18.4 CE. De ahí que ese derecho de información opera incluso cuando existe habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento, pues es patente que una cosa es la necesidad o no de autorización del afectado y otra, diferente, el deber de informarle sobre su poseedor y el propósito del tratamiento. El TS (con cita en este caso de la STC 29/2013) concluye que no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales, y que tampoco podría situarse su fundamento en el interés empresarial de controlar la actividad laboral.

Con esto ya le basta al TS para resolver el litigio y desestimar el recurso. Pero el TS realiza dos argumentaciones adicionales, ciertamente innecesarias en orden a la resolución del litigio (así lo reconoce el propio TS), aunque convenientes para contestar al recurso (así lo valora también el TS), y en las que nos detendremos dado su interés teórico y práctico.

La primera de esas argumentaciones adicionales concluye la inaplicación en el caso de autos de la excepción del consentimiento para el tratamiento de datos (contenida en el art. 6.2 de la LOPD-1999) cuando los datos de carácter personal se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. El TS niega su aplicación: en primer lugar, porque utilizar los datos de la cuenta bancaria para acreditar un incumplimiento laboral no se puede considerar un tratamiento de datos necesario para el mantenimiento o cumplimiento de la relación mercantil; y, en segundo lugar, porque la mayoría de aquellos datos nada tienen que ver con el mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo.

Ciertamente, esta argumentación es innecesaria para la resolución del litigio una vez se ha constatado que el deber de información se ha incumplido pues (como el propio TS ha recordado, con citas del TC) su cumplimiento es obligado aunque no se exija la autorización de la persona interesada para el tratamiento de sus datos personales. Pero es interesante esta argumentación porque confirma que, aunque se hubiera cumplido el deber de información, sería necesaria la autorización de la persona interesada para el uso de sus datos contenidos en las cuentas bancarias a efectos de controlar su actividad laboral.

La segunda de esas argumentaciones adicionales se refiere al alcance del poder de vigilancia y control empresarial sobre la actividad laboral según el artículo 20.3 del ET pues ese poder no ampara una vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas. Aquí poco parece aportar el TS a lo que ya ha argumentado. Pero contiene al hilo de esta argumentación una apreciación muy sugerente: “el conocimiento extracontractual laboral de los datos de la cuenta corriente, inevitable por la existencia de la relación mercantil entre las partes, ya situaba, legítimamente, en una posición privilegiada a la empresa que derivaba de dicho conocimiento, por lo que podía, bien intentar probar las presuntas irregularidades cometidas a través de otros medios de prueba, bien solicitar del órgano judicial autorización, al amparo del art. 90.4 LRJS, para el acceso y utilización de los datos de la cuenta corriente, previo cumplimiento de las exigencias que dicho precepto establece”.

O sea, y según el art. 90.4 de la LRSJ, la entidad bancaria podría solicitar al juez o tribunal, siempre que no existan otros medios de prueba alternativos, autorización de acceso a la cuenta bancaria, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso.

X. Apunte final

“Importa más evitar el escarnio de los derechos esenciales que la constatación de los hechos en un proceso”^[3]. La cuestión subsiguiente es cómo evitar ese escarnio o, dicho de otra manera, qué consecuencias jurídicas presenta la ilicitud de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas. Cuestión sobre la cual no incide directamente la STS objeto de comentario simplemente porque no es el objeto del debate tal como se le ha planteado al TS. Vale la pena, sin embargo, dedicar un apunte final a esta cuestión porque, aunque sea de refilón, la STS apunta alguna pista sobre ello.

De entrada, la consecuencia jurídica inmediata que presenta la ilicitud de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas es la nulidad de la prueba (art. 11 de la LOPJ y art. 90.2 de la LRJS). ¿Conlleva ello necesariamente el éxito de las pretensiones de la parte que ha impugnado con éxito la licitud de la prueba y, tratándose de un despido, conlleva ello necesariamente su nulidad? Según la tesis de irradicación de la ilicitud de la prueba a la calificación del despido, si la prueba de cargo es ilícita, el despido es nulo. Según la tesis de independencia de la ilicitud de la prueba en la calificación del despido, se calificará este como corresponda excluyendo del juicio calificador el resultado de la prueba ilícita. Seguramente (y así lo sostuvimos en otra ocasión^[4]) sean las circunstancias de cada caso las relevantes para seguir una u otra tesis.

No hace mucho, el TC, en su Sentencia 61/2021, de 15 de marzo, acepta como interpretación fundada en Derecho y no arbitraria de la legalidad ordinaria la realizada por el TSJ de Madrid, que calificó el despido como improcedente y no como nulo, pues de los arts. 18.1 y 18.3 de la CE no emana de forma inexorable la calificación de despido nulo.

Pero incluso si el despido no se califica de nulo, la STC habilita una indemnización por la vulneración del derecho fundamental o libertad pública. Sin embargo, la STS comentada no resuelve sobre tal indemnización porque “la Sala, a diferencia del supuesto contemplado en la STC 61/2021, no puede aplicar de oficio indemnización alguna por la constatada vulneración de derechos fundamentales ya que la parte actora no lo pidió ni en la instancia, ni en el trámite de impugnación al recurso de suplicación, ni siquiera lo ha solicitado en su impugnación al presente recurso de casación para la unificación de la doctrina”.

En suma, la ilicitud de la prueba puede determinar la calificación de nulidad del despido, pero no necesariamente, y en todo caso es factible una indemnización reparadora, sin perjuicio, naturalmente, de otras posibles responsabilidades (penales, administrativas).

Referencias:

1. [^] Según el artículo 348.1 de la LEC, “contra las resoluciones de los Tribunales y Letrados de la Administración de Justicia que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley”. Lo que se debe interpretar (de conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE) en el sentido de que el gravamen (o, en la terminología legal, la “afectación desfavorable”) se puede predicar tanto de la parte procesal que ha sido vencida (gravamen directo, o basado en el vencimiento), como de la parte procesal que ha vencido si la sentencia contiene alguna argumentación desfavorable que pudiera ser relevante en otro juicio o a otros efectos, como sería la desestimación de una excepción o la declaración de un hecho como probado (gravamen indirecto o basado en el interés).
2. [^] Curiosamente, la STS cita la E. de M. de la LRJS en el extremo en que alude a “el reconocimiento de legitimación para recurrir también a la parte

favorecida aparentemente por el fallo, de acuerdo con los criterios constitucionales sobre la afectación real o gravamen causado por el pronunciamiento”, pero no la norma donde ese reconocimiento se plasma, a saber, el artículo 17.5 de la LRJS: “contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta Ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores”.

3. [^] Recordando en este momento las enfáticas palabras de Manuel ALONSO OLEA, «Admisibilidad en el proceso como prueba de grabaciones de conversación. El secreto de las comunicaciones y la intimidad personal», en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social – Tomo II*, Editorial Civitas (Madrid, 1985), página 215.
4. [^] José Fernando LOUSADA AROCHENA, “La prueba ilícita en el proceso laboral”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2008, pp. 825-838. En el mismo sentido, Juan Antonio ALTÉS TÁRREGA / Fernando FITA ORTEGA, “La prueba ilícita en el proceso laboral: Sus efectos sobre el despido”, en *Problemas Actuales del Proceso Laboral: homenaje al profesor José M.^a Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (coord.: Luis Enrique NORES TORRES; dir.: Tomás SALA FRANCO), Tirant lo Blanch (Valencia, 2020), pp. 313-340.