

**Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 6838-2019.**

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 LOTC, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría reflejada en la sentencia, formulo el presente voto, dejando constancia de los fundamentos de mi posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan.

Mi desacuerdo se centra en la respuesta que se da a la primera queja planteada por la demandante de amparo, que denunció la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18.1 y 3 CE), por entender que la ineficacia de la prueba, por haberse obtenido con vulneración de estos últimos derechos fundamentales, debería conllevar la calificación del despido como nulo. La sentencia de la que disiento ha desestimado tal queja, entendiendo que lo que se discute es una cuestión de mera legalidad ordinaria y, aplicando el canon propio del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, concluye que la argumentación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desvincula la calificación del despido de la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales “no puede ser tildada de arbitraria o manifiestamente irrazonable”. En mi opinión, por el contrario, debería haberse otorgado también el amparo por este motivo, como solicitó el ministerio fiscal, por las razones que paso a exponer.

1. Lo que se sometía al examen de este Tribunal no es una mera cuestión de legalidad ordinaria. El problema sobre la consideración que deben tener los derechos fundamentales y sobre las consecuencias que ha de producir su vulneración, es una cuestión que entra de lleno dentro de las competencias de este Tribunal, y que no puede ser eludida invocando la legalidad ordinaria, pues no resulta indiferente la interpretación que se dé al art. 55.5 ET, en la medida en que se está refiriendo a discriminaciones contrarias a la Constitución y a la violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador o de la trabajadora. Nos encontramos, por tanto, ante una resolución judicial que se encuentra cualificada en razón de los derechos fundamentales a cuya efectividad sirve, en este caso, el precepto legal cuya interpretación discute la actora, “sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho

fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles” (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 112/2004, de 12 de julio, FJ 4; 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3; 196/2005, de 18 de julio, FJ 3). Queda claro, por consiguiente, que lo que ha sido sometido al enjuiciamiento de este Tribunal dista mucho de ser una cuestión de simple legalidad ordinaria desprovista del imprescindible empaque constitucional. Por el contrario, la doctrina reseñada, que este Tribunal ha mantenido en no pocos supuestos de interpretación y aplicación del art. 55.5 ET, obligaba a profundizar en si el razonamiento del Tribunal Superior de Justicia era constitucionalmente aceptable o no, sin limitarse a enjuiciarlo desde el simple prisma del derecho a obtener una resolución que no sea arbitraria, irrazonable o incurra en error patente. En efecto, constituye doctrina consolidada de este Tribunal que las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva «son distintas y más estrictas, “reforzadas” (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 164/2003, de 29 de septiembre, FJ 5; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3), cuando, a pesar de que la decisión judicial no verse directamente sobre la preservación o los límites de un derecho fundamental, uno de estos derechos, distinto al de la propia tutela judicial, esté implicado (STC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2), esté vinculado (STC 180/2005, de 4 de julio, FJ 7), conectado (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 4), o en juego (SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 115/2003, de 16 de junio, FJ 3), o quede afectado (STC 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 3) por tal decisión. En tales condiciones, lo que el art. 24.1 CE exige para entender que se ha dispensado una tutela suficiente y eficaz es, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego (SSTC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3), que exprese o trasluzca “una argumentación axiológica que sea respetuosa” con su contenido (STC 63/2005, de 17 de marzo, FJ 3)» (STC 92/2008, de 21 de julio, FJ 6). La sentencia de la que disiento ha olvidado por completo este canon y ha tratado la cuestión como un supuesto más de posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, siguiendo, por ello, un camino erróneo a la hora de abordar el análisis del problema que se le planteaba .

2. Partiendo de la doctrina anterior, este Tribunal no puede soslayar, como punto de partida, que la empresa de la actora monitorizó su ordenador para controlar su rendimiento laboral, sin informarle previamente de ello, accediendo incluso al contenido de sus correos electrónicos privados, y que, a partir de esa ilícita actuación, vulneradora de sus derechos

fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones -como reconocieron los órganos judiciales-, procedió a su despido disciplinario, principalmente por la causa derivada de esa monitorización, a la que añadió alguna otra accesoria de escasa entidad, insuficiente por sí sola para determinar el despido. Según mi criterio, se justifica la artificiosa distinción que realiza el Tribunal Superior de Justicia entre la decisión extintiva que vulnera un derecho fundamental y aquellos casos en los que la vulneración no ha sido ocasionada por el despido, sino en el proceso de obtención de pruebas. Esa no es la interpretación del art. 55.5 ET más acorde con la imprescindible protección de los derechos fundamentales. No podemos olvidar que nuestra doctrina ha proclamado reiteradamente el principio de interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales (por todas, STC 200/2014, de 15 de diciembre, FJ 4). Por tanto, cuando dicho precepto se refiere a que el despido es nulo siempre que “se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, ha de entenderse que dicha violación puede tener lugar en cualquier fase del proceso que deriva en la definitiva decisión extintiva, porque esa es la exégesis del precepto más acorde con su efectividad, y, si se acepta el criterio de la resolución impugnada, se degrada el valor y la importancia de los derechos fundamentales, cuya lesión, de admitirse esa tesis, podría no llevar aparejada en muchos supuestos la inexcusable reacción reparadora.

Lo relevante, por tanto, en el caso que nos ocupa, es que el despido se genera a partir de una patente y grave vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, es decir, que se produce con violación de tales derechos, pues no cabe hacer abstracción del método seguido para respaldar el despido, escindiéndolo de éste como si fueran actos separables, siendo así que presentan una unidad de acción y de intención para obtener un resultado determinado. No basta, por ello, con declarar que la prueba es ilegal, como si de un procedimiento penal se tratara, y se estuviera examinando la cuestión desde la perspectiva de la presunción de inocencia. Se ha procedido al despido vulnerando dos derechos fundamentales de la actora y eso no puede tener otra consecuencia que la declaración de su nulidad.

Así lo estableció la STC 196/2004, de 15 de noviembre, ante un supuesto en el que se había despedido a una trabajadora a partir de un análisis clínico del que se obtuvieron datos relativos al consumo de estupefacientes, sin que se le hubiera informado previamente de la finalidad de aquel. La diferencia con este caso es que en aquel supuesto no se reconoció en

suplicación la vulneración del derecho a la intimidad (que sí había advertido el Juzgado de lo Social), que hubo de ser declarada por este Tribunal, mientras que aquí se reconoce paladinamente en vía judicial la vulneración de los derechos fundamentales pero no se le da (en suplicación) el alcance que merece. Lo que sí es trasladable a este amparo es, precisamente, el efecto que en aquella sentencia se dio a la vulneración del derecho fundamental. En su FJ 10 se afirma que “según constante doctrina de este Tribunal (entre otras, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 114/1989, de 22 de junio, 186/1996, de 25 de noviembre, 1/1998, de 12 de enero, 57/1999, de 12 de abril, 20/2002, de 28 de enero, o 49/2003, de 17 de marzo), 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”, lo que le llevó a acordar la anulación de la sentencia impugnada y declarar la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social, que sí había declarado la nulidad del despido en aplicación del art. 18.1 CE.

La sentencia a la que formulo este voto trata de salvar este escollo descalificando la STC 196/2004 con el argumento de que ninguna de las sentencias en las que se sustenta la misma se refería a un supuesto de prueba ilícita. Pero, aunque ello fuera así, no se puede ignorar el hecho de que dicho pronunciamiento sí trataba de un caso de prueba ilícita, y establecía una clara doctrina sobre el modo de proceder en supuestos como ese, doctrina que se desatiende, en un claro *overruling*, sin pasar por el preceptivo trámite de elevar el recurso al Pleno de este Tribunal, como exige nuestra Ley reguladora en su art. 13 para modificar una doctrina previa (“Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno”).

3. No puede enervar la anterior calificación del despido como nulo el dato de que se incluyeran otros hechos en la carta de despido, como si se tratara de un despido pluricausal. Ante ese razonamiento de la sentencia de la que discrepo, debo recordar aquí la doctrina establecida por este Tribunal sobre los despidos “pluricausales”, esto es, aquellos despidos disciplinarios en los que, frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental, el empresario alcanza a probar que el despido obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador que justifican la adopción de la medida extintiva (STC 48/2002, de 25 de febrero, FJ 8). La STC 7/1993, de 18 de enero, en su FJ 4, resume dicha doctrina, señalando que, cuando se ventila un despido “pluricausal”, en el que confluyen, una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir

que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales “que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable”, y que ésta “permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado”. En tales casos, “el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo”.

Pues bien, en este supuesto no tiene cabida dicha doctrina, ya que, como la propia sentencia impugnada reconoce, el empleador no ha acreditado la concurrencia de circunstancias suficientes para proceder al despido disciplinario al margen de la que trae causa de la vulneración de los derechos fundamentales de la actora; esto es, la sentencia admite, de forma que no deja lugar a dudas, que no existe causa para despedir disciplinariamente a la recurrente, porque, al margen del motivo respaldado por la flagrante lesión de los derechos fundamentales de la recurrente a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, el empleador no ha demostrado la existencia de causas objetivas y razonables suficientes que hubieran permitido despedirla disciplinariamente. Así lo ha entendido también el ministerio fiscal, para el que las otras circunstancias no son hechos de tanta gravedad como para constituir una infracción laboral susceptible de ser sancionada con el despido, que únicamente estaría justificado en virtud de los que son el resultado de la actividad vulneradora de los derechos fundamentales, de manera que el despido se encuentra en conexión directa con la violación de los derechos, ya que, al margen de ésta, no hay un verdadero motivo de despido.

Por consiguiente, no hay más despido que el producido con vulneración de los indicados derechos fundamentales, lo que debería haber determinado que este Tribunal estimara también el primer motivo de amparo, al existir una clara vulneración del art. 24.1 CE, en relación con el art. 18.1 y 3 CE, por parte de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuanto no mantuvo que el despido debía considerarse nulo, tal y como, de manera acertada, entendió el Juzgado de lo Social.

Y en este sentido emito mi voto particular.

Madrid, a quince de marzo de dos mil veintiuno.