



Universidad  
de Alcalá

**EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE TUTELA  
DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

**Máster Universitario en  
Acceso a la Profesión de Abogado**

Autora: Dña. Ana Isolina Alonso Ibáñez

Tutor: Dr. D. José Manuel Del Valle Villar

Co-tutora: Dra. Dña. Tatsiana Ushakova

Alcalá de Henares, a 8 de febrero de 2017

## RESUMEN

El presente trabajo versa sobre el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales en el orden jurisdiccional social. Desde una perspectiva práctica, se tratan todas sus fases, ilustrando cada punto con un amplio repertorio jurisprudencial. Ello con el fin de conocer de primera mano el cambio experimentando por las tendencias judiciales y el criterio que actualmente siguen las Audiencias. Así, siempre con apoyo en la normativa (especialmente, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la Ley de Enjuiciamiento Civil, de carácter supletorio) se desglosan desde los presupuestos procesales básicos para presentar la demanda, hasta los pronunciamientos que puede recoger la Sentencia que ponga fin al procedimiento.

De tal manera, este trabajo se presenta como una guía de referencia para el Abogado, siendo su enfoque procesal de gran utilidad para su trabajo diario. Muestra de ello lo conforma la importancia que se da a dos partes esenciales del proceso: las medidas cautelares, y en mayor medida, la prueba, ya que en base a esta última el profesional verá sustentadas o declinadas sus pretensiones.

## ABSTRACT

The present work deals with the special procedure for the protection of fundamental rights in the social jurisdictional order. From a practical perspective, all its phases are treated, illustrating each point with a broad jurisprudential repertoire. This in order to know first hand the change experimenting by the judicial tendencies and the criterion that Audiencias currently follow. Thus, always with support in the regulations (especially, the Law Regulating the Social Jurisdiction and the Civil Procedure Law, of a supplementary nature) are broken down from the basic procedural requirements to present the claim, up to the pronouncements that the Judgment may contain. put an end to the procedure.

In this way, this work is presented as a reference guide for the lawyer, being his procedural approach very useful for his daily work. Proof of this is made up of the importance given to two essential parts of the process: precautionary measures, and to a greater extent, the test, since based on the latter the professional will see their claims sustained or declined.

**Palabras Clave:** *Protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales: naturaleza y desarrollo legislativo en el orden social • Procedimiento Especial de Tutela • Peculiaridades de su protección*

**Key Words:** *Jurisdictional protection of Fundamental Rights • Nature and regulations of the proceedings in the Social division of the Courts • Special Guardianship Procedure • Freedom of assembly: contents and particularities of its protection*

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>6</b>
<b>2. LA REGULACIÓN LEGAL DEL AMPARO ORDINARIO EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL</b> .....	<b>7</b>
<b>3. CARACTERES DEL PROCESO: PREFERENCIA Y SUMARIEDAD</b> .....	<b>9</b>
3.1 EL MANDATO CONSTITUCIONAL Y SU ADAPTACIÓN LEGAL.....	9
<b>4. LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES LABORALES EN MATERIA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES</b> .....	<b>11</b>
4.1 COMPETENCIA TERRITORIAL Y FUNCIONAL.....	11
4.2 COMPETENCIA OBJETIVA .....	12
4.2.1 TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN CASO DE CONEXIÓN DIRECTA ENTRE LA VULNERACIÓN ALEGADA Y LA PRESTACIÓN LABORAL .....	13
4.2.2 TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL Y HUELGA FRENTE A LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS, RESPECTO AL PERSONAL LABORAL .....	14
4.2.3 CONFLICTOS ENTRE DOS O MAS SINDICATOS, O ENTRE ESTOS Y LAS ASOCIACIONES PATRONALES.....	14
4.2.4 RESTO DE ACTUACIONES PREVISTAS EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL PARA EL ASEGURAMIENTO DE CUALQUIER DERECHO .....	15
4.3 EXCLUSIONES COMPETENCIALES SOCIALES Y TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	15
4.3.1 EXCLUSIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA HUELGA DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y PERSONAL SUJETO A NORMAS ADMINISTRATIVAS O ESTATUARIAS.....	16
4.3.2 EXCLUSIÓN DE LAS DISPOSICIONES SOBRE MANTENIMIENTO DE SERVICIOS ESENCIALES.....	17
4.4 EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA .....	17
<b>5. REQUISITOS DE LA DEMANDA DE TUTELA</b> .....	<b>19</b>
5.1 LEGITIMACIÓN ACTIVA.....	19
5.1.1 EN VIRTUD DE UN DERECHO SUBJETIVO.....	19

5.1.2 EN VIRTUD DE UN INTERÉS LEGÍTIMO (SINDICATOS, ASOCIACIONES DE DEFENSA DE LA IGUALDAD, Y ORGANISMOS PÚBLICOS DE IGUALDAD).....	20
5.2 LEGITIMACIÓN PASIVA Y SUPUESTOS LITISCONSORCIALES.....	25
5.3 INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	26
5.4 REQUISITOS FORMALES DE LA DEMANDA.....	27
5.5 ADMISIÓN DE LA DEMANDA .....	29
<b>6. MEDIDAS CAUTELARES. REGULACIÓN JURÍDICA.....</b>	<b>30</b>
6.1 LAS MEDIDAS INNOMINADAS Y LA SUSPENSIÓN DEL ACTO LESIVO. 32	
6.2 LA SUSPENSIÓN DEL ACTO EN DEMANDAS DE TUTELA DE LIBERTAD SINDICAL.....	33
6.3 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN DEMANDAS DE TUTELA DEL DERECHO DE HUELGA .....	34
6.4 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN DEMANDAS DE TUTELA ANTE SUPUESTOS DE VIOLENCIA O ACOSO .....	35
6.5 LA TRAMITACIÓN PROCESAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO LABORAL.....	36
<b>7. CARGA DE LA PRUEBA Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....</b>	<b>37</b>
7.1 LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL .....	37
7.2 LA CARGA DE LA PRUEBA SOCIAL Y LA NECESIDAD INDICIARIA .....	38
7.3 EL CONOCIMIENTO DEL FACTOR PROTEGIDO.....	45
7.4 CARGA DE LA PRUEBA DE LA PARTE DEMANDADA .....	47
7.4.1 EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD.....	48
7.4.2 LA JUSTIFICACIÓN PLURICAUSAL .....	49
7.4.3 LA DISCRIMINACIÓN EN DECISIONES EMPRESARIALES ACAUSALES .....	50
7.4.4 LA JUSTIFICACIÓN INDIVIDUALIZADA.....	52
7.5 LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA APORTACIÓN DE PRUEBA .....	52
<b>8. LA SENTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....</b>	<b>53</b>
8.1 CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA .....	54
8.2 CONTENIDO DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA .....	54
8.3 LA SUSTANTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA SENTENCIA A LA LUZ DE LA STEDH CASO LOPEZ-RIBALDA .....	56
8.4 CONCEPTOS INDEMNIZABLES. EL DAÑO MORAL.....	57
8.5 LA LEY SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL COMO BAREMO DEL DAÑO MORAL .....	58
8.6 LA APLICACIÓN DEL DENOMINADO «SOFT LAW» EUROPEO.....	60

<b>9. EL CARÁCTER POTESTATIVO U OPCIONAL DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....</b>	<b>61</b>
9.1 REGULACIÓN EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL.....	61
9.2 LA REGULACIÓN VIGENTE .....	62
<b>10. CONCLUSIONES .....</b>	<b>63</b>
<b>11. BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>67</b>
<b>12. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>69</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

El Ordenamiento jurídico español se erige entorno al respeto de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas contemplados en la Constitución. Para garantizar esta consideración, se establecen una serie de cautelas en todos los órdenes jurisdiccionales. En concreto, el Orden social resulta, hoy por hoy, garante ordinario de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas tanto de empresarios como de operarios en las relaciones de trabajo, siendo el único competente para conocer de cualquier otra vulneración *iusfundamental* que se suscite, siempre que guarde relación con la prestación de servicios. Esta salvaguarda se materializa a través del procedimiento especial de tutela de Derechos Fundamentales, objeto del presente trabajo.

Por un lado, en esta obra se examina de forma detallada la Doctrina jurisprudencial recaída en los últimos años sobre el procedimiento citado, analizando primordialmente sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y la Sala 4º del Tribunal Supremo. Con estos pronunciamientos, se van explicando las corrientes y tendencias que han ido adoptando los Altos Tribunales con el transcurso del tiempo, debido a la casuística propia que caracteriza este Orden y, en gran medida, por la influencia de las TIC en las relaciones laborales. No obstante, no se dejan de lado pronunciamientos dados por los Juzgados de lo Social, que resultan ser aquellos que más procesos de este tipo conocen, y con los que ha de entenderse el profesional por regla general.

Por otra parte, se realiza un extenso análisis legal relativo a todas las fases que comprenden el procedimiento, describiendo su encaje y alcance práctico. Para ello, se hace empleo del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, pero, sobre todo, la norma que resulta fundamental para el desarrollo de este trabajo es la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Igualmente, y debido a su carácter supletorio se trata la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a la que habrá que estar para entender íntegramente todos los aspectos del proceso.

Con la derogación de la antigua Ley de Procedimiento Laboral y consiguiente entrada en vigor en el año 2011 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ha sido reestructurado el proceso laboral de amparo ordinario, que, de estar pensado para la libertad sindical, actualmente regula las exigencias concretas de tutela de todos los Derechos Fundamentales. Así, se delimita el ámbito competencial, se refuerza la posición de la víctima, se regulan las medidas cautelares, y se mejoran las reglas sobre la prueba y la sentencia, con especial atención a la tutela indemnizatoria. Este avance en la tutela judicial de los derechos fundamentales puede servir para mitigar en cierta medida el retroceso experimentado en los derechos de los trabajadores, aportando así más equivalencia entre trabajador y empresa.

## 2. LA REGULACIÓN LEGAL DEL AMPARO ORDINARIO EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Los derechos fundamentales y libertades públicas, así como la igualdad y no discriminación, tienen en común determinados mecanismos de protección o garantía con otros derechos recogidos en la Constitución Española, no obstante, de su importancia deriva que se les conceda una protección reforzada. Dicha salvaguardia se materializa en una vía jurisdiccional específica, la cual conoce de las lesiones que estos derechos puedan padecer. En el ámbito laboral y de seguridad social, esta vía, que dimana de la previsión general del artículo 53.2 CE *«cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad»* ha supuesto la creación de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, recogida actualmente en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

*Ab initio*, el amparo ordinario encontraba su regulación en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (en adelante, LPJDFP), que únicamente era aplicable a la libertad de expresión, reunión y asociación, la libertad y secreto de la correspondencia, la libertad religiosa y la de residencia, la garantía de inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales, y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público<sup>1</sup> (artículo 1º, núm. 2). Posteriormente, con la entrada en vigor del Real Decreto legislativo 342/1979 de 20 de febrero, sobre ampliación del ámbito de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, se incluyeron una serie de derechos, entre ellos el de libertad sindical, aunque no el de huelga. Será la Disposición Transitoria segunda, número 2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. (en adelante, LOTC) la que haga extensible la protección especial que nos ocupa a todo derecho fundamental y libertad pública.

La LPDFP no estableció una vía procedimental para poder ejercitar la tutela de los derechos fundamentales ante Tribunales laborales, por lo que las demandas de violaciones de libertad sindical, huelga u otros derechos de los trabajadores eran reconducidas a los órdenes civil, penal, o contencioso administrativo.<sup>2</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1983, de 22 de junio, supuso un cambio radical en este sentido, al reconocer en su Fundamento Jurídico VI que *«no contemplando la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, la jurisdicción laboral para la protección de éstos, y extendiéndose la protección jurisdiccional del art. 53.2 de la C.E. a todos los derechos y libertades reconocidos en el art. 14 y la Sección Primera del capítulo II, es doctrina de este Tribunal que el cauce natural de dicha protección en la jurisdicción ordinaria es el procedimiento laboral. Con esta acción integradora con respecto a la mencionada Ley 62/1978, el*

---

<sup>1</sup> MANEIRO VAZQUEZ, Y. *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*. Netbiblo ( La Coruña, 2007) pág. 3.

<sup>2</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*. Aranzadi (Pamplona, 2004), pág. 26.

*proceso laboral se convierte también en proceso de protección jurisdiccional de los derechos laborales de carácter fundamental*». Doctrina denominada del cauce natural<sup>3</sup> reiterada en otras sentencias posteriores, como STC 47/1985 de 27 de marzo, STC 6/1988, de 21 de enero, o STC 51/1988, de 22 de marzo.

La Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS) no legisló acerca de esta doctrina constitucional, limitándose a reconocer en su artículo 13 que *«cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones Públicas, o cualquier otra persona, entidad, corporación público o privada, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.»* De modo que quedó omitida la vía jurisdiccional competente para conocer de este tipo de demandas. Esta falta se intentó justificar explicando que la LOLS no era el instrumento legal adecuado para fijar las reglas de atribución de competencia de los distintos órganos jurisdiccionales<sup>4</sup>, así como sosteniendo que el legislador entendía que la vulneración de la libertad sindical podía derivar tanto del empresario, como de sindicatos, Administraciones Públicas, etc., y en relación a materias en *«cuya base puede existir o no una relación de trabajo»*<sup>5</sup>

A pesar de ello, es necesario indicar que la LOLS introdujo aspectos procesales y sustantivos considerables en cuanto a la defensa de la libertad sindical. En el artículo 14 se contemplaba la intervención del sindicato como coadyuvante del propio trabajador, siendo otorgada además libertad al juez para escoger aquellas medidas que considerara oportunas para poner fin a la conducta ilícita y reparar el daño infligido. Junto a ello, en el artículo 15 hizo imperativa la puesta en conocimiento de las actuaciones al Ministerio Fiscal, con el fin de que comprobara si existía conducta delictiva alguna.

A partir de dichos preceptos, los Tribunales laborales comienzan a sentar la competencia de la jurisdicción social para resolver cualquier controversia que se origine del reconocimiento o ejercicio de la libertad sindical. En la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 10 de septiembre de 1986, en su FJ IV, se dice *«que establecida una especializada jurisdicción para la defensa y protección de todo el ámbito relacionado con el Derecho de Trabajo [...] deben ser los órganos de aquella [...] los llamados a conocer de una controversia (de este tipo)»*

Será la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases del Procedimiento Laboral (de ahora en adelante, LBPL), la que en su Base Trigésima disponga el desarrollo del artículo 13 de la LOLS. Dicho desarrollo se plasmó en el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, concretamente en sus artículos 174 a 181 (posteriormente, con la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 2/1995, la regulación que nos ocupa se llevará a cabo en los artículos 175 a 182). Esta norma contenía, por un lado, un cauce procesal específico para la defensa de la libertad

---

<sup>3</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F. *La tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*. Ed. Bomarzo (Albacete, 2012) pág. 14

<sup>4</sup> MARTÍNEZ EMPERADOR, R., *La Tutela de la libertad sindical, en Estudios sobre la nueva ley de procedimiento laboral*, CGPJ (Madrid, 1991) pág. 625

<sup>5</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. *Jurisdicción competente y procedimiento en materia de tutela de la libertad sindical*, RL, 1987-I pág. 375.



sindical, y por otro, la competencia de la jurisdicción social en cuanto a la protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, esta regulación presentaba claras deficiencias. Esto era así debido a que sólo se dotaba de un cauce de protección procesal específico a la libertad sindical (artículos 175 a 180 LPL), haciéndose extensible esta vía para proteger al resto de derechos fundamentales (en virtud del artículo 181 LPL), sin que se tuviera en consideración las particularidades propias de cada uno de ellos. A su vez, la LPL en su artículo 182 contenía una remisión a otras modalidades procesales, lo cual no dejaba claro si tal remisión incluía o excluía las garantías intrínsecas del proceso de tutela de libertad sindical<sup>6</sup>.

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (a partir de ahora, LRJS), reformó profundamente la regulación del amparo ordinario en el orden laboral. Ya en su Exposición de Motivos IV, concede «*la asignación al juez social de la función de garante ordinario de los derechos fundamentales*». Para materializar tal premisa, establece un proceso pensado para tutelar todo derecho fundamental, en sus artículos 177 a 183, desechando pues aquel que se centraba en la defensa de la libertad sindical. Así mismo, aplicó a todos los procesos especiales recogidos en su artículo 184 (procedimiento por despido, modificación sustancial del contrato de trabajo, etc.), las garantías que del proceso de tutela de derechos fundamentales se desprenden, y que en el siguiente epígrafe se verán desarrolladas.

De esta manera la Ley de la Jurisdicción Social supone un avance trascendental en cuanto a la tutela de derechos fundamentales en el ámbito laboral se refiere, protección que igualmente se ha visto reforzada gracias a otros textos normativos. Así, en el contexto de la libertad sindical, con la ya explicada Ley Orgánica de Libertad Sindical, de la salud laboral, con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, y por último, respecto a la igualdad de género, debido a la entrada en vigor de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y más recientemente, con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

### **3. CARACTERES DEL PROCESO: PREFERENCIA Y SUMARIEDAD**

#### **3.1 EL MANDATO CONSTITUCIONAL Y SU ADAPTACIÓN LEGAL**

Como se ha señalado en un comienzo, el artículo 53.2 CE ordena que el proceso de amparo ordinario se rija por dos notas, la preferencia y la sumariedad. La preferencia ha sido entendida como prioridad absoluta en el despacho de los asuntos, y la sumariedad,

---

<sup>6</sup> VALDES DAL-RE, F. *El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, en *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral* CGPJ, (Madrid, 1991)

como urgencia en la tramitación del proceso<sup>7</sup>. La Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1992 de 28 de mayo, avala dichas interpretaciones, sentando que la preferencia «*implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de asuntos*», y que, respecto a la sumariedad, «*no cabe acudir a un sentido técnico (pues los procesos de protección jurisdiccional no son sumarios, si no especiales) sino a su significación vulgar equivalente a su rapidez.*»

Conforme a ello, el artículo 179 LRJS señala que la tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que se sigan en el Juzgado o Tribunal, además los recursos que se interpongan se resolverán por el Tribunal con igual preferencia. La citada preferencia es absoluta, lo cual se puede constatar en el artículo 159 LJS, el cual al tratar la urgencia y preferencia del proceso de conflictos colectivos, que ha de primar «*sobre cualesquiera otros*», se excepciona «*los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas*». Esta salvedad también se contiene en el numeral 8 del artículo 124, el cual al indicar que la preferencia del procedimiento de despido colectivo por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor, ha de darse sobre cualquier otro asunto, excepto sobre aquel que verse sobre tutela de los derechos fundamentales.

De la preferencia y sumariedad recién tratada, se explica el acortamiento de los plazos en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en relación al proceso ordinario. Así, la citación a conciliación y juicio habrá de hacerse en el plazo no sujeto a prórroga de los 5 días siguientes al de la admisión de la demanda, habiendo de transcurrir un mínimo de 2 días entre la citación y la celebración del acto, tal y como dispone el artículo 181.1 LRJS. En contraposición, la LRJS no señala en qué plazo una vez admitida la demanda habrá de señalarse el juicio en el procedimiento ordinario, advirtiendo solamente en su artículo 82 que habrá de mediar un mínimo de 10 días entre la citación a conciliación y el acto del juicio. A su vez, el artículo 181.2 LRJS estipula que la sentencia en el proceso objeto de este trabajo habrá de dictarse en el plazo de 3 días desde la celebración del juicio, publicándose y notificándose a las partes o a sus representantes, al contrario que la disposición general que hace el artículo 97.1 LRJS de 5 días.

Otra nota que dimana de estos caracteres es la consideración del mes de agosto como hábil respecto a este proceso, como indica el artículo 43.4 LRJS. En cuanto a la necesidad de agotar trámites previos, es decir, la conciliación o mediación previa, en el procedimiento de tutela no es exigible, en virtud del artículo 64.1 LRJS. El artículo 70.1 LRJS dispone que el agotamiento de la vía previa administrativa es potestativo. Por último, en el caso de interponer demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical (lo que se corresponde con las atribuciones recogidas en la letra n) del artículo 2 de la LRJS) tampoco se requerirá agotar la vía previa administrativa<sup>8</sup>. Estas cuestiones se volverán a abordar posteriormente, a lo largo del texto.

---

<sup>7</sup> ALMAGRO NOSETE, J., CORTES DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. *Derecho procesal*, Tomo primero, Volumen II, Ed. Tirant lo Blanch, 1986, págs. 173 y siguientes.

<sup>8</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., Op. Cit. Supra, pág. 48

## **4. LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES LABORALES EN MATERIA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

Gracias a la doctrina constitucional del cauce natural (a la que ya hemos hecho mención anteriormente), quedó establecido que los derechos fundamentales «*se proyectan multidisciplinariamente (debido a que) corresponden a la persona y acompañan a ésta en todas sus relaciones y en el ámbito pleno de su actuación, de ahí que su violación puede producirse en áreas bien distintas... su protección no ha de atribuirse en exclusiva a un orden jurisdiccional concreto, pues a todos corresponde dispensarla, determinándose su respectiva competencia en razón de la esfera o clase de relación en que la violación se hubiera producido*»<sup>9</sup>. Posteriormente, esta premisa quedó reflejada a nivel normativo en la Ley del Procedimiento Laboral, en sus artículos 1, 2 y 3. A día de hoy, esta regulación sigue presente en los mismos numerales de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En los siguientes epígrafes desarrollaremos los aspectos a destacar de dichos preceptos, junto a los problemas interpretativos que han surgido dentro de ese ámbito.

### **4.1 COMPETENCIA TERRITORIAL Y FUNCIONAL**

Para conocer de las vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas a través del proceso especial que estamos tratando, ostenta la competencia funcional conforme al artículo 6 LRJS en relación con el artículo 10.f) LRJS, el Juzgado de lo Social del lugar donde se produjo la conculcación, o, en su caso aquel respecto al que «*se extiendan los efectos de la lesión, las decisiones o actuaciones respecto de las que se demanda la tutela*». No obstante, en aquellos casos en los que la cuestión litigiosa extienda sus efectos a un ámbito territorial mayor del correspondiente a la circunscripción del Juzgado de lo Social (siempre y cuando no supere el ámbito de la Comunidad Autónoma) la competencia para dirimir este proceso se asigna a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia pertinente, en base al artículo 7 a) y 11 d) LRJS. Cuando los efectos de la vulneración trasciendan a la Autonomía, será competente la Sala de lo social de la Audiencia Nacional, como dispone el artículo 8 LRJS.

Para saber a qué órgano jurisdiccional de los tres expuestos corresponde conocer de la vulneración, se torna necesario conocer el alcance territorial de los efectos de la pretensión ejercitada. Cuestión complicada en aquellos supuestos en los que los trabajadores afectados llevan a cabo sus prestaciones en diversas Comunidades Autónomas, y a su vez, en distintos centros de trabajo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2000 arrojó luz en este sentido, en relación con una presunta conducta discriminatoria, que consistía en no proceder con el pago de las horas extraordinarias a aquellos trabajadores con afiliación sindical. Los empleados prestaban sus servicios a bordo de buques con puerto en Algeciras y Palma de Mallorca. El Alto

---

<sup>9</sup> MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «*La Tutela de la libertad sindical... (I)*» op. Cit., p. 36.

Tribunal concluyó que la competencia corresponde a la Audiencia Nacional, puesto que el puerto de los buques y el domicilio de los trabajadores se encontraban en provincias de distintas Comunidades Autónomas, razonando en su Fundamento Jurídico IV que *«se podría decir que ese quebrantamiento tiene lugar cuando se produce la orden de pago, lo que nos llevaría a ubicarla en el domicilio social de la empresa, o bien en el centro de trabajo, es decir, en el buque, o finalmente en el lugar de cobro de la correspondiente nómina, pero estos criterios de discernimiento no pueden ser tomados aisladamente.»*

Sin embargo, el criterio de la jurisprudencia para conceder competencia a uno u otro órgano no es uniforme, si no casuístico y heterogéneo. En aras de no contravenir la finalidad impuesta por el principio constitucional de seguridad jurídica que se consagra en el numeral 3 del artículo 9 de la *Norma Normarum*, hallamos casos en los que se ha atribuido competencia a la Audiencia Nacional para evitar que emanaran sentencias contradictorias por parte del resto de instancias<sup>10</sup>. En contraposición, se han dado supuestos en los que se ha requerido de un examen individualizado de la presunta vulneración, siendo concedida la competencia al Juzgado de lo Social en el que se hubiera producido la misma, debido a que se da *«una afectación personal e individualizada de cada sujeto»*<sup>11</sup> Esta tendencia a la personalización es la que se ha acabado imponiendo, tal y como constata la STS de 15 de septiembre de 2006. Concretamente, en su FJ II, advierte que *«las pretensiones de eventuales vulneraciones de derechos de libertad sindical [dimanan] de concretos trabajadores, razón por la que los efectos de esa vulneración no pueden extenderse a un ámbito superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social.»*

## 4.2 COMPETENCIA OBJETIVA

El artículo 1 de la LRJS expresa de forma genérica el ámbito de la jurisdicción social, siendo su artículo 2 el que procede con el desglose del mismo en un total de 21 apartados, comprendidos desde la letra a) a la letra t). Es en la letra f) donde se concede expresamente la atribución a la Jurisdicción Social de la tutela de los derechos fundamentales, la cual tiene como precedente el artículo 2.k) LPL, el cual hacía únicamente una escueta mención a *«la tutela de los derechos de libertad sindical»*. Su contenido puede dividirse en cuatro bloques, los dos primeros relacionados intrínsecamente con los derechos fundamentales, y los dos restantes relacionados en menor medida con ellos.

---

<sup>10</sup> En esta dirección se pronunció la Audiencia Nacional en su Sentencia de 5 de mayo de 1993 ( AS 5598), en la que, ante un conflicto derivado de la vulneración empresarial respecto al ejercicio del derecho de huelga, entendió que esta se había producido sobre el ámbito total de su ejercicio (es decir, nacional, puesto que se trataba de la empresa Renfe Operadora, la cual opera a ese nivel)

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1998, de 13 de enero de 1998, (FJ 2) respecto al descuento salarial practicado por Renfe Operadora a trabajadores con afiliación sindical, en base a su supuesta participación en una huelga en la que realmente no habían formado parte.

#### **4.2.1 TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN CASO DE CONEXIÓN DIRECTA ENTRE LA VULNERACIÓN ALEGADA Y LA PRESTACIÓN LABORAL**

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social determina, en su artículo 2 letra f), que compete al Juez social enjuiciar las cuestiones litigiosas *«sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados con este por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios»*.

Dicho precepto viene a regular de forma expresa la protección de los derechos fundamentales, aspecto que no contemplaba el antiguo artículo 2 de la LPL, que como ya hemos explicado, únicamente hacía mención en su apartado k) a la defensa de la libertad sindical. Esto supuso problemas en cuanto a las demandas interpuestas por acoso imputado a un compañero de trabajo o un tercero relacionado con la empresa. Muchos pronunciamientos judiciales resolvían haciendo una interpretación excluyente de la competencia laboral en estos casos, hasta que la Sentencia del Tribunal Constitucional 250/2007, de 17 de diciembre de 2007, estableció que tal interpretación restrictiva privaba al demandante de su derecho a la tutela judicial efectiva ante el acoso sexual.

La novedad que introdujo este fallo fue esclarecer que lo determinante no es quien es el agresor, si no que, si el acoso se produce a consecuencia del contrato de trabajo, gozará el orden social de competencia para entrar en su enjuiciamiento, en consonancia con el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ). Solo cuando se produjera el acoso a la víctima de forma externa a la relación laboral, sería competente para conocer del asunto el orden Civil.

Como al inicio del apartado hemos indicado, actualmente la doctrina de la citada STC ha sido recogida por la LRJS, la cual en el inciso III de su Exposición de Motivos manifiesta el alcance de la jurisdicción social en cuanto a la tutela de derechos fundamentales, *«excluyéndose expresamente [...] la competencia residual que tradicionalmente ha venido asumiendo el orden jurisdiccional civil»*. Premisa que se refuerza varias veces a lo largo del articulado del cuerpo normativo que nos ocupa, así el artículo 177.1 señala que *se podrá recabar la tutela de un derecho fundamental o libertad pública a través de la modalidad procesal especial de tutela y cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios»*, lo que se preceptúa en el apartado 4 del mencionado artículo, el cual reza *«la víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una con el empresario.»*

#### **4.2.2 TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL Y HUELGA FRENTE A LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS, RESPECTO AL PERSONAL LABORAL**

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social considera igualmente competente al orden laboral, en virtud de su artículo 2.f), para conocer de «las reclamaciones en materia de libertad sindical y de derecho de huelga frente a actuaciones de las Administraciones Públicas referidas exclusivamente al personal laboral». Aunque se hable únicamente de la libertad sindical, en palabras de LOUSADA AROCHENA es «un lapsus calamí a corregir sin necesidad de demasiado esfuerzo hermenéutico, [lo cual implica que] la Jurisdicción Social será competente respecto a cuestiones litigiosas sobre las reclamaciones en materia de discriminación, acoso u otros derechos fundamentales frente a las actuaciones de las Administraciones Públicas »

Al referirse el precepto de forma exclusiva al personal laboral, hay que entender que en aquellos supuestos en los que la vulneración afecte además a personal funcional o estatuario, el orden competente para enjuiciar el asunto no será el laboral, si no el contencioso administrativo. La jurisprudencia es unánime en este parecer, al establecer que «Los actos o decisiones de la Administración pública empleadora respecto de los trabajadores a su servicio de cuya impugnación conoce siempre el orden social (arts. 1, y 2 letras a, b, e a i LRJS), si bien cuando tales afectos afectaren conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatuario, la LRJS ha optado por atribuir el conocimiento de la impugnación de tales actos en materia laboral o sindical (materia de derechos de libertad sindical y huelga, pactos o acuerdos ex EBEP o laudos arbitrales sustitutivos) al orden contencioso-administrativo (art. 2 letras f y h y art. 3 letras c, d y e LRJS), salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena (arts. 2.e y 3.b LRJS )»

#### **4.2.3 CONFLICTOS ENTRE DOS O MAS SINDICATOS, O ENTRE ESTOS Y LAS ASOCIACIONES PATRONALES**

Debido a que la Ley de Procedimiento Laboral no preveía la defensa de la libertad sindical como tal, de forma tradicional aquellas vulneraciones que se producían a este derecho fuera de la órbita empresario-trabajador (por ejemplo, cuando venía dada entre sindicatos, o por parte de una asociación empresarial a un sindicato), eran reconducidas residualmente al orden civil<sup>12</sup>. Con la reforma de dicha norma en el año 1990, se incluyó en el apartado k) de su artículo 2 la tutela de los derechos de libertad sindical, cuyo fin era ampliar la competencia social en aquellos supuestos en los que fueran parte cualquier tipo de sujeto colectivo, ya fueran sindicatos, asociaciones patronales, etc. De modo que, se ha empleado este precepto para reconocer competente al Juez social en varios casos que a continuación serán desarrollados.

---

<sup>12</sup> ALBIOL MONTESINOS, I., en «*Tutela de la libertad sindical*», Actualidad Laboral, numero 6, 1989, pp. 58-60



La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2004 así lo dictaminó cuando un sindicato (Confederación General del Trabajo, en adelante CGT) procede a demandar a otro y a la empresa, en base a la supuesta falta de legitimación para negociar el convenio de grupo. Cabe decir que esta falta de legitimación giraba en torno a la exclusión realizada a CGT de la comisión negociadora del convenio interempresarial<sup>13</sup> objeto del litigio. En este mismo orden, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2006, avala la competencia del orden social cuando un sindicato demanda a otro recién creado, al cual se le denomina de forma que podría generar confusión. Y, a su vez se vuelve a reconocer en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009, que versa sobre una demanda interpuesta por parte de un sindicato a otros, así como a la representación unitaria y a la misma empresa, para que la Sala dilucidara quien contaba con legitimidad para negociar el convenio de empresa, la representación sindical o la unitaria.

Por todo ello el artículo 2.f) LRJS contempla, en su inciso final, la competencia de la jurisdicción social para resolver *«sobre las controversias entre dos o más sindicatos, o entre estos y las asociaciones empresariales, siempre que el litigio verse sobre cuestiones objeto de la competencia del orden jurisdiccional social, incluida en todos los supuestos de este apartado, la responsabilidad por daños»*

#### **4.2.4 RESTO DE ACTUACIONES PREVISTAS EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL PARA EL ASEGURAMIENTO DE CUALQUIER DERECHO**

La letra f) del artículo 2 LRJS otorga competencia a la jurisdicción social para conocer de *«las demás actuaciones previstas en la presente Ley conforme al apartado 4 del artículo 117 de la Constitución Española en garantía de cualquier derecho»*. Hemos de entender que la finalidad de dicho precepto es atribuir validez a determinadas actuaciones procesales que se dictan para proteger a la víctima que acude al procedimiento de tutela, como puede ser en el caso de la imposición de medidas cautelares, entre otras.

#### **4.3 EXCLUSIONES COMPETENCIALES SOCIALES Y TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

En las líneas anteriores, hemos ido analizando positivamente la competencia de la jurisdicción social. A continuación, se expondrá la delimitación negativa de la misma, la cual se enumera en el artículo 3 LRJS. Este artículo recopila todas aquellas materias respecto a las cuales no conocerá el Juez social, no obstante, intrínsecamente relacionadas con el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales hallamos las que se recogen en la letra c) y d) del articulado. En menor manera también se puede relacionar

---

<sup>13</sup>ALBÉNIZ MARTÍNEZ DE LA HIDALGA, J.L., *«La legitimación negocial en los convenios colectivos de grupos de empresas. comentario a una sentencia del tribunal supremo (sala de lo social) de 18 mayo 2004»* pág. 945, visto en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2395/AD-9-44.pdf?sequence=1> a 05/06/2017

con el procedimiento de tutela lo dispuesto en la letra a), en cuanto a impugnación directa de una disposición general de rango inferior a la ley o de decretos legislativos, cuando excedan los límites de la delegación, defensa que ante este caso se puede sostener en una posible violación de derechos fundamentales.

#### **4.3.1 EXCLUSIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA HUELGA DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y PERSONAL SUJETO A NORMAS ADMINISTRATIVAS O ESTATUARIAS**

La LRJS, establece en el apartado c) del artículo 3 que no enjuiciará aquellos casos que versen sobre *«la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos, personal estatuario de los servicios de salud y al personal a que se refiere la letra a) del apartado 3 del artículo 1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores<sup>14</sup>»*, resultando ser así atribuidos al conocimiento de la jurisdicción del orden contencioso administrativo.

La separación entre estos órdenes se remonta a la Base 1º de la LBPL, que advertía que aquellas cuestiones sobre libertad sindical que afectaran a funcionarios públicos y personal estatuario no podrían ser conocidas por el orden social. En esta línea, la LPL estableció en su artículo 3.1.c) la competencia de los Tribunales del orden contencioso-administrativo para conocer de las demandas de tutela de la libertad sindical, junto con el derecho de huelga de los funcionarios y del personal estatuario al servicio de las Administraciones Públicas. Con ello, se rompió la unidad sustantiva<sup>15</sup> perseguida por el artículo 1.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, la cual reguló de forma similar el ejercicio de este derecho respecto a personal laboral y funcionarial.

Por ende, cuando se suscite un conflicto de atribución de competencias derivado de un acto de la Administración Pública contrario a la libertad sindical de su personal, es necesario tener en cuenta cuales son los sujetos afectados y la relación que guardan con la Administración empleadora<sup>16</sup>. Así, habrá que diferenciar tres supuestos en función de a qué colectivo se produzca la vulneración: funcionarios públicos y personal estatuario, personal laboral, o a ciertos órganos de composición mixta, como son las secciones sindicales.

---

<sup>14</sup> Artículo 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores *«Se excluyen del ámbito regulado por esta ley [...] a) La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regirá por las correspondientes normas legales y reglamentarias, así como la del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias.»*

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ LOPEZ, M.<sup>a</sup>..., CRUZ VILLALÓN, L. *«Los sindicatos en la función pública: régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo»*, en el volumen *«Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública»*, IAAP (Sevilla, 1989) pág. 208.

<sup>16</sup> AOSA IRIGOYEN, E *«La incompetencia del orden social en las reclamaciones sobre libertad sindical de funcionarios o personal estatuario»*, 1998, AS, pág 24 y siguientes.



### **4.3.2 EXCLUSIÓN DE LAS DISPOSICIONES SOBRE MANTENIMIENTO DE SERVICIOS ESENCIALES**

Conforme al apartado d) del artículo 3 LRJS *«no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social... de las disposiciones que establezcan las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y, en su caso, de los servicios o dependencias, y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin, sin perjuicio de la competencia del orden social para conocer de las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos mínimos, así como para el conocimiento de los restantes actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto laboral conforme al Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.»*

Este precepto confirma la típica exclusión<sup>17</sup> del orden jurisdiccional social de aquellas controversias suscitadas respecto a los actos gubernativos de fijación de servicios mínimos y sobre actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto laboral, en base al Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. Supuso la introducción de novedades respecto a aquellas actuaciones que repercuten en la prestación de los denominados servicios mínimos. Así, excluyó del conocimiento de la jurisdicción social tanto la decisión que tenga por objeto la fijación del porcentaje de trabajadores que han de atender estos servicios, como el acto de designación concreta del personal laboral asignado para satisfacer los servicios mínimo. No obstante, en cuanto a esta designa, se fijó expresamente que las impugnaciones sobre este punto serán competencia del orden social.

### **4.4 EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA**

Como ya hemos explicado en los párrafos anteriores, la competencia para conocer de los procedimientos de tutela de derechos fundamentales en materia laboral queda atribuida a la jurisdicción social, en base al artículo 10 LRJS en conexión con el artículo 2.f) LRJS.

La competencia de los órganos que determinan esta jurisdicción se rige por dos criterios: I- jerárquico, para conocer que órgano es el competente entre varios de distinto rango, y II- territorial, que establece la competencia en el supuesto de encontrarnos con varios órganos de igual rango<sup>18</sup>. Estas premisas han sido objeto de numerosa jurisprudencia, dando lugar el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 3 de junio de 1991 (Ar. 5123) a la siguiente regla general *«El examen de su propia competencia es la primera labor de todo tribunal, sin que para ello resulte vinculado por las declaraciones fácticas de la sentencia de instancia.»*

---

<sup>17</sup> FOLGUERA CRESPO, J. A., Segoviano Astaburuaga M.A, Agustí Juliá J. , Alarcón Caracuel M.R., en *«Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social»*, ed. LEXNOVA, edición e-book 2011, pág. 97

<sup>18</sup> ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C. Y ALONSO GARCÍA, R. M.<sup>a</sup>, en *«Derecho procesal del trabajo»*, 11º ed., Civitas (Madrid, 2001) pág. 92 y sig.

La LRJS regula en su artículo 5 el procedimiento a seguir por el Tribunal una vez constatada la falta de competencia. De modo que, el numeral 1 de dicho precepto, dispone que el propio Juzgador puede, de oficio, inhibirse de conocer el asunto, con ocasión de la presentación de la demanda. Esta decisión judicial se materializa a través de auto, en el que habrá de figurar ante quien y como puede hacer valer el demandante su derecho. A su vez, la falta de competencia también puede ser manifestada, de oficio, con ocasión de la sentencia, como señala el artículo 5.2 LRJS, absteniéndose el juzgador de entrar a conocer el fondo del asunto.

En ambos supuestos, ha de darse audiencia previa a las partes, así como al Ministerio público, en un plazo común de 3 días (artículo 5.3 LRJS). Este requisito emana del derecho que se desprende del artículo 24 CE, tanto a la tutela judicial efectiva de las partes, como al juez ordinario predeterminado por la Ley, todo ello reforzado por la intervención del Ministerio Fiscal como figura jurídica garante de los intereses generales. Pero no solo se puede advertir y declarar esta falta de competencia de oficio, sino que también cabe que sea invocada a instancia de parte, gracias a la declinatoria de jurisdicción, la cual se recoge en el artículo 63 a 65 LEC. En este caso, la parte demandada ha de interponerla mediante escrito dentro de los 10 días de los que dispone para contestar a la demanda, o en todo caso, 5 días antes de que se celebre la vista.

El auto o sentencia que declaren la falta de competencia, son recurribles en reposición, y posterior suplicación, como indica el artículo 186 LRJS, cuando la decisión provenga de un Juzgado de lo Social, o en suplica y posterior casación, cuando proceda de la Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional (artículo 191 LRJS). Por último, respecto a la sentencia que resuelva el recurso de suplicación, se puede acudir en casación para la unificación de doctrina (artículo 218 LRJS). La resolución judicial que declare la incompetencia supone que el Juzgador no puede entrar a resolver la demanda que le ha sido turnada, procediendo a remitirla a la jurisdicción que resulte competente, no pudiéndose pues consignar en el fallo la desestimación de la demanda, o la absolución de los demandados.

Sin embargo, se puede dar el caso de que el Tribunal se encuentre ante una demanda que revista cierta complejidad, en la que se formulen distintas pretensiones respecto a alguna de las cuales resulte competente, todas ellas con origen en idéntica *causa petendi*. En este caso, el Juez habrá de decidir si son pretensiones separables, pudiendo conocer aquellas respecto a las que efectivamente sea competente. Así, habrá de proceder con su examen, resolviendo éstas con independencia de las primeras, deber que contempla la jurisprudencia, concretamente la STS 1807/2001, de 6 de octubre, la cual sostiene en su FJ II que «*al emitir un exclusivo pronunciamiento de incompetencia para conocer de la petición de nulidad del pacto, ha dejado sin respuesta a las otras dos peticiones que contiene la demanda.*» De esta forma, critica la omisión hecha por el Tribunal de instancia referente a pretensiones que las que debiera haber conocido. De darse esta situación, el tribunal *ad que* ordenara la devolución de los autos, para que el Tribunal *a quo* resuelva aquellas pretensiones respecto a las que es competente.

## **5. REQUISITOS DE LA DEMANDA DE TUTELA**

### **5.1 LEGITIMACIÓN ACTIVA**

La legitimación se define como «aquella especial condición o vinculación de uno o varios sujetos con un objeto litigioso determinado, que les habilita para comparecer o exige su comparecencia en un proceso concreto con el fin de obtener una sentencia de fondo ». Este concepto abarca la denominada legitimación ordinaria, que es aquella en base a la cual las partes afirman ser titulares del derecho que reclaman (legitimación activa), así como de la obligación que se les exige (legitimación pasiva, respecto a la cual nos ocuparemos más adelante). A ella se refiere el art. 24.1 CE, al proclamar el derecho a la tutela judicial efectiva de "los derechos e intereses legítimos". Además, también se reconoce la legitimación impropia, la cual no requiere que aquel que reclama sea titular de derecho alguno, sino que, por disposición legal, se atribuye a aquellos que son titulares de un interés en menor o mayor medida relacionado con la vulneración. Este tipo de legitimación queda recogida en la LRJS en referencia al Ministerio Fiscal, al que, con la entrada en vigor de dicho cuerpo normativo, se le ha reconocido su intervención tanto en fase declarativa (artículos 5.3, 15, 17.4 LRJS), como en sede de recursos (artículo 200.3 LRJS), así como en ejecución de sentencias (240.4 LRJS).

La legitimación queda enunciada en el procedimiento que nos ocupa en el artículo 177.1 LRJS, el cual dispone que «cualquier trabajador o sindicato [con] derecho o interés legítimo podrá proceder con la defensa de los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales o libertades públicas, incluida la prohibición del tratamiento discriminatorio y del acoso». En virtud de este precepto, y en base a un derecho subjetivo o a un interés legítimo, ostentan legitimación activa en el proceso citado tanto trabajadores como sindicatos. A su vez, también se atribuye legitimación activa a los organismos públicos de igualdad y las asociaciones de defensa de igualdad, como a continuación veremos.

#### **5.1.1 EN VIRTUD DE UN DERECHO SUBJETIVO**

Como se acaba de indicar, el artículo 177.1 LRJS manifiesta que gozan de legitimación activa tanto trabajadores como sindicatos en el procedimiento de tutela, en base a la vulneración de un derecho subjetivo. Pues bien, la LPL al tratar la defensa de la libertad sindical en su artículo 175.1, hablaba acerca de esta dualidad dada entre trabajador/sindicato en la asignación de legitimación activa en virtud de un derecho. Esta dicotomía se resolvía haciendo alusión a lo contemplado en el artículo 2 LOLS, que distinguía entre la vertiente individual de la libertad sindical, y el plano colectivo de la misma. Por ello, en caso de vulnerarse la libertad sindical, no se encontraban legitimados en su defensa aquellos a los que la Ley no reconociera como titulares de la misma.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/1996, de 29 de mayo, sentaba que no se encuentra legitimada la representación unitaria del personal a la hora de proceder con la defensa de la libertad sindical, siendo excluida tanto la de primer grado

como la de segundo grado, representada por los comités intercentros (a pesar de que se admitía su elevado nivel de sindicalización). La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1999 tampoco reconoció la legitimación en la tutela de este derecho a las asociaciones empresariales, literalmente en su FJ IV *"el proceso de tutela de la libertad sindical está reservado al trabajador o sindicato que considera lesionados sus derechos de libertad sindical, cosa impensable respecto de los miembros de una asociación profesional en cuanto tal, o sea, sometida a la Ley 19/1977, porque entre ambos, que son las partes en conflicto, no corre cabalmente una vinculación de esa clase, sino otra meramente asociativa; por lo que carece de sentido pedir aquí protección judicial a los Tribunales de trabajo"*

Partiendo de esta idea, si la titularidad del derecho vulnerado (sea la libertad sindical, o cualquier otro derecho fundamental) corresponde en exclusiva a una persona individual, en principio otros sujetos no se encontrarán legitimados, a no ser que actúen en calidad de coadyuvantes, tal y como se establece en el artículo 177.2 LRJS. La Ley en concordancia con esa premisa, indica que la *«víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas ... será la única legitimada en esta modalidad procesal. [correspondiéndole] elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley»*.

Por todo ello hay que distinguir si dicha vulneración reviste carácter particular, o si, por el contrario, repercute en el aspecto colectivo del derecho que se trate o afecta un interés legítimo colectivo de carácter prevalente. En el primer supuesto, nada obsta a que la legitimación principal se conceda a una persona distinta de la víctima, que, según la legislación sustantiva, tenga la titularidad del derecho colectivo. En el segundo supuesto, nada impide a que la legitimación se atribuya a aquella persona que ejerza la defensa de intereses legítimos colectivos, bien sean difusos o directos.

### **5.1.2 EN VIRTUD DE UN INTERÉS LEGÍTIMO (SINDICATOS, ASOCIACIONES DE DEFENSA DE LA IGUALDAD, Y ORGANISMOS PÚBLICOS DE IGUALDAD)**

Cuando la lesión es colectiva, esto es, sin la concreta consideración a un trabajador individual, la legitimación activa puede corresponder al sindicato que invoque un derecho o interés legítimo. No obstante, cuando la lesión tenga carácter individual, el sindicato podrá actuar en calidad de coadyuvante, figura que posteriormente se tratará.

La derogada LPL contemplaba la legitimación activa del sindicato, legitimación que posteriormente fue reconocida por la doctrina jurisprudencial en distintas materias. Así, la importantísima Sentencia del Tribunal Supremo 22643/1994, de 28 de febrero, que resolvía un asunto relativo a discriminación sexista indirecta en el acceso al empleo, estableció que la dimensión colectiva de la posible discriminación que atenta contra el interés genérico del grupo es tutelable, y su defensa no puede ser ejercitada por un sujeto individual, sino por un sujeto colectivo, como es el sindicato. Esta organización es portadora de intereses generales según el artículo 7 y 28.1 de la Constitución Española, que le encomienda la promoción y defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios.

Por otro lado, la STS 319/1999, de 25 de enero, admitió la legitimación activa de una organización sindical para demandar en caso de condiciones de acceso al empleo discriminatorias. En este caso, la controversia giraba en torno a la convocatoria de empleo para cubrir puestos vacantes de auxiliares de vuelo. En ella, se requería que los candidatos cumplieran con determinadas exigencias físicas, tal y como se relata en el FJ I, « *como requisitos básicos exigidos para poder participar y acceder al empleo de los referidos puestos de trabajo, además de poseer una «adecuada imagen», los siguientes: «requisitos básicos exigidos para poder participar y acceder al empleo de los referidos puestos de trabajo, además de poseer una «adecuada imagen», los siguientes: «Edad: entre 18 y 25 años, cumplidos al cierre del plazo de la presentación del currículum. Estatura: Mujeres, entre 1,64 y 1,82 metros. Hombres: entre 1,74 y 1,90 metros»»*», lo que dejaba excluidos a grupos genéricos de trabajadores.

Por ello, el Alto Tribunal concluyó concediendo a tal discriminación transcendencia colectiva, razonando en su FJ III que «*la cuestión debatida es de naturaleza colectiva, ya que existe un interés genérico, abstracto, que reside en un grupo no determinado y no individualizable de trabajadores, que se identifica con datos objetivos, como son el de tener determinada edad, estatura, visión, adecuada imagen y ser aspirantes a ingreso en la empresa, colectivo que es el sujeto pasivo de la presunta conducta discriminatoria y, no se trata por tanto de la defensa de un interés puramente individual que lesiona al trabajador en su condición de tal, su defensa puede ser ejercitada por el Sindicato, a quien no sólo el citado artículo 152 de la Ley de Procedimiento Laboral le reconoce legitimación activa, sino que también resulta de lo dispuesto en el artículo 2.2 d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 2 de agosto, en cuanto señala, que dentro del derecho de la libertad sindical se comprende «el planteamiento de conflictos individuales y colectivos»».*

La STS 671/2000, de 2 de febrero, reconoció como legitimado al sindicato en el caso de que la demanda se produjera por la discriminación basada en la exclusión de trabajadores eventuales de una serie de asambleas y votaciones que tenían como fin negociar y adoptar un Preacuerdo entre la empresa en cuestión (Compañía Transmediterránea S.A.) y los sindicatos (UGT y STMM<sup>19</sup>). Literalmente, el Tribunal avala la legitimación puesta en entredicho del STMM en su FJ VIII, así «*el Sindicato de Trabajadores de la Marina Mercante es un sindicato general, que, de conformidad con la doctrina de la sentencia de 18 de febrero de 1994, sí que está legitimado para defender en el proceso la vertiente colectiva del derecho a no ser discriminados de los trabajadores eventuales, que constituyen un grupo genérico de trabajadores identificado por la temporalidad de su vinculación con la empresa. En consecuencia, como dice la sentencia de 18 de febrero de 1994, la posible discriminación tendría, de existir, «una dimensión colectiva en la medida que atenta contra el interés genérico del grupo» y esa dimensión colectiva es tutelable como tal y «su defensa no puede ser ejercitada por un sujeto individual, sino por un sujeto colectivo»».*

Las premisas contenidas en este conjunto de resoluciones han sido de *lege data* recogidas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Su artículo 17.4 estipula que «*los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados*

---

<sup>19</sup> 'Sindicato de Trabajadores de la Marina Mercante'



para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate [...] en especial [...] a través del proceso de conflicto colectivo, en defensa de los derechos e intereses de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación; y, en particular, del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todas las materias atribuidas al orden social». Continúa en este sentido el artículo 177 señalando en su numeral 3 que «en aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que este pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de mas representativo [...] si bien no podrán personarse, recurrir, ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado». Estamos ante una intervención procesal adhesiva<sup>20</sup>, lo que supone que el sindicato no podrá actuar como si de la parte principal se tratara, en base al papel institucional que caracteriza a estas organizaciones, recogido en el artículo 7 de la Norma Normarum.

En cuanto al procedimiento de tutela que nos atañe, la legitimación del sindicato para actuar dentro del mismo se establece en el artículo 20.1 LRJS, el cual dispone que «podrán ser parte en nombre e interés de los trabajadores [que se encuentren] afiliados a ellos que así lo autoricen». En este precepto, se admite la posibilidad de que el sindicato actué como representante del trabajador, no situándose por ende ni como parte principal ni adhesiva. La doctrina, en este contexto, ha discutido si nos hallamos ante una legitimación por sustitución (definida por PALOMEQUE<sup>21</sup> como incompleta o cautiva, es decir, que pese a estar situada en el capítulo relativo a la representación y defensa procesales, la estima como un supuesto de sustitución procesal incompleta, que exige necesariamente la conformidad del trabajador), o si, por el contrario, nos encontramos ante una representación voluntaria *sui generis*, al tener como pilar el vínculo asociativo<sup>22</sup> existente entre las partes. Finalmente, la mayoría de las opiniones doctrinales se han decantado por la primera forma de actuación<sup>23</sup>.

En otro orden de cosas, cabe señalar que la única presunción habida de forma expresa en la legislación procesal laboral<sup>24</sup> se contiene en dicho artículo, relativo a la autorización concedida por los trabajadores al sindicato para actuar en un proceso en su nombre y representación, para la defensa de sus derechos individuales. En este caso, se presume como concedida esa autorización, a no ser que haya declaración en contrario del trabajador afiliado. Lo llamativo de esta presunción es, por un lado, los sujetos sobre los que recae la prueba en contrario, el trabajador afiliado demandante, y la organización que ejerce su defensa, asistencia y representación en juicio. De otro lado, el momento en que

<sup>20</sup> LOUSADA AROCHENA, Óp. Cit. supra. pág. 32

<sup>21</sup> En «Derecho del Trabajo», edición XXIV, ed. Universitaria Ramon Areces, julio 2016, pág. 320

<sup>22</sup> MURCIA CLAVERÍA, A. «La intervención voluntaria en el proceso laboral» Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 63 ORTIZ LALLANA, C., «La intervención del sindicato en el proceso de trabajo» CES, Madrid, 1994, pág 30 y siguientes.

<sup>23</sup> GÁRATE CASTRO J. en «La Tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los Tribunales laborales» (Un estudio de la modalidad procesal regulada por los artículos 175 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral), Revista Jurídica Galega (Pontevedra, 1999), pág. 97 y siguientes

<sup>24</sup> CASTRO ARGÜELLES, M. A, en «DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO LABORAL» pág 59, visto a 20-06-2017 en [http://academicae.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10906/Maria\\_Antonia\\_Castro.pdf?sequence=1](http://academicae.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10906/Maria_Antonia_Castro.pdf?sequence=1)

procede desvirtuar la presunción, esto es, dentro del proceso, pero no durante el periodo probatorio, sino con anterioridad al mismo<sup>25</sup>. Con la salvedad de que el demandado, en la contestación a la demanda, pueda alegar esta falta de representación como excepción procesal, poniendo de manifiesto los medios de prueba que estime pertinentes para desmontar tal presunción.

En cuanto a la legitimación pasiva de organismos públicos de igualdad y de las asociaciones de defensa de la igualdad, se dieron diversos problemas interpretativos. La LPL no se pronunciaba sobre la legitimación de estos entes, lo que supuso que al entrar en vigor la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y no modificar aquel cuerpo normativo, parte de la doctrina entendió que el fin del legislador era atribuir íntegramente la defensa de los intereses colectivos, bien difusos, bien indirectos, a las organizaciones sindicales. Otros entendieron que conforme se desprende de la lectura del artículo 11 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>26</sup>, así como del mandato constitucional albergado en el artículo 24 CE, si que gozaban de legitimación para la defensa de intereses colectivos.

Con la entrada en vigor de la LRJS, cesó el problema, puesto que se reguló la legitimación de estas asociaciones y organismos públicos de igualdad. Sin embargo, no les es reconocida en los mismos términos que a los sindicatos, dándose la diferencia mas reseñable con estos en lo dispuesto por el artículo 17.4 LRJS, el cual atribuye legitimación activa al sindicato en el proceso de conflicto colectivo en defensa de los derechos e intereses de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación. Esto queda corroborado por el artículo 154 LRJS, dándose por tanto monopolio sindical en cuanto a legitimación activa para instar el procedimiento de conflicto colectivo.

A destacar en este punto es el alcance de la legitimación activa que se contempla en el artículo 165.1.a) LRJS, respecto al Instituto de la Mujer y a los organismos de las Comunidades Autónomas que de él dependan, para atacar aquellos convenios colectivos ilegales, « *a los efectos de impugnar las cláusulas que pudieran contener discriminaciones directa o indirectas por razón de sexo.*» El motivo de reconocer al mencionado Instituto como legitimado, obedece a lo impuesto por la Directiva 2002/73/CE de 23 de septiembre de 2002, la cual hizo necesario el garantizar «*que se declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición contraria al principio de igualdad de trato en convenios colectivos*», lo que no se aseguraba completamente atribuyendo legitimación exclusiva a las asociaciones sindicales<sup>27</sup>.

Finaliza la regulación dada por la LRJS en cuanto a la legitimación activa, en el artículo 177.2 englobando a sindicatos, organismos públicos de igualdad y asociaciones privada, rezando que «*En aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, podrán personarse como*

---

<sup>25</sup> J. Gil Plana y Y. Sánchez-Urán Azaña, «*La presunción jurídica en el Derecho del Trabajo*», Thomson Civitas, 2008, p.178.

<sup>26</sup> «*I. Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.*»

<sup>27</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., en «*Las exigencias de transposición de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002*», Aranzadi Social, número 5, 2003, REF BIB 2003 720 , pág. 2

*coadyuvantes el sindicato al que este pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, así como, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado.»*

La legitimación concedida de forma expresa a las Asociaciones en defensa de la Igualdad deriva de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Esta norma recomienda a los Estados miembros, puesto que no es un asunto sobre el que tenga competencia atribuida, que *«con el fin de aumentar el nivel de protección que ofrece la presente Directiva, también se debe facultar a las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas para que puedan iniciar procedimientos, con arreglo a lo que dispongan los Estados miembros, en nombre o en apoyo de un demandante, sin perjuicio de la normativa procesal nacional en materia de representación y defensa.»* (parágrafo 31).

Implícitamente, la referencia a los sindicatos parece clara<sup>28</sup>, pero no se remite solo a ellos, sino que, en consonancia con el parágrafo 21 *«La prohibición de la discriminación debe entenderse sin perjuicio del mantenimiento o la adopción de medidas destinadas a evitar o compensar situaciones de desventaja sufridas por un grupo de personas del mismo sexo. Tales medidas permiten la existencia de organizaciones de personas del mismo sexo cuando su objetivo principal sea promover las necesidades especiales de tales personas y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres»*. Por tanto, esta disposición europea avala la existencia de Asociaciones que aboguen por la igualdad entre géneros, procediendo con la defensa de este interés en vía judicial, premisa que ha sido transpuesta en nuestra jurisdicción social por el artículo 177.2 LRJS, como hemos indicado.

Cabe preguntarse si queda plenamente reconocido el acceso judicial en el orden laboral de estas Asociaciones, en cuanto a garantistas de los intereses que les son propios. Contrasta con lo dispuesto en el orden civil en referencia a las mismas por la Ley Rituaria, en su artículo 11 bis, ya citado, o con lo establecido en la jurisdicción contencioso-administrativa por el artículo 19.i) LJCA<sup>29</sup>. Se puede ver que la defensa que pueden ejercer estas organizaciones en la jurisdicción que nos atañe es menor que en dichos campos, pudiendo suponer esta reducción en su margen de actuación una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 CE.

---

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ LOPEZ, M.<sup>a</sup>. FERNANDA en *«La Tutela Laboral frente a la Discriminación por Razón de Género»*, TEMAS LA LEY, WOLTERS KLUWERS, pág.180

<sup>29</sup> «i) Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.

*Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.»*



## 5.2 LEGITIMACIÓN PASIVA Y SUPUESTOS LITISCONSORCIALES

En relación con la legitimación pasiva, la misma corresponde a los causantes de la lesión impugnada que la ley identifica en términos generales y amplios (artículo 182.1.b), esto es, empleador, asociación patronal, Administración Pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada. A este *numerus apertus*, los Tribunales han adicionado a los sindicatos, a la representación unitaria o sindical de los trabajadores, al comité de huelga, o a otros trabajadores de la misma o de distintas empresas. En cuanto a las administraciones públicas, la lesión respecto a la que se pretende la tutela puede derivar tanto de su actuación como empleadora, como de su ejercicio en sus potestades públicas.

Sin embargo, la antigua regulación que hacía la LPL respecto a esta materia no contenía una regulación tan extensa al respecto, tan solo su artículo 180.1 hacía mención al empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada respecto de cuyo comportamiento o conducta se declare la nulidad radical en la sentencia.

Por ello, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 250/2007, de 17 de diciembre, entendió como carente de sentido la interpretación judicial de la legalidad que limita el proceso especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas de la LPL “*a aquellos casos en los que las lesiones constitucionales han sido provocadas única y exclusivamente por el empresario, pues tal interpretación limitaría injustificadamente la defensa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral, aparte de no encontrar soporte en lo dispuesto en el artículo 180 de la LPL, que, al referirse al contenido de la sentencia dictada en tales procesos especiales, hace referencia a la sanción de las conductas lesivas que provienen tanto del empresario como de cualquier otra persona*”.

Con la finalidad de ajustarse a las exigencias de la doctrina constitucional, el artículo 177.4 de la LRJS se refiere expresamente a la legitimación pasiva, lo cual constituye una de sus novedades más significativas: la víctima del acoso o lesión del derecho o libertad podrá dirigir pretensiones tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario.

Debe destacarse además que no se trata de un problema de carácter puramente teórico, sino que las consecuencias prácticas en el proceso laboral son realmente reseñables, puesto que, ante un supuesto de acoso en el trabajo, a excepción de los casos penales (artículo 173<sup>30</sup> del Código Penal), la otrora regulación legal obligaba al trabajador a acudir a la jurisdicción social si el acosador era su empresario directo, y a la jurisdicción civil si el acosador era otro empleado o un tercero. Y ello a pesar de que en todos los

---

<sup>30</sup>« El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.»

supuestos el acoso se produce en el marco de las relaciones de trabajo, esto es, el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social (art. 2 LRJS). Asimismo, hay que subrayar que la redacción del apartado 4º del artículo 177 citado, establece también que *“corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la Ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare »*

Bastante usual es que la víctima se encuentre ante varios sujetos con legitimación pasiva, lo que da lugar a preguntarse si cabe la posibilidad de demandar a quien se quiera, o si necesariamente se ha de interponer demanda frente a todos, dándose el denominado litisconsorcio pasivo necesario. En este parecer, el artículo 177.4 LRJS es claro, concediendo el beneficio a la persona acosada de *«elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión.»*. Esto recuerda a lo dispuesto en el artículo 1144 CC, el cual faculta al demandante a que, en caso de responsabilidad solidaria, pueda demandar separadamente a los deudores o plantear demanda conjunta.

Sin embargo, el artículo citado continúa advirtiéndole que *«cuando la víctima pretenda la condena (del posible causante directo de la lesión) o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare»*. En este caso, en virtud del derecho a la igualdad de armas, obligatoriamente el demandante habrá de dirigir la demanda contra todo aquel que tenga legitimación pasiva. Este precepto recoge lo que en su momento sentó la STS de 30 de enero de 2008 (rec. 2543/2006), la cual enjuicio un supuesto de acoso moral, señalando la existencia de falta de litisconsorcio pasivo *«la pretensión ejercitada en esta litis presenta la particularidad de que en ella se insta la condena de la empresa a trasladar [al acosador] de modo que la actora no esté en relación subordinada y directa con el mismo en el desempeño de su trabajo, lo que en definitiva supone la condena de este último a ser trasladado o a ser cambiado del puesto de trabajo.»*

### **5.3 INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El artículo 124 CE atribuye al Ministerio Público la misión de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés superior de la Ley. Esta función constitucionalmente asignada se preceptúa en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, al cual se le encomienda en sus artículos 3.3 y 12 *«velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas situaciones exija su defensa»*, así como *«su intervención en los procesos judiciales de amparo»*. Entrando en el proceso de tutela de derechos fundamentales en el orden social, el artículo 177.3 LRJS dispone que *«será siempre parte en los procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas.»* Manifestación de la recién citada defensa de la integridad de la víctima, es la necesidad que fija el artículo 240.4

LRJS de que el Ministerio público actúe como parte también en el procedimiento de ejecución.

En base a ello, ya desde la LPL, al Ministerio Fiscal se le han atribuido dos planos de actuación. Por un lado, como parte en el proceso, es decir, como parte procesal, lo que conlleva distintas implicaciones. Para empezar, que ha de ser concebido como parte principal, no como coadyuvante, lo que supone que tiene capacidad para alegar, probar, y recurrir, con independencia de las demás partes (recordemos que, en el caso del coadyuvante, siempre va a depender de la voluntad de la parte principal). En segundo lugar, se le atribuye capacidad para demandar, o proseguir con la acción en el supuesto de que haya renuncia o desistimiento y se esté produciendo vulneración de derechos fundamentales. Así mismo, en caso de que no se le haya citado para personarse, dicha carencia no se puede salvaguardar a la hora de la emisión del correspondiente informe con la simple remisión de actuaciones. Partiendo de ello, ha de ser citado tanto para el acto del juicio oral, como para el resto de actuaciones. Poner de manifiesto en este punto que el Ministerio público no se ha de ceñir al interés de la parte principal, sino que, en función del desarrollo del juicio oral, puede adoptar el criterio que más se ajuste al interés superior de la Ley.

La ausencia de citación del Ministerio Fiscal exige que, para solicitar la correspondiente nulidad de actuaciones, se haya formulado protesta en tiempo y forma, acreditándose la indefensión generada, como ha quedado establecido en el FJ II de la STS de 27 de noviembre de 2002 (rcud. 3948/2001) *«la falta de citación del Ministerio Fiscal sería imputable a la parte recurrente que no lo incluyó en la demanda y que tampoco formuló protesta en el acto de juicio, ni ha alegado en ningún momento razón alguna por la ausencia del Ministerio Fiscal en el proceso haya podido producirse indefensión.»*.

Resta por señalar la última función adjudicada al Ministerio Público, consistente en depurar conductas delictivas. Esta finalidad se contempló en el artículo 15 LOLS, y actualmente se encuentra relacionada con delitos que se dan dentro de la esfera de la relación laboral, como los delitos contra los derechos de los trabajadores, enumerados en los artículos 311 a 318 del Código Penal. En todo caso, aunque el Ministerio Fiscal no comparezca, el Juez ha de remitirle las actuaciones en caso de que compruebe que existen indicios de criminalidad<sup>31</sup>.

## 5.4 REQUISITOS FORMALES DE LA DEMANDA

Es conveniente comenzar hablando en este epígrafe sobre el alcance que ha dado la jurisprudencia a los requisitos formales, a nivel genérico. Se ha mantenido reiteradamente por el Tribunal Supremo que *«los requisitos formales no son valores autónomos que tengan que conseguir una finalidad legítima, por lo que su incumplimiento no presenta siempre igual valor obstativo, con independencia de la trascendencia práctica del mismo; al contrario, los requisitos formales han de examinarse teniendo en cuenta la finalidad que con ellos pretende lograrse, para, de existir defectos, proceder a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas por la*

---

<sup>31</sup> LOUSADA AROCHENA, J.L. Óp.. Cit. supra, pág. 38.

*entidad real del defecto mismo, pues debe existir proporcionalidad entre éste y aquéllas*<sup>32</sup>». Es decir, sea el orden que sea, no puede generarse indefensión al justiciable por rigorismos formales desproporcionados, habiendo de realizar la ponderación que corresponda entre el incumplimiento del requerimiento formal y la consecuencia que del mismo se desprenda.

En el plano del derecho laboral, sobre el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el artículo 179.3 LRJS establece los términos que ha de contener la demanda. Así, *«Además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador.»*

Llama la atención la exigencia de *«expresar con claridad los hechos constitutivos»*, lo cual va más allá de lo requerido para la demanda ordinaria, conforme al artículo 80.1 LRJS<sup>33</sup>. A su vez, si en aquella demanda no es necesario que se dé fundamentación jurídica alguna<sup>34</sup>, en este caso, en cierta manera si que habrá un pronunciamiento jurídico, ya que se ha de señalar el *«derecho o libertad infringidos»*. Con la misma claridad y precisión que en los conceptos anteriormente indicados, es necesario que se exprese *«la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios»*

. Esta necesidad de concretar la cuantía indemnizatoria, explicando los parámetros para su cálculo, no se contemplaba en la antigua LPL, pero la Jurisprudencia si que estableció su necesidad, al concluir que *«el art. 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral al precisar que la sentencia que declare la existencia de la vulneración de este derecho, ha de disponer «la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera», no significa, en absoluto, que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización. Estos preceptos no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que de lo que en ellos se dice resulta claro que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden*

---

<sup>32</sup> SSTC 36/1986, 216/1989, 172/1995, 8/1998, y 38/1998

<sup>33</sup> « c) La enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas.»

<sup>34</sup> Ello es coherente partiendo de la posibilidad que brinda el artículo 18.1 LRJS a las partes, en virtud de la cual pueden litigar por si mismas, sin necesidad de asesoramiento técnico profesional

*acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase<sup>35</sup>.»*

El requisito de explicar los elementos clave e indicios en los que se basa la cuantía indemnizatoria también quedó matizado por la Jurisprudencia respecto a aquellos daños morales de difícil estimación detallada, tomando como referencia la STC 247/2006 de 24 de julio, la cual manifestaba en su FJ VII *«apreciada la lesión del derecho de libertad sindical se presume la existencia del daño sin necesidad de prueba alguna al respecto y surge automáticamente el derecho a la indemnización»*. En palabras de FOLGUERA CRESPO<sup>36</sup> la Ley debería superar tal automaticidad, así *«la norma va a requerir probablemente una nueva elaboración jurisprudencial, porque la Ley parte ahora de la presunción de existencia del daño, al menos del daño moral, mientras que los daños y perjuicios materiales y personales adicionales a ese primer daño presunto son los que deben ser probados»*, lo que actualmente ya ha sido regulado, como hemos visto supra, por la LRJS.

## **5.5 ADMISIÓN DE LA DEMANDA**

El trámite de admisión de la demanda de tutela de derechos fundamentales resulta esencial, debido a la importancia que reviste, ya que según el artículo 81 LRJS *«el Juez o Tribunal rechazará de plano las demandas que no deban tramitarse con arreglo a esta modalidad procesal y no sean susceptibles de subsanación, advirtiendo al demandante el derecho que le asiste a promover la acción por el cauce procesal correspondiente.»* Esta norma contraviene lo dispuesto a nivel general, ya que la inadecuación de procedimiento no es un defecto subsanable, no obstante, cuando se ha seguido un procedimiento que no es el adecuado, pero se han cumplido los requerimientos fijados por la Ley respecto a éste último, las actuaciones practicadas si se entienden válidas, en virtud del principio de conservación de los actos.

Hecha esta apreciación, el precepto mencionado quiere decir que, en el caso de que el procedimiento de tutela no sea adecuado para el supuesto enjuiciado, el Juez o Tribunal, imperativamente, habrá de darle curso a través del trámite adecuado, con la salvedad de proceder con la subsanación indicada en el mismo. Solo si fuera imposible de realizar tal subsanación, o en el caso de que nos halláramos ante un defecto insubsanable (por ejemplo, por falta de competencia del órgano jurisdiccional) el órgano jurisdiccional rechazará de plano la demanda, poniéndolo en conocimiento del justiciable, que podrá ejercitar la acción a través de la modalidad procesal pertinente.

Y esto no es aplicable únicamente al momento de admisión de la demanda, porque tal y como reza el artículo 102.2 LRJS *«en cualquier momento desde la presentación de la demanda»*. Es decir, que en función del momento procesal y del trámite que se trate, el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia podrán tramitar el asunto conforme la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, independientemente del cauce por el que se hayan inclinado las partes. El artículo citado continúa indicando que *«no procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la*

---

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 julio 1996 (RJ 1996\6381)

<sup>36</sup> En *«Comentarios a la ley Reguladora de la Jurisdicción Social»*, ed. LEXNOVA, 2011, p. 679 y sig.



*modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada.»* Si no se puede subsanar por no cumplir los trámites previsto, o la actora se niega a subsanar, si cabría instar defecto procesal. El pronunciamiento judicial que establezca la imposibilidad de subsanar ha de ser motivado, ya que el Tribunal Constitucional ha señalado que, si «*se niega el proceso, se está privando al que acciona de garantías jurisdiccionales de derechos o libertades fundamentales*<sup>37</sup>».

Para cerrar este apartado, es conveniente enumerar los recursos que caben contra el auto de inadmisión del procedimiento. La LRJS establece en su artículo 191.3.c) que frente al mismo podrá interponerse recurso de suplicación, o recurso de casación, de conformidad con el artículo 206.3.b), dependiendo del órgano que haya conocido en instancia. Si bien, para el auto que convierta el procedimiento, la Ley no señala expresamente ningún recurso. Por tanto, la forma de proceder respecto al mismo sería mediante recurso de reposición (recogido en el artículo 186 LRJS), y respecto a la Sentencia, mediante recurso por infracción de garantías de procedimiento (artículo 193.a LRJS), o en última instancia, a través de casación ordinaria (artículo 207.b LRJS).

## **6. MEDIDAS CAUTELARES. REGULACIÓN JURÍDICA**

Las medidas cautelares son aquellas que se adoptan en un proceso con la finalidad de asegurar un resultado futuro que pueda producirse en el mismo. Su objeto es preservar anticipadamente una consecuencia previsible que pueda darse en el curso del procedimiento judicial. Su regulación se contempla, a nivel genérico, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, albergando dicho cuerpo normativo pautas transversales aplicables en este ámbito a todos los órdenes jurisdiccionales.

El Tribunal Constitucional ha venido explicando con claridad la finalidad de esta tutela, sentando que “*todas las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el artículo 24.1 CE) desprovisto de eficacia*”<sup>38</sup>. En la jurisdicción social, esta finalidad aseguradora sigue siendo el elemento clave a la hora de solicitar, y que un juez acuerde, una determinada medida cautelar.

Entrando a desarrollar este tipo de medidas en el procedimiento laboral, el artículo 79 LRJS desarrolla el régimen que han de seguir en este orden y los distintos tipos que pueden adoptarse. A su vez, habrán de respetar lo previsto en los artículos 721 a 747 de la LEC, siendo modulados estos preceptos en base a la casuística que caracteriza la jurisdicción que nos ocupa. Para que estas medidas prosperen, es necesario que se den tres requisitos. Para empezar, se ha de apreciar un peligro por la mora procesal (*periculum in mora*) derivado de las eventualidades que podrían perjudicar al derecho material

---

<sup>37</sup> STC 31/1984, de 7 de marzo

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 1994 (nº 218/1994).

discutido en el litigio, convirtiéndose en ilusoria una posible resolución estimatoria de esta<sup>39</sup>.

Noción jurídica en la que profundiza la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1956/2007 de 10 enero, indicando en su FJ I que *«es el peligro de que del retraso producido por la tramitación del procedimiento se derive un daño para los intereses de la parte, haciendo ineficaz la resolución judicial y vaciando de contenido práctico a la tutela judicial que se impetra, por ejemplo por permitir a la parte demandada situarse en insolvencia, suprimir las posibilidades prácticas de la ejecución en especie, etc. Pero también puede tratarse de que la duración del proceso, por sí misma, mantenga a la parte que aparentemente sostiene un derecho fundado de la satisfacción del mismo, configurando así un daño específico derivado de ese retraso que la medida cautelar pretende evitar, de forma que el retraso constituye por sí mismo una lesión.»*

Es interesante la visión que proporciona el Juzgado de lo Social núm. 4 de Sevilla (Comunidad Autónoma de Andalucía) en su Auto de 1 agosto 2002 (AS 2002\3025) de las notas específicas que caracterizan el *periculum in mora* en el procedimiento laboral, distinguiendo dentro del mismo:

*«a) Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución con carácter general cuyo emblemático supuesto, en el campo laboral, es el de la insolvencia empresarial.*

*b) Riesgos que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica o a la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad.*

*c) Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de una sentencia.*

*d) Por último, hay una clase de riesgos de ineffectividad que deriva del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia, dado que por la naturaleza de la situación jurídica a que la sentencia ha de referirse, el retraso supone, por sí mismo, una lesión irreversible. En el ámbito laboral así puede ocurrir con conductas empresariales lesivas de la libertad sindical u otros derechos fundamentales»*

Por otra parte, habrá de darse la denominada apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) –lo que supone que, sin que el juzgador entre a resolver sobre el fondo del asunto, pueda establecer un juicio provisional indiciario favorable a la pretensión que se pretende proteger a través de la tutela cautelar–. En este punto, es ilustradora la Sentencia advertida supra del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, la cual aborda este concepto en su FJ I, *«El «fumus boni iuris» no es sino la apariencia de buen derecho de aquella persona que reclama la adopción de la medida en su favor y dicha apariencia es el presupuesto primero de toda medida cautelar. Obviamente no puede confundirse la exigible apariencia de buen derecho con una resolución sobre el fondo del asunto, puesto que la adopción de la medida cautelar no implica prejuzgar ese fondo, muy*

---

<sup>39</sup>Moya I., Liñán B., en *«MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDEN SOCIAL»*, pág 25, visto en <https://www.perezllorca.com/.../170503%20ECONOMISTAJURIST%20Medidas%20cautelares%20en%20el%20orden%20social%20IMC%20BLH.pdf>

*especialmente en aquellos casos en los que el proceso no está sino en sus inicios. Se trata de mera apariencia, pero apariencia fundada y razonable, que lleva a la tutela cautelar de lo que parece ser buen derecho de quien reclama la medida. El órgano judicial debe llevar a cabo un «juicio provisional e indiciario» a favor del solicitante.»*

Y, en último lugar, habrá de aportarse caución. No obstante, están exentos de prestar caución, garantías o indemnizaciones relacionadas con las medidas cautelares que se soliciten, los trabajadores y beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social, sindicatos, en cuanto ostentan la representación colectiva de sus intereses, y las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos, de conformidad con el apartado 1 del artículo 79.1 LRJS.

En el seno del procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, las medidas cautelares tienen una regulación específica, dada por el artículo 180 LRJS. Este precepto ha cubierto las carencias que presentaba el antiguo artículo 180 LPL, el cual únicamente legitimaba la interposición de medidas cautelares en una serie de supuestos tasados<sup>40</sup>. Concretamente, solo avalaba la suspensión de los efectos del acto impugnado (la denominada tutela cautelar negativa), sin tratar medidas para asegurar la reparación adecuada en la posible sentencia condenatoria (tutela cautelar positiva<sup>41</sup>). Dichas limitaciones, han sido superadas por la LRJS mediante dos mecanismos. En cuanto al primero, ha establecido una serie de medidas cautelares negativas y positivas innominadas. Respecto al segundo, ha enumerado medidas concretas y específicas aplicables a las demandas de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, como son la suspensión del acto en demandas de tutela de libertad sindical (apartado 2), medidas cautelares específicas en demandas de tutela del derecho de huelga (apartado 3) y medidas cautelares en demandas frente a acoso u violencia (apartado 4).

## **6.1 LAS MEDIDAS INNOMINADAS Y LA SUSPENSIÓN DEL ACTO LESIVO**

El artículo 180 LRJS legitima al actor para que, en la demanda, solicite «*la suspensión de los efectos del acto impugnado, así como las demás medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en la sentencia*» De la redacción expuesta, entendemos que son medidas que han de ser adoptadas con carácter previo al juicio, pudiendo ser incoadas indistintamente del derecho fundamental vulnerado, de carácter tanto positivo como negativo, dándose incluso en los procedimientos especiales del artículo 184 LRJS. Estas medidas, quedan recogidas conforme a un sistema de *numerus apertus*, en el numeral 1 del artículo señalado.

Este precepto recuerda a lo dispuesto en el artículo 726 de la LEC, al permitir que se pueda acordar como medida cautelar «*cualquier actuación, directa o indirecta [ ... ] respecto de los bienes y derechos del demandado*», aunque habrá de respetar, además de los requisitos genéricos descritos anteriormente, dos premisas esenciales. En primer lugar, ha de conducir exclusivamente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial

---

<sup>40</sup> BLASCO PELLICER, A., «*Las medidas cautelares en el proceso laboral*» Ed. Civitas, Madrid, 1996

<sup>41</sup> LOUSADA AROCHENA, J.L. Óp.. Cit. supra, pág. 49



que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente. Y, en segundo lugar, no ha de poder ser sustituida por otra medida igual de eficaz, pero que cause menos menoscabo, es decir, que no pueda ser reemplazada por otra medida menos gravosa para el demandado.

En cuanto a la suspensión del acto lesivo, resulta de interés el Auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Ciudad Real (Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha) de 16 noviembre 2000 (AS 2000\3439). En este asunto, en el que se enjuicia una posible conducta discriminatoria por nacionalidad, el Juzgador acuerda la suspensión del acuerdo que la genera, el cual privaba de acceder a torneos supranacionales a un jugador de un Club de Balonmano, debido a su nacionalidad tunecina. Así, dicta *«la suspensión provisional del acuerdo o decisión adoptada por ASOBAL en escrito de 9-10-2000, inadmitiendo la inscripción de la licencia del actor como Jugador Comunitario. El demandante, provisionalmente podrá prestar sus servicios como jugador profesional de balonmano en el Club denominado Agrupación Deportivo Cultural Club Balonmano de Ciudad Real, en las mismas condiciones que los jugadores nacionales y/o comunitarios.»*

En esta misma línea, el Auto de 9 de noviembre de 2000 (AS 2000/3436) dictado por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Vitoria (Comunidad Autónoma del País Vasco) procede a establecer como medida cautelar, la suspensión de la resolución adoptada por el Secretario de Estado/Presidente del Consejo Superior de Deportes y la Liga ACB, la cual suspendía la licencia concedida al trabajador demandante para participar en una competición nacional, atisbando una posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad contemplado en el artículo 14 CE, ya que se le impedía el acceso a dicha competición por su nacionalidad lituana, en contraposición de numerosa normativa europea.

## **6.2 LA SUSPENSIÓN DEL ACTO EN DEMANDAS DE TUTELA DE LIBERTAD SINDICAL**

Cuando nos encontramos ante una demanda en la que se pone de relieve la vulneración de la libertad sindical, el artículo 180.2 LRJS solo admite la suspensión del acto que ha generado dicha conculcación cuando las presuntas lesiones impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación. Por tanto, conforme a los recién transcrito, cuando se trate de una lesión sindical que no tenga carácter general, no podrá solicitarse la suspensión del acto pernicioso.

En este punto, hemos de decir que los litigios por vulneración sindical de carácter individual pueden no tener suficiente relevancia para decretar una medida cautelar. No obstante, puede haber casos, como aquellos que se generen por acoso antisindical, que, si que sea necesario interponer medida cautelar, solicitando la suspensión del deber de acudir al puesto de trabajo, entre otras posibles. Así, como hemos explicado *supra*, la

medida habría de interponerse en base a la conducta acosadora, pero no debido a la vulneración sindical, puesto que carecería de cobertura legal y no prosperaría.

### **6.3 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN DEMANDAS DE TUTELA DEL DERECHO DE HUELGA**

Conforme a lo señalado en el artículo 180.3 LRJS, *«Podrán solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando, en caso de huelga, se impugnen exclusivamente los actos de determinación del personal laboral adscrito a los mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, así como cuando se impugnen los actos de designación del personal laboral adscrito a los servicios de seguridad y mantenimiento precisos para la reanudación ulterior de las tareas. El órgano jurisdiccional resolverá manteniendo, modificando o revocando la designación de personal adscrito a dichos servicios conforme a las propuestas que, en su caso, formulen al respecto las partes.»*

Al hablar la norma sobre servicios esenciales, se refiere a aquellos garantizados por el artículo 28.2 CE, y desarrollados por el artículo 10.2 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo. A su vez, los órganos de lo contencioso administrativo tienen competencia para conocer, según el artículo 3.d LRJS, de la impugnación frente a las disposiciones que establezcan las garantías destinadas a asegurar su mantenimiento, exceptuando aquellas que traten de conocer de las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos servicios mínimos. En este sentido, es donde cabe la aplicación de la medida cautelar contemplada en el artículo 180.3 LRJS, relativa a la suspensión, revocación, o mantenimiento del personal adscrito a tales servicios.

Resulta relevante comentar en este epígrafe el Auto de 14 de mayo de 2015 (AS 2015/776) dictado por la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª). En este caso, La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional estima la solicitud de la medida cautelar promovida por la «LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL», por lo que se suspende la huelga convocada por la «Asociación de Futbolistas Españolas (AFE)», medida de presión que derivaba del desacuerdo económico respecto a los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional. Otro aspecto importante que abordó esta resolución fue la posibilidad de adoptar como medida cautelar la suspensión de la huelga, cuando ésta ha sido impugnada judicialmente —a través de una demanda de Conflicto Colectivo— estando a expensas el Tribunal de resolver acerca de su legalidad. El Alto Tribunal concluye que es viable dictar una medida cautelar aun desconociendo si la huelga es ajustada a Derecho, argumentando en su FJ IV *«Cabe admitir la tutela cautelar frente al ejercicio ilícito de un Derecho Fundamental, si en la solicitud de la medida se contienen datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar por parte del Tribunal —sin prejuzgar el fondo del asunto— un juicio provisional o indiciario favorable al fundamento de la pretensión.»*

Otro caso que merece mención es el que trata el Auto de 23 de junio de 1990, dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (RJ

1990\5220). En este supuesto, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras pedía como medida cautelar la suspensión de un conjunto de Órdenes de la Junta de Andalucía referentes al mantenimiento de diversos servicios mínimos públicos (esenciales para la comunidad como el abastecimiento de agua, electricidad, gas, transporte urbano e interurbano, recogida y tratamiento de residuos sólidos, etc.) con motivo de una serie de conflictos laborales, canalizados en forma de huelga por los trabajadores funcionarios. El Alto Tribunal concluye no estimando dicha medida cautelar, razonando que la suspensión de dichas Órdenes supondría un grave perjuicio respecto al interés general, el cual define como el bien jurídico superior a proteger.

#### **6.4 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN DEMANDAS DE TUTELA ANTE SUPUESTOS DE VIOLENCIA O ACOSO**

La regulación de medidas cautelares, respecto a procedimientos que versen sobre tutela por conductas violentas o de acoso se encuentra recogidas en el apartado 4 del artículo 180 LRJS *«Cuando la demanda se refiera a protección frente al acoso... podrán solicitarse, además de las medidas cautelares previstas en los demás apartados del artículo 180 LRJS, la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas en su caso, aquellas que pudieran afectar al presunto acosador u vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído este»*

Estas medidas cobran especial sentido cuando el trabajador insta la resolución de su contrato en virtud de la autotutela que le brinda el artículo 50 ET, ante incumplimientos patronales reseñables dentro de la relación laboral. Así, cuando nos encontremos en este supuesto, en aras de proteger a dicho trabajador, la LRJS impone al empresario el deber de mantener el abono del salario y la correspondiente cotización, siempre y cuando quede justificado que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral del mismo.

Para ejemplificar este apartado, es conveniente citar lo resuelto por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Sevilla (Comunidad Autónoma de Andalucía) en su Auto de 1 agosto 2002 (AS 2002\3025), el cual dicta como medida cautelar la reubicación de la trabajadora en otro centro de trabajo, ante los indicios de la conducta de acoso constatados por el Tribunal. Literalmente se acuerda *«Requerir a la Jefatura Provincial de Sevilla de Correos y Telégrafos para que, de modo inmediato, y con carácter cautelar, aleje físicamente a doña Dolores F. H., del señor A. F., trasladándola de centro de trabajo.»*

Cabe decir que, respecto a las trabajadoras víctimas de violencia de género, estas medidas también les resultan de aplicación. En los procesos seguidos a instancia de la trabajadora víctima de este tipo de violencia, en el ejercicio de los derechos que le sean reconocidos en tal situación, el artículo 139.2 LRJS establece que dentro de él se podrá instar la adopción de las medidas cautelares reguladas en el apartado 4 del artículo 180 LRJS. Por todo ello, la trabajadora víctima de violencia de género podría pedir esa medida

bien si ejerce sus derechos mediante el proceso de tutela, o bien si los ejercita a través del proceso específico que correspondiera.

## 6.5 LA TRAMITACIÓN PROCESAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO LABORAL

El *iter* procesal que siguen las medidas sobre las que estamos trabajando, se contempla detalladamente en el artículo 180 LRJS, en sus apartados 5 y 6. Esta regulación es aplicable tanto a las medidas innominadas, como a aquellas que quedan descritas en la Ley, siendo de aplicación supletoria como ya hemos indicado la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De modo que, la solicitud de medida cautelar a instancia de parte se efectúa, con carácter general, en la demanda rectora de las correspondientes actuaciones, mediante la inclusión de un “otrosí digo”. Parece que la solicitud de este tipo de medidas queda limitada por el artículo 180.1 LRJS a este momento procesal, ya que esta petición habrá de darse «*en el mismo escrito de interposición de la demanda*». No obstante, es perfectamente posible su ulterior petición en pieza separada, dado que por el juzgado se tramitará como tal, sin perjuicio de que la medida cautelar en última instancia siga el curso del procedimiento principal por cuya efectividad se vela. Aun cuando la LRJS carece de regulación específica respecto de cuál debiera ser el procedimiento a seguir, al amparo de lo preceptuado por el artículo 733 de la LEC, como regla general ha de darse audiencia previa al demandado (en un breve plaza de cuarenta y ocho horas), siendo excepcional la adopción de medidas *in audita parte*, solo factible en aquellos supuestos en que dicha audiencia pudiera comprometer el buen fin de la tutela cautelar pretendida, debiendo el juez efectuar un razonamiento exhaustivo de los motivos que soportan la decisión de no oír al demandado<sup>42</sup>. Esta posibilidad deriva de los intereses que pueden haber en riesgo, pudiendo resultar agraviado esencialmente el derecho a la vida, reconocido en el artículo 15 CE, Y, en directa conexión con el mismo, el mandato que se desprende del artículo 40.2 CE, esto es, el derecho a la seguridad y a la salud en el puesto de trabajo.

Para el supuesto en el que el demandante no resultare oído, de adoptarse la medida cautelar, éste podrá formular oposición mediante la tramitación de un incidente verbal, que en atención a lo dispuesto en el artículo 739 de la LEC, no desplegará efectos suspensivos sobre la sustentación del acto de conciliación o, en su caso, juicio. La decisión judicial respecto a la medida cautelar solicitada se efectuará mediante auto, que con independencia de si la decreta o la desestima, podrá ser recurrido por el solicitante o demandado, según interesen, mediante recurso de reposición. Recordar que frente al citado auto no cabrá recurso de suplicación por quedar este reservado a los supuestos previsto en el artículo 191 de la LRJS.

La medida adoptada puede ser modificada, a instancia de cualquiera de las partes, alegando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su

---

<sup>42</sup> MOYA I., LIÑÁN B., en «*MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDEN SOCIAL*», en revista ECONOMIST & JURIST, nº12, año 2009, pág. 24

adopción o dentro del plazo para oponerse a esta. En caso de que el juez dicte una sentencia absolutoria, la protección conferida por la medida cautelar queda vacía de contenido, lo que implicará su alzamiento. En cambio, en el supuesto de que se dictara sentencia condenatoria, la protección vendrá concedida por la propia ejecución de la misma, aun cuando, ésta sea con carácter provisional, máxime si la sentencia condena al abono de una cantidad dineraria que requerirá de la consignación del importe objeto de condena. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 548 de la LEC prevé el alzamiento de la medida cautelar cuando una vez firme la sentencia, no se haya solicitado la ejecución tras el plazo de espera de 20 días hábiles.

## **7. CARGA DE LA PRUEBA Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **7.1 LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

Habiendo ya explicado los trámites de interposición y admisión de la demanda, así como la petición de medidas cautelares, en su caso, en este apartado trataremos las notas características de la prueba que ampara la petición de tutela.

La carga de la prueba de un hecho recae por regla general, en aquel que alega el derecho en el que se basa tal hecho. Este razonamiento ya se plasmaba en el clásico aforismo atribuido a Paulo (Digesto 22, 3, 2) «*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*». En nuestro ordenamiento, el *onus probandi* se contemplaba en el artículo 1214 CC, que establecía «*Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone.*» Este precepto fue derogado expresamente con la entrada en vigor de la nueva redacción de la Ley Rituaria civil en el año 2000. Actualmente, el artículo 217 de dicho cuerpo normativo, establece la regla general que atribuye al demandante la carga de probar los hechos en los que se fundamenta su pretensión, y al demandado los que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de aquel. Sin embargo, este precepto reconoce en su quinto numeral la posibilidad de que esta regla general de la carga de la prueba se invierta, en virtud de disposiciones específicas. Estas disposiciones se originan por la transposición de distintas normas comunitarias, así como por imperativos constitucionales.

Una de estas disposiciones en cuanto al desplazamiento de la carga de la prueba se recoge, de forma genérica, en el artículo 13 LOIEMH (que viene a transponer lo establecido por el artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación). En el plano del procedimiento laboral, la inversión de la carga probatoria con motivo de una actuación discriminatoria por razón de sexo, orientación o de identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso, o en cualquier otro supuesto de un derecho fundamental o libertad pública, se concreta en el artículo 96.1 LRJS para lo que respecta al proceso ordinario, o en el 181.2 LRJS, si

estamos tratando con la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

## **7.2 LA CARGA DE LA PRUEBA SOCIAL Y LA NECESIDAD INDICIARIA**

El artículo 96.1 LRJS, que hemos citado en el epígrafe superior, reza literalmente *«En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.»*

Este precepto toma su origen en las dificultades que se presentan para el trabajador a la hora de probar los hechos constitutivos de la conducta lesiva. De este problema se hizo eco el Tribunal Constitucional, introduciendo en su Sentencia 38/1981 de 23 de noviembre, la doctrina de flexibilización de la carga de la prueba. Con ella, pareció que realmente se había producido la inversión de la carga de la prueba (lo que suponía que con alegar la conducta discriminatoria se pudiera invertir la carga de la prueba, con la consiguiente posibilidad de abusos hasta el punto de *«que las proposiciones más insostenibles serían las más fáciles de alegar<sup>43</sup>»*). Así, expresó en su FJ III *«Un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba, apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral, bien constituyan causa legítima subsumible en alguna de las de ruptura unilateral de aquélla, a impulso del empresario, bien sin legitimar el despido por causas excluyentes de su procedencia o por incurrir en nulidad, se presenten razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional.»*

Matizó esta doctrina el Alto Tribunal en su Sentencia 114/1983 de 6 de diciembre, siendo ponente de la misma el Magistrado D. Francisco Tomás y Valiente, el cual realizó una justificación distinta de la inversión de la carga de la prueba ante conductas discriminatorias en su FJ IV: *«Corresponde al empresario que alegue el específico incumplimiento del deber de respeto al ideario del Centro la prueba de los hechos que, de existir, justifican su decisión de despedir. Ello no significa inversión de la carga de la prueba, sino la aplicación del principio de que quien afirma debe probar, sobre todo teniendo en cuenta que en el conflicto, tal y como está planteado en el terreno ideológico, entran en juego no sólo derechos infraconstitucionales e intereses en todo caso legítimos, sino derechos fundamentales.»*

En aras de adaptar el escenario jurídico a las necesidades reales de los justiciables, se procedió a regular en el artículo 96 LPL la inversión de la carga de la prueba en supuestos de conductas discriminatorias empresariales. Esto, en palabras de GARCÍA

---

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LOPERZ, M.F., en *«Igualdad y discriminación»*, p. 300, ed. TECNOS, año 1986, Madrid



FERNÁNDEZ, resultaba totalmente necesario, ya que «*Si el Derecho del Trabajo pretende corregir la desigualdad material existente en las relaciones de trabajo, el proceso laboral no puede ser ajeno a ese propósito*<sup>44</sup>.» Con ello, se modificó la regla general del *onus probandi*, lo cual quedaba plenamente justificado en base a tres causas, recogidas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de noviembre de 1990 (Ar. 8543). A saber, la dificultad probatoria absoluta con la que se encuentra el trabajador, así como la actitud obstruccionista del demandado y, por último, la utilización por el demandante de todos los medios que tenga a su alcance para evitar la indefensión.

Por tanto, la inversión de la carga de la prueba no sitúa al trabajador como sujeto pasivo de la actividad probatoria, si no que éste ha de aportar indicios suficientes de que la causa de la conducta empresarial obedece a razones discriminatorias. Con ello, se pretende que el empresario ante esa serie de indicios demuestre que la práctica controvertida resulta lógica y razonable<sup>45</sup>, ajena a todo propósito lesivo de derechos fundamentales.

La jurisprudencia fue ambigua durante todo este devenir regulatorio. En un primer momento, convivieron dos técnicas probatorias. Por un lado, la técnica de los indicios o presunciones judiciales, sobre la que ya hemos tratado, reconocida legalmente en el artículo 386 LEC. Y, por otro lado, aquella que se desprendió de la STC 21/1992, de 14 de febrero, la cual hablaba en su FJ II de «*unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación o lesión*». Es decir, que aparte de la prueba indiciaria, también se reconoció como válida la sospecha o apariencia de que se había producido una vulneración de derechos fundamentales. Estaríamos ante la denominada técnica del principio de prueba o *prima facie*, o de la verdad interina, la cual implica la no exigencia de probar ante el juzgador un determinado en hecho, si no infundir en él la sospecha de la conducta discriminatoria. Esta técnica no es extraña en nuestro Derecho, ya que, en los procesos de filiación, el artículo 127.2 CC se remite a la misma. Además, parte de la doctrina se ha inclinado a su favor, manifestando que «*ni siquiera es preciso que se prueben indicios de discriminación, entendida la expresión en el sentido técnico que corresponde a una prueba de presunciones, basta con un mero principio de prueba que muestre la existencia de lo que en nuestra jurisprudencia se ha denominado un clima discriminatorio*»<sup>46</sup>.

De modo que se daban pronunciamientos dispares respecto al alcance de la aportación indiciaria. Así, la STC 114/1989, de 22 de junio, habló por primera vez de la necesidad de que se diera una razonable sospecha de la discriminación. A su vez, tanto la STC 135/1990, de 19 de julio, como la STC 180/1994, de 20 de junio, sostuvieron que era requisito *sine qua non* la aportación de indicios para proceder con la inversión de la carga de la prueba, mientras que la STC 12/1992, de 14 de febrero se postula acerca de la necesidad de probar unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación, y en esta línea, tanto la SSTC 7/1993, de 18 de enero, 293/1983 de 18 de

---

<sup>44</sup> En «*Tutela Jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo*», REDT, 1983, núm. 15, pág. 370 y siguientes.

<sup>45</sup> PÉREZ YAÑEZ, R., «*Sobre la distribución de la carga de la prueba en procesos sobre vulneración de derechos fundamentales*», TL, 1999, núm. 8, pág., 16

<sup>46</sup> PEREZ DEL RIO T., FERNANDEZ LOPEZ M.F., DEL REY GUANTER, S., en «*Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*», Instituto de la Mujer (1993) Madrid.

octubre y 85/1995, de 6 de junio, requieren la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción de la vulneración

Todo ello acabó con la expresión del principio de prueba dada por la STS 90/1997, de 6 de mayo, la cual apuntó que *«la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental [...] principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel, un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquellas se haya producido»*.

En cuanto a los distintos indicios probatorios, la STC 41/2006, de 13 de febrero concluyó que pueden ser entendidos como tal: *« tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración denunciada resultara insuficiente la simple afirmación de la discriminación o lesión de un derecho fundamental, lo mismo que reflejar tal afirmación en unos hechos »*. Como vemos, no cualquier hecho puede entenderse como un indicio. A continuación, explicaremos los indicios más habituales, tomando como base la Jurisprudencia desde el año 1997 (año en el que se afianzó este método, como ya hemos explicado) hasta la actualidad.

1.- En primer lugar, se entiende como decisivo el indicio que deriva de la correlación temporal entre el ejercicio del derecho fundamental y la conducta empresarial lesiva. Esta conexión temporal, en ocasiones ha sido valorada junto con otros indicios, como ocurrió en la STC 90/1997, de 6 de mayo. En este caso, la trabajadora había acudido en amparo debido a que su contrato de trabajo a tiempo parcial se había mantenido como tal, a pesar de que para el resto de sus compañeras había sido transformado a jornada completa, viéndose está excluida de tal decisión por haber sido partícipe en una huelga general. El Tribunal, en su FJ V indica que *«en el presente supuesto la trabajadora había acreditado la coincidencia de fechas entre su participación en la huelga general y la decisión de la empresa, después de transcurridos casi dos meses desde la petición de aquélla, así como la existencia de transformaciones de contratos a otras trabajadoras, hechos probados todos ellos que el órgano judicial de instancia había considerado como indicios razonables de la posibilidad de que la decisión empresarial fuese discriminatoria. Estos indicios no habían sido neutralizados por la empresa, puesto que ésta no acreditó, ni siquiera alegó, que existiese ninguna justificación laboral real y de entidad suficiente en su decisión de postergar a la trabajadora respecto de las demás cuyo contrato se había transformado, ni excluyó por tanto que su decisión fuese ajena a todo propósito discriminatoria»*.

Siguiendo este criterio, cabe citar la STC 101/2000, de 10 de abril, en la cual el recurrente en amparo prestaba servicios como redactor para Televisión Española S.A, bajo un contrato de arrendamiento de servicios. Éste inició un procedimiento para que se reconociese como laboral su relación con la empleadora, la cual en cuanto tuvo conocimiento de ello, decidió extinguir el contrato que los unía. En cuanto al nexo temporal, razona el Tribunal que *«considerando no sólo el indicio de la proximidad*



*temporal entre el reconocimiento del carácter laboral de la relación y su extinción, sino también la circunstancia de que la empresa hubiera actuado de igual modo con otros trabajadores en la misma fecha y con similares argumentos, según resultó acreditado (fundamento jurídico quinto), todo lo cual configuró una apariencia lesiva del derecho fundamental del actor que no fue destruida por la empresa, la cual permaneció inactiva en punto a probar las razones del cese.»*

No obstante, el nexo temporal ha sido indicio bastante y concluyente en otras ocasiones para sentar la existencia de la conducta lesiva. Ocurre así en la STC 29/2000 de 31 de enero. En este supuesto, el recurrente en amparo es despedido del hospital público de Málaga en el que prestaba sus servicios como jefe del servicio de enfermería, tras haber participado en distintas protestas y asambleas en las que se pedía la dimisión del Director Gerente. La carta en la que se le comunicaba el despido, no indicaba el motivo del mismo, solo que se realizaba en virtud de la potestad discrecional que se le reconocía a dicho director. Por todo ello, el Alto Tribunal concluye que el cese se produce como represalia al ejercicio de libertad de expresión del actor, reconociendo en su FJ IV que *«la correlación temporal entre el ejercicio por el recurrente de sus derechos fundamentales de expresión y de reunión y la resolución de cese permite establecer, al menos indiciariamente, una relación de causa-efecto entre ambos hechos, creándose así una apariencia o sospecha de que el cese impugnado pueda ser lesivo de los derechos fundamentales invocados por el actor.»*

2.- En segundo lugar, indicio tradicional es la comparación del trabajador demandante con otros trabajadores comparables. Esta comparación se ha hecho con miras a demostrar que se ha perjudicado al trabajador demandante como no se ha hecho al resto de trabajadores comparables. Esta indicio se empleó en la ya abordada STC 90/1997, de 6 de mayo, al contrastar la situación de la trabajadora que acudía en amparo ( a la que se le había mantenido su contrato a tiempo parcial) con el resto de sus compañeras, que habían pasado a trabajar a jornada completa. Caso similar es el que trata la citada igualmente STC 101/2000, de 10 de abril, en la que el indicio se desprende de la discriminación recaída sobre un grupo de trabajadores como sanción al ejercicio de sus derechos, literalmente en el FJ III *«se acreditó también que compañeros del actor en distintas localidades de Andalucía fueron despedidos por cartas de igual fecha que la que se remitió al actor, o sea 12-5-95 y con iguales argumentos. Estos compañeros, al igual que el actor habían interpuesto demandas declarativas de sus derechos a ostentar la condición de fijos laborales de TVE y en algún caso fueron ya estimadas sus demandas" (hecho probado décimo octavo).»*. En ambos casos, estos indicios fueron valorados conjuntamente con otros.

Sin embargo, en ocasiones esta comparación *per se* es bastante y decisiva, tal y como muestra la STC 74/1998, de 31 de marzo. En este caso, los actores eran trabajadores de El Corte Inglés S.A, afiliados a los sindicatos CCOO Y UGT, a los cuales no se les había concedido una serie de incrementos salariales extra convenio, que si se les había reconocido a trabajadores de las mismas categorías profesionales afiliados a FASGA y FETICO. El Tribunal manifiesta que esta comparación entre trabajadores es suficientemente indiciaria para mostrar la discriminación salarial por afiliación sindical, argumentando en el FJ IV que *«resultando probadas tales diferencias salariales, y la condición de representantes o afiliados sindicales de diversos sindicatos de los*

*integrantes de los grupos comparados (STC 55/1983), la parte demandante habría logrado crear una apariencia o sospecha razonable en torno a la existencia de una discriminación salarial, por razón sindical.»* A su vez, ninguno de los actores había sido promocionado, al contrario que lo ocurrido con los trabajadores comparables afiliados a otras organizaciones sindicales. El Tribunal concluye sentando la discriminación en esta conducta, expresándolo así en el FJ VI *«En relación con las diferencias acaecidas en la promoción profesional de los trabajadores comparados, los recurrentes han conseguido generar una sospecha o apariencia de discriminación, dadas las significativas diferencias entre los ascensos obtenidos por unos y otros trabajadores, y dada su condición de afiliados o representantes sindicales de diversos sindicatos.»*

3.- En tercer lugar, un indicio al que generalmente se recurre es la existencia ya sea de conflicto o de antecedentes discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales. Indicio que juega un papel esencial en la STC 84/2002, de 22 de abril. En este supuesto, los recurrentes en amparo, Jefes de Zona del Organismo de Asistencia Económica y Fiscal de la provincia de Sevilla, afiliados al sindicato CCOO, ven como se unifican las oficinas en las que prestaban sus servicios, siendo trasladados a otra planta del mismo edificio, lo que supuso su marginación en las tareas que siempre les habían sido atribuidas de impulso y dirección ininterrumpida de la gestión recaudatoria en vía ejecutiva. Esta decisión se tomó por el Organismo Provincial de Asistencia Económica y Fiscal, sobre el que ya había recaído condena dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Sevilla, a 12 de diciembre de 1994, por privar a los actores tanto de sus despachos como del personal auxiliar que tenían designado, siendo limitados a realizar funciones básicas, todo ello motivado únicamente por su condición sindical. En base a este contexto, el Tribunal razona en su FJ VII *«La correlación y proximidad temporal de las anteriores circunstancias que se han venido sucediendo sin solución de continuidad (SSTC 87/1998, de 21 de abril, FJ 4; 101/2000, de 10 de abril, FJ 5; 214/2001, de 29 de octubre, FJ 6), la conflictividad previa (STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 6) y el clima de confrontación preexistente, así como el hecho de que la reunificación de oficinas llevase aparejada una privación de funciones - dato éste que no puede ser desvirtuado sin alterar los hechos probados por valoraciones o razonamientos-, sin que ningún órgano competente por lo demás así lo hubiese declarado imponiéndose el mismo por vía de hecho, son factores que permiten afirmar la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos que facultan para adentrarnos en la posible vulneración de la libertad sindical de los recurrentes al convertir los anteriores hechos en indicios racionales de la lesión alegada.»*

El Alto Tribunal también se apoya en este criterio en su STC 17/2005 de 1 de febrero. En este caso, los recurrentes en amparo son dos trabajadores que ostentaban el cargo de delegados sindicales, prestando sus servicios para una Residencia de la tercera edad propiedad de una Mancomunidad. Como consecuencia del ejercicio de las atribuciones que les eran propias (conforme se recoge en el artículo 64 ET) la Mancomunidad les reprendió de diversas maneras (despidiéndoles de forma disciplinaria, denunciándoles por un delito de coacciones, etc.). Partiendo de ello, la Sentencia falla reconociendo como indicio bastante el clima conflictivo habido, según su FJ VI *« el examen de los hechos declarados probados evidencia la existencia de indicios de antisindicalidad de naturaleza mediata, referidos a los actos de despido contra los*

*delegados de personal de Comisiones Obreras, que fueron objeto de los correspondientes procesos individuales, y de indicios de antisindicalidad de carácter inmediato, esto es, expresivos de un conflicto directo entre empresa y sindicato al que pertenecen dichos representantes unitarios.»*

Cuestiones fácticas prácticamente idénticas son las que valora el Tribunal Supremo en su Sentencia 2/2009, de 12 de enero. En este caso, nos encontramos con un trabajador que desempeñaba sus servicios para la empresa Hondy Motors S.A. Éste, una vez nombrado delegado de personal, fue objeto de un gran número de sanciones (todas declaradas nulas, y, por consiguiente, sin efecto, en virtud de pronunciamientos judiciales) así como de despido disciplinario (declarado nulo igualmente por sentencia judicial. En base a todos estos hechos acontecidos, el Tribunal Constitucional aprecia la existencia de un ambiente altamente conflictivo en la empresa. Así, establece en su FJ IV que *«estos datos, a los que debe añadirse que la empresa ha reconocido en todo momento la improcedencia, no sólo de las sanciones que impuso en su momento, sino también la del despido cuestionado en el proceso a quo (lo que supone la inexistencia de causa real del mismo) conforman, de forma evidente, la existencia de un panorama indiciario suficiente como para que opere la inversión de la carga de la prueba a que aludíamos.»*

4.- Por otra parte, se viene considerando prueba indiciaria la manifestación empresarial de la causa discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales, que según su contenido y contexto puede operar como mero indicio, o como prueba bastante, es decir, directa. En cuanto a la manifestación empresarial de la discriminación valorada en conjunto con otros indicios, hemos de ejemplificarla con la STS 140/1999 de 22 de julio. En este caso, los actores inician los trámites para el reconocimiento de su relación contractual como laboral. La empresa, una vez tiene constancia de ello, procede a extinguir tal relación. Y, en la carta de despido, únicamente se indicaba como causa del mismo las desavenencias habidas entre la empleadora y los operarios relativas al encuadramiento del vínculo que les unía. El Tribunal valora esta causa como un indicio fundamental, ya que en su FJ V razona que *«el propio contenido de la carta de despido vincula de manera expresa la causa del cese "exclusivamente" a las discrepancias de los actores frente a la empresa en cuanto a la calificación mercantil o laboral que haya de corresponder a la relación contractual que les unía. Y es precisamente esa discrepancia o conflicto la que les llevaría a presentar, previamente a la reclamación en la vía judicial, papeleta de conciliación dirigida a obtener el reconocimiento por la empresa del carácter laboral de su relación. Los actores pretendían, pues, resolver esta cuestión a través de la actividad jurisdiccional. La correlación de fechas existente en el presente caso entre la actividad previa al acceso a la jurisdicción y el despido de los actores, así como el contenido de la propia carta de cese, constituyen, cuanto menos, indicios suficientes en favor del alegato de los recurrentes.»*

Supuesto paradigmático es el que se dilucida en la STC 87/2004 de 10 de mayo. El contexto que trae causa del amparo es el siguiente: la trabajadora recurrente prestó sus servicios como peón municipal para el «Consello de Cervo» durante varios periodos. Al finalizar el último, esta recepciona una carta en la que se le comunica el fin de la relación laboral. Al entender que había desempeñado tareas no eventuales, si no de carácter fijo, interpone demanda por despido improcedente, con el fin de que se la readmitiera o, en su

defecto, se le abonara la indemnización pertinente. El Juzgado falla a su favor, optando el Concello por el abono indemnizatorio.

A los meses, el Concello convoca una oferta de empleo público para la contratación de doce trabajadores. La trabajadora presentó solicitud para optar a una de estas plazas, cuya adjudicación era competencia de la Comisión de Personal del Concello mencionado, conformado por miembros políticos de éste. Resultó que, en cuanto a méritos, la actora empató con otras solicitantes, y para proceder con su descarte, los argumentos empleados por determinados concejales fueron que ésta había mantenido un conflicto laboral con el Concello, que había llegado a los Tribunales, ponderando tal hecho de forma negativa.

El acta de la reunión de dicha Comisión, en el que figuraban las expresiones recién descritas, se considera como un indicio de discriminación esencial para el Tribunal, resolviendo acerca del mismo en los siguientes términos *«las manifestaciones reflejadas literalmente en el acta de los representantes de los dos grupos municipales que finalmente votaron a favor de la propuesta de adjudicación de las plazas que faltaban por atribuir son bastante elocuentes en cuanto a los motivos para descartar a la demandante, que uno de ellos concretó en una previa reclamación laboral (conflicto laboral) de la Sra. González Yáñez cuando estuvo con anterioridad en el grupo municipal de intervención rápida y el otro atribuyó al hecho de que la demandante causara con anterioridad "problemas", siendo así que el único dato objetivo sobre la existencia de una previa situación de conflicto entre la demandante y el Ayuntamiento que consta en las actuaciones lo constituye la demanda por despido interpuesta por aquélla al finalizar su anterior contrato en el grupo municipal de intervención rápida, demanda que fue resuelta favorablemente para aquélla [...] , es lo cierto que no consta en el acta que se adoptara por la Comisión ningún otro criterio objetivo para deshacer el empate, ni se indica cuál fue el finalmente considerado por quienes votaron a favor de la propuesta para llegar a una decisión final de adjudicación cuyo contenido no se ajustó a lo que habría resultado de la adopción de los otros dos criterios que figuran en el acta como "propuestos" en el momento de proceder a la votación (nivel de cargas familiares y formación previa). Todo ello resulta, efectivamente, revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio.»*

En la STC 182/2005 de 4 de abril, se considera como prueba directa la manifestación empresarial relativa a la actuación discriminatoria. En este caso, se enjuicia la asignación de la trabajadora a un nuevo departamento, presuntamente, por el hecho de que, a raíz de la maternidad (y las bajas que genera esta situación), había disminuido el rendimiento profesional en su departamento de origen. La confesión del representante legal de la empresa se torna como prueba directa, *«puesto que manifestó que las bajas de la demandante fueron el motivo por el que no podía asumir dichas responsabilidades. El testimonio de sus jefes superiores también es indicativo, al mostrar contradicciones (la Sra. Zarco dijo que fue la demandante la que desechó asumir nuevas tareas, mientras que otro superior declaró que la causa derivaba de su baja capacidad profesional). Esta radical disparidad evidencia la ausencia de un criterio cierto en el departamento, reforzando notablemente la autenticidad de la razón invocada por el representante legal de la empresa, a saber: que no se incorporó a la demandante a las nuevas actividades*

*jurídicas esenciales para la estrategia empresarial por razón de sus bajas por embarazos y por tanto se la relegó por este motivo en su promoción y en sus retribuciones.»*

5.- En quinto lugar, ante la alusión por parte del trabajador de la conducta lesiva, la falta de justificación empresarial respecto a la misma supone un indicio típico. De forma que la ausencia de justificación se sitúa como refuerzo de otros datos indiciarios, porque siempre vendrá acompañando a un supuesto acto discriminatorio carente de la misma. Lo podemos comprobar en la STC 17/2003, de 30 de enero. Esta resolución aborda el despido de una trabajadora embarazada, el cual se basaba según la empleadora en la finalización de la campaña para la que dicha trabajadora fue contratada (campaña cuyo término se había producido dos años antes del cese).

Conforme a los hechos probados, sobre todo, en base a la falta de justificación empresarial, el Alto Tribunal concluye que se trata de un despido nulo, con móvil discriminatorio, literalmente en el FJ IV *«faltando una justificación objetiva, razonable y proporcionada sobre la decisión adoptada que sirviera para desvincular el acto extintivo del trato discriminatorio aducido por la actora [...] aunque la empresa se esforzó en explicar que ocupaba otras trabajadoras embarazadas y que la extinción se debió, exclusivamente, a la finalización del programa NOW, lo cierto es que no habría conseguido probar ni lo uno ni lo otro. En concreto, en relación con el vencimiento del proyecto (causa de la resolución de la relación contractual según el alegato empresarial), constataba el juzgador que la trabajadora nunca prestó sus servicios únicamente en el programa NOW, que no desarrollaba actividades ligadas a él desde 1996, y que se produjo la extinción mucho tiempo después de la finalización de la financiación del programa, dos años más tarde, coincidiendo con la gestación.»*

### **7.3 EL CONOCIMIENTO DEL FACTOR PROTEGIDO**

En ocasiones, el Tribunal Constitucional atribuye al demandante la carga de probar, en su caso, si el empleador tiene constancia de la pertenencia del trabajador a un colectivo protegido por la prohibición de discriminación, o bien, si conoce el ejercicio por parte del actor de un derecho fundamental. Si no se prueban estos extremos, se rompe la conexión entre el hecho base y el hecho consecuencia, no dando lugar a tutela.

Donde más veces se ha requerido la prueba del conocimiento empresarial en lo que respecta al factor protegido es en supuestos de discriminación por embarazo. Pionera en este sentido fue la STC 41/2002, de 25 de febrero, al indicar que el embarazo no supone *per se* la existencia de una actuación empresarial discriminatoria. Así lo contempla en su FJ IV *"para que se produzca la inversión pretendida por la recurrente, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio"*.



Este criterio se sostiene igualmente en la ya comentada STC 17/2003, de 23 de enero «*al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido -embarazo) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación -extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto.*»

En la misma línea se pronuncia el Tribunal en su STC 175/2005, de 4 de julio, remarcando la importancia de aportar por parte de la demandante un indicio que cristalice el conocimiento empresarial de la gestación, «*una vez producida esta prueba indiciaria, el demandado asume ya la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo —la no discriminación—, sino la de acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. Por este motivo es exigible un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de la discriminación*» .

Esta doctrina se matizó con la STC 17/2007, de 12 de febrero, en la que se concretó que «*el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de lesión del artículo 14 de la CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto.*» Respecto a este parecer, la STC 92/2008, de 21 de julio, indicó que «*si no se acredita o se deduce el conocimiento empresarial sobre el embarazo difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora.*»

En cuanto al conocimiento empresarial del estado gestante de la trabajadora, hemos de terminar este punto abordando la denominada tutela objetiva del derecho fundamental<sup>47</sup>, y la consecuente declaración de nulidad del despido. Esta tutela supuso la reelaboración de la doctrina del Tribunal Supremo, el cual estableció que cuando la trabajadora se encuentre inmersa en el lapso legal temporal de especial protección por embarazo<sup>48</sup>, aunque no conste conocimiento empresarial de dicho estado, y por tanto, no haya móvil discriminatorio relacionado con él (a no ser que se tenga constancia de móviles alternativos neutros no relacionables con el embarazo) en caso de producirse el despido, éste será declarado nulo.

Aunque en casos de embarazo es donde más se ha usado la regla del conocimiento empresarial respecto al factor protegido, ha sido aplicada también en otros supuestos. Por

---

<sup>47</sup> FOLGUERA A., Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pág. 685, ed. Marcial Pons, Madrid,

<sup>48</sup> «Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos: a) La de los trabajadores durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refieren los artículos 45.1.d) y e) ...»



ejemplo, también se valió de ella el Tribunal Constitucional en su Sentencia 41/2006, de 13 de febrero, en un caso de discriminación por orientación sexual. Esta resolución trae causa de un despido disciplinario, el cual se funda en motivos vagos y abstractos, bajo el cual subyace, según el recurrente en amparo, motivación discriminatoria por su condición sexual. El Tribunal se apoya en el criterio del factor protegido para fundamentar la nulidad del despido controvertido, así en su FJ IV explica que « *situaciones como la de autos, a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato de trabajo será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión el factor protegido (la libre orientación sexual del trabajador, en este caso) y el resultado de perjuicio que concretaría la lesión (esta vez, la extinción contractual), por cuanto la orientación homosexual representa únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la violación del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto*

*Esa conexión necesaria se aprecia en esta ocasión a todas luces. Como dicen los órganos judiciales, se desprende de los hechos probados la relación conflictiva entre el trabajador y su superior, motivada por la orientación homosexual de aquél. En efecto, el relato de hechos de las resoluciones judiciales declara probados los comportamientos despectivos del superior del trabajador respecto de su orientación homosexual, así como la existencia de una organización y distribución del trabajo que le perjudicaba, sobrecargando sus obligaciones, todo lo cual apunta como mínimo la posibilidad de la lesión.. »*

Otro caso distinto en el que también recurre el Tribunal al criterio que nos ocupa, es el que se dirime en la STC 49/2003, de 17 de marzo. En este caso el uso de la regla del factor protegido se hace respecto a un trabajador militante en el PSOE y sindicado en UGT. El empleador procede a dar por extinta la relación laboral, con motivos infundados, encubriendo una verdadera discriminación ideológica, puesto que sus superiores jerárquicos mantenían pensamientos políticos contrapuestos a los del actor. El Tribunal Constitucional apela a la necesidad de que se conozcan, por la entidad empleadora, tales circunstancias, señalando que « *al hecho de la militancia política y sindical y a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido -la no discriminación por aquellas razones) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la lesión -extinción contractual), por cuanto que extinguir la relación laboral concertada con un trabajador que cuente con la condición de militante de organizaciones políticas y/o sindicales constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión constitucional aducida, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la carga de probar la regularidad constitucional de su acto, toda vez que podría estar fundada la ruptura del contrato en otras causas, absolutamente ajenas a ello*». En este supuesto resultaba más que probado el conocimiento del empleador de las afinidades políticas del actor, así como su militancia activa, por lo que el Tribunal termina concediendo el amparo, declarando la nulidad del despido.

#### **7.4 CARGA DE LA PRUEBA DE LA PARTE DEMANDADA**

Ya hemos explicado la carga indiciaria que corresponde al demandante. No obstante, el perjudicado por esa presunción generada puede, como se desprende del artículo 385.2 LEC, atacar el enlace dado entre el hecho que se presume y el hecho probado (la conocida como prueba plena de contrario), o directamente, atacar el hecho base (denominado contra indicio). La jurisprudencia constitucional ha desarrollado el primer medio de defensa, asegurando que al demandado *«no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales»* (STC 257/2007, de 17 de diciembre). Por tanto, para desmontar la conducta lesiva que se atribuye al demandado, este habrá de aportar una justificación objetiva, proporcionada, y racional de su conducta, demostrando que su actuación responde a fines lógicos y objetivos.

#### 7.4.1 EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

Estas exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad vienen a configurar el denominado juicio de proporcionalidad<sup>49</sup>, latente en nuestro Ordenamiento Jurídico desde la década de los 90. A su vez, en el ámbito de las relaciones laborales, este razonamiento se ha desglosado en otros tres subjuicios diferentes. En palabras de la STC 297/96, de 16 de diciembre, *"para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: <<si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)"*. De tal manera que la medida empresarial cuestionada, habrá de pasar satisfactoriamente un juicio de idoneidad, de necesidad, y de proporcionalidad en sentido estricto, para así poder descartar su carácter lesivo.

Este test se aplicó ya en la STC 136/1996, de 23 de julio, aunque de forma más vaga, siendo invocado en el FJ IV de la siguiente manera *«En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad»*

Igualmente, el Tribunal hace uso del juicio que estamos tratando en la STC 98/2000, de 10 de abril. En este caso, se ha de dilucidar si es ajustada a Derecho la decisión empresarial de instalar micrófonos en las dependencias donde los trabajadores desarrollan su trabajo, sin que hayan sido informados previamente de ello. Para ponderar si los trabajadores no han visto lesionado su derecho fundamental a la intimidad, el

---

<sup>49</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, E., en *«Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo»*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2004), pág. 34 y siguientes.

Tribunal recurre al juicio de proporcionalidad, señalando que « *estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad.*» Aquí ya vemos como el Tribunal incide expresamente en el principio de proporcionalidad, dejando atrás otras expresiones más abstractas respecto al mismo, regularizando este criterio.

No obstante, en ciertas ocasiones posteriores, el Tribunal no ha vuelto a hacer uso de este juicio. Por ello, la doctrina se ha preguntado si acaso nos encontramos ante situaciones de ausencia de incumplimientos empresariales, o si, por el contrario, no hallamos ante un repliegue judicial<sup>50</sup>. Así ha sido en la STC 233/2007, de 5 de noviembre. Este caso versa, a grandes rasgos, sobre una trabajadora que prestaba sus servicios en el área administrativa y contable de un taller automovilístico, la cual opta por disfrutar de la excedencia de un año para el cuidado de su hijo. Una vez reincorporada, se la comunica que únicamente va a desempeñar sus tareas en el departamento administrativo, siendo excluida del contable. Para valorar la legalidad de esta decisión, el Tribunal no se vale del juicio de proporcionalidad, si no que achaca la supuesta discriminación recaída sobre la actora a «*factores objetivos de carácter organizativo y productivo, ajenos a una intención discriminatoria, [los cuales responden a] un incremento de necesidades en el taller de chapa durante la excedencia de la trabajadora*». A raíz de esta argumentación, se levantaron voces críticas como la de CABEZA PEREIRO,<sup>51</sup> el cual entendió que «*se puede constatar la tarea que la Corte debió abordar y no abordó, y la escasa sensibilidad hacia una situación que, desde el sentido común y desde un análisis extra jurídico del caso parece clara: a una mujer que vuelve de una excedencia por cuidado de hijo se le cambian las tareas.*». Respecto a este parecer, hay que decir que no quedaron probados una serie de extremos que resultarían claves para afirmar la existencia de una decisión empresarial discriminatoria, los cuales se recogen en el FJ 8 de dicho pronunciamiento. A saber, no se probó que la trabajadora realizara con anterioridad a su maternidad tareas contables, ni que las tareas que se le hubieran atribuido a su regreso correspondieran a una categoría profesional inferior a la que ocupaba, ni tampoco que percibiera salario inferior al de otros trabajadores comparables.

#### **7.4.2 LA JUSTIFICACIÓN PLURICAUSAL**

Los despidos "pluricausales" son aquellos despidos disciplinarios en los que, frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental, como puede ser el invocado en un recurso de amparo, el empresario llega a probar que el despido deriva de una serie de

---

<sup>50</sup> CABEZA PEREIRO, J., en Ejercicio de derecho de conciliación, discriminación y jurisprudencia constitucional. Una crítica a la STC 233/2007, de 5 de noviembre, en Revista de Derecho Social, número 40 (2007) pág. 141 y sig.

<sup>51</sup> Óp.. Cita. Supra, pág. 148.

incumplimientos contractuales por parte del trabajador que justifican la adopción de la medida extintiva que se trate<sup>52</sup>.

Con lo cual, el despido disciplinario que también sea vulnerador de derechos no encuentra cabida, ya que se *«ha de llegar a la convicción, no de que el despido no es absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino de que [...] el despido habrá tenido lugar verosilmente, en todo caso por existir causas suficientes, reales y serias, para entender como razonable, desde la mera perspectiva disciplinaria, la decisión empresarial»* (STC 104/1987, de 17 de junio). Por tanto, se torna necesario que la decisión empresarial pruebe, según la STC 188/2004, de 2 de noviembre, *«que los hechos motivadores de la decisión son legítimos, o aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales»*.

Otra puerta que se le abre al empleador para desmontar la presunción de vulneración es aquella que consiste en *«probar causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios»*<sup>53</sup>

En virtud de lo expuesto por la Jurisprudencia, aparentemente es indiferente la justificación del móvil disciplinario. Sin embargo, en función de tal justificación, la doctrina ha entendido que podemos hallarnos ante un despido disciplinario de intensidad mínima (aquel en el que la empresa para acreditar la acción extintiva únicamente se basa en su poder disciplinario), de intensidad media (en el cual la empresa pone de manifiesto hechos sancionables, pero no suficientes para proceder con el despido), o de intensidad máxima<sup>54</sup> (en este último presupuesto, la empresa sí que pone de manifiesto hechos válidos para justificar el despido). Hemos dicho aparentemente, puesto que, en función del grado de justificación, se ha dado mayor o menos valor al indicio o principio de prueba que el demandante toma como base a la hora de pedir la tutela. Para ilustrar dicha afirmación, resulta interesante lo manifestado en este sentido por la STC 41/2006, de 13 de febrero, la cual expone que *«la acreditación plena del incumplimiento contractual habilitante del despido permite entender, en principio y como regla general, satisfecha la carga empresarial de neutralización de los indicios.»*

### **7.4.3 LA DISCRIMINACIÓN EN DECISIONES EMPRESARIALES ACAUSALES**

Como acabamos de ver, la justificación como tal se requiere cuando nos encontramos ante decisiones disciplinarias y objetivas. No obstante, en aquellos actos que puede tomar el empleador sin necesidad de expresar causa alguna, puede ser proyectada igualmente la regla probatoria. Esto es así porque la facultad resolutoria recién citada

---

<sup>52</sup> VALDÉS ALONSO, A. "Despido pluricausal e inversión de la carga de la prueba", Aranzadi Social núm. 1/2013

<sup>53</sup> SSTC 74/1998, de 31 de marzo, 87/1998, de 9 de julio, 144/1999, de 22 de julio, 29/2000, de 31 de enero, 142/2001, de 18 de junio, 84/2002, de 22 de abril, o 17/2005, de 1 de febrero

<sup>54</sup> Óp. Cita supra LOUSADA AROCHENA, F., *«La Tutela de Derechos...»* pág. 70

decae frente al principio anti discriminatorio al que hacen referencia los artículos 4.2 c) y 17 ET, o inclusive, cuando la decisión incurra en abuso de derecho o fraude de ley.

Para ilustrar este apartado que aborda la necesidad justificativa de decisiones empresariales no causales, podemos mencionar la STC 90/1997, de 6 de mayo, que aborda la negativa a readmitir a una trabajadora tras una excedencia, o la STC 74/2008, de 13 de junio, que enjuicia un asunto de no renovación de contratos temporales a una trabajadora tras su baja por maternidad. Premisa igualmente aplicable a empleadores públicos sobre puestos de libre designación, ya que como indica el Alto Tribunal en su STC 125/2008, de 20 de octubre, la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de este de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, es una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador.

Llama la atención el criterio que siguen la Jurisprudencia nacional a la hora de pronunciarse respecto a ceses de contrato durante el periodo de prueba, presuntamente a causa del embarazo de la trabajadora. La decisión de poner fin a la relación laboral durante el citado periodo es no causal, no requiere pues que el empresario indique motivo respecto a la misma. Sin embargo, a la trabajadora en estado de gravidez sobre la que haya recaído tal decisión, no le ampara el mismo derecho que le asistiría frente a un despido, que como enmarca el artículo 55.5 ET, se trata de la declaración objetiva y automática<sup>55</sup> de nulidad del mismo. Ello es así, debido a que la jurisprudencia ha manifestado que nos encontramos ante dos instituciones distintas, y en base a lo cual, gozan de distinta protección<sup>56</sup>.

El último pronunciamiento en este sentido, viene dado por la STC 173/2013, de 10 de octubre, la cual cuenta con un voto particular, firmado por los magistrados Ortega y Xiol, Valdés, y Asúa, los cuales mantienen que debió admitirse el amparo porque la especial protección de las embarazadas viene obligada por el art. 14 CE y no puede pender de circunstancias contractuales, puesto que se daría una menor protección *“a la embarazada en período de prueba, minusvalorando la vigencia de los derechos fundamentales precisamente en los escenarios contractuales de mayor precariedad laboral, tal y como sucede (...) con el período de prueba frente al régimen extintivo ordinario del contrato de trabajo”*.

Vista la tendencia en el Ordenamiento jurídico español, la cual sienta que la protección automática que se brinda a la embarazada no es extensible al período de prueba, hemos de citar la recientísima Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de septiembre de 2017, Asunto C-174/16. Este pronunciamiento introduce un criterio totalmente distinto al sentado por nuestros Tribunales, ya que en el caso que se dirime, a una funcionaria alemana de carrera se le designa para ocupar un puesto superior al que desde su acceso a la carrera había

---

<sup>55</sup> POQUET CATALÁ, R., en «EL DESPIDO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA» pág. 15, ( visto en [www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download](http://www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download) a 03/10/2017)

<sup>56</sup> STS de 18 de abril de 2011, rec. núm. 2893/2010. Igualmente, dicho en la STSJ Madrid, de 2 de noviembre de 2012, rec. núm. 3854/2012.



desempeñado. No obstante, tiene que superar un periodo de prueba previo de 2 años, para demostrar sus aptitudes. Durante este periodo, cursa la baja por maternidad, y una vez que pretende reincorporarse a su trabajo, el empleador (un órgano administrativo alemán), decide que no ha pasado satisfactoriamente dicho periodo, siendo relegada al puesto que previamente le había sido encomendado.

La Corte, en el epígrafe 78, concluye que *«la trabajadora conserva la posibilidad de realizar su periodo de prácticas en uno u otro de dichos puestos, de tal modo que tiene derecho a un periodo de prácticas efectivo de una duración total idéntica a aquella a la que habría tenido derecho si no hubiera tomado un permiso parental. Efectivamente al final de su permiso parental, la interesada debe seguir teniendo derecho a las mismas posibilidades de demostrar su aptitud para ejercer la función ocupada, y, por lo tanto, a la misma posibilidad de ser nombrada con carácter definitivo en dichas funciones al finalizar el periodo de prácticas.»* Puesto que, de lo contrario, se estaría vaciando de contenido el derecho de la trabajadora a tomar un permiso parental, tal y como se recoge en el Acuerdo Marco, artículo 5, apartado I, que se encuentra en el anexo de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010.

Gracias a esta Sentencia, vendría a cambiar el criterio nacional, y ahora habría que mantener que la protección por embarazo se brinda también durante el periodo de prueba.

#### **7.4.4 LA JUSTIFICACIÓN INDIVIDUALIZADA**

Por último, resta por decir que no es válida aquella justificación empresarial que se da de forma vaga y general. Esclarecedora en este punto resulta la STC 29/2002, de 11 de febrero, en la que queda vetada tal actuación, al indicar que *«la genérica explicación de la empresa resulta insuficiente, pues no ha acreditado ad causam que existiese alguna justificación laboral real y de entidad suficiente en su decisión.»* Igual se razona en la STC 188/2004, de 2 de noviembre, *«la existencia de una reestructuración organizativa general no neutraliza por sí misma el panorama indiciario, ya que no excluye que en el caso de autos se utilizase como pretexto para dar cobijo a una actuación lesiva del derecho a la libertad sindical».* Con ello, queda suficientemente contrastado que la justificación genérica se torna como insuficiente.

#### **7.5 LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA APORTACIÓN DE PRUEBA**

Hay supuestos en los que la actividad probatoria, por las vicisitudes del caso en cuestión, se torna inmensamente complicada. A raíz de ello, podemos constatar como el Juzgador ha desempeñado un papel más activo para asegurar la justeza del caso. En aras de ilustrar esta afirmación, es conveniente citar la STC 41/1999, de 22 de marzo, pronunciamiento fundamental para entender la implicación judicial descrita. El recurrente en amparo es la Confederación General del Trabajo (CGT), la cual había iniciado un procedimiento de tutela de derechos fundamentales por discriminación de sexo contra la empresa FASA-RENAULT, ya que ésta habría incumplido los términos de un



compromiso que habían formalizado, en virtud del cual, entre las nuevas contrataciones debía de ser incluido un porcentaje determinado de mujeres. Pues bien, en instancias inferiores, la Central sindical había pedido una suerte de pruebas, admitidas todas ellas. No obstante, varias de las cuales no habían gozado de cumplido efecto, pese a su indudable importancia para esclarecer el panorama indiciario, resultando inacabada la prueba instada por el organismo actor.

Partiendo de este contexto, el Alto Tribunal se pronuncia sobre esta omisión en el FJ VII, en los siguientes términos *«no cabe desconocer que tal principio procesal de aportación de parte coexiste, en el proceso laboral, con ciertas manifestaciones del principio de investigación, que permite al órgano jurisdiccional acordar de oficio precisas o determinadas diligencias en orden a un mejor esclarecimiento de la base fáctica del proceso, máxime cuando este se halla ordenado a la protección de un derecho o libertad fundamental, como es el caso que nos ocupa. Pues bien, en tales casos el principio dispositivo no puede ser aplicado por los Jueces y Tribunales a modo de barrera formal infranqueable que exonere a éstos de cumplir su ineludible función garantizadora de los derechos fundamentales en juego.»*

Y acaba concluyendo en el FJ IX que *«El órgano judicial, en un proceso de tutela antidiscriminatoria caracterizado por sus dificultades probatorias, aquí por otra parte, incrementadas por asumir la posición de parte demandante un sindicato, sin intervención de concretos sujetos individualizados venía obligado a velar por que las pruebas admitidas fueran aportadas al proceso en los términos requeridos, y todo ello con la finalidad, cumpliendo así su función de garante del derecho fundamental en juego, de que el sindicato demandante pudiera acreditar unos indicios suficientes para invertir el onus probandi »*

Esta Sentencia pone de manifiesto la flexibilización que ha de darse en la carga de la prueba, máxime en aquellos casos en los que su carácter es totalmente decisivo. Literalmente, GARCIA-PERROTE<sup>57</sup> recalca *«la obligación del órgano judicial de posibilitar la acreditación de los indicios de la vulneración de los derechos fundamentales: el juez debe asegurar que las pruebas admitidas sean aportadas»*

Esto guarda conexión directa con el antiguo artículo 95.3 LPL (actualmente, mismo numeral de la LRJS) el cual disponía que *«cuando en el proceso que se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, el Juez o Tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes»*. Conforme al fallo que hemos transcrito, el podrá debe ser entendido como deberá, en aquellos casos en los que se dirima una cuestión de ese tipo.

## **8. LA SENTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

---

<sup>57</sup> En *«Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1999, de 22 de marzo»*, Revista de Derecho Social, número 7, 1999, p. 121

## 8.1 CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA

La urgencia propia de este procedimiento también se plasma en la sentencia que se dicte. Así las cosas, habrá de cumplir ciertas exigencias. En primer lugar, ha de dictarse en un plazo de tres días desde la celebración del acto del juicio, siendo notificada de forma inmediata o bien a las partes, o bien a sus representantes, conforme establece el artículo 181.3 LRJS. Vemos que esto confronta con lo dispuesto para el proceso ordinario, ya que en este caso la sentencia ha de dictarse a los cinco días tras la celebración del juicio (artículo 97.1 LRJS) siendo notificada en un plazo general de dos días (artículo 97.1 LRJS). A su vez, no se admite la sentencia de viva voz (artículo 50.1 LRJS) pero sí que cabe que se pronuncie el fallo de forma sucinta, no obstante, la sentencia íntegra habrá de dictarse posteriormente, respetando el plazo y la forma que para ello prevé el artículo 50.2 LRJS. Otra nota relevante de este tipo de sentencias es que son ejecutivas desde que se dictan, sin perjuicio del recurso que contra ellas pueda interponerse (artículo 303.1 LRJS)

En orden de recursos, al no fijar la LRJS reglas especiales, se habrá de estar a las generales. Por tanto, si la sentencia se dicta por un Juzgado de lo Social, se podrá interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que corresponda (artículo 191.1 LRJS). Y, frente a la resolución que emita este último órgano, cabrá casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (artículo 218 LRJS). Por otro lado, de dictarse la sentencia de instancia por razones de competencia, la Audiencia Nacional o la Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia, podrá interponerse recurso ordinario de casación ante el Tribunal Supremo. Recordar que una vez agotados estos recursos, se puede recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Pese a todo lo expuesto, lo más importante de la sentencia que ponga fin a este procedimiento, es su contenido. En caso de que desestime las pretensiones, no revestirá mayor complejidad, únicamente de haberse acordado medidas cautelares, habrán de ser dejadas sin efecto. Caso contrario nos encontramos con las sentencias estimatorias, las cuales desarrollaremos en el apartado que sigue a continuación.

## 8.2 CONTENIDO DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA

Las Sentencias que se dicten al hilo del procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas pueden recoger los pronunciamientos que contempla el artículo 183 LRJS. De forma que *«la sentencia [...] en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas:*

*a) Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas u doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes*

*b) Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada*

*c) ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o, en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados*

*d) dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho u la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183»*

En base a la redacción del artículo, podemos distinguir una serie de tutelas que puede apreciar la Sentencia. El apartado a) contiene una tutela declarativa, la cual puede constatar la existencia de la vulneración denunciada, concretando el derecho o libertad infringidos acorde a su contenido constitucionalmente declarado. El apartado b) se refiere a la tutela anulatoria (la expresión nulidad radical del precepto deriva de una antigua jurisprudencia constitucional que, para diferenciar la nulidad del despido por motivos formales, de la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, denominaba a esta nulidad radical. Algunos autores afirman que esta denominación responde a un «puro efecto pedagógico»<sup>58</sup>) así como a la tutela constructiva, la cual tiene como finalidad interrumpir una conducta o realizar una conducta que ha sido omitida. En lo que respecta al apartado c), nos encontramos ante una tutela interdictal, la cual supone el cese inmediato del comportamiento antisindical, discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales. En cuanto al apartado d), se refiere a la tutela repositiva, la cual permite reponer la situación anterior a la producción del hecho atentatorio de derechos fundamentales, así como a la tutela indemnizatoria, en base a la cual la Sentencia puede establecer la indemnización que correspondiera.

Por todo ello, la parte demandante no se debe limitar a invocar estas tutelas de forma genérica, sino que, en aras de no causar indefensión a la parte contraria, habrá de especificar las condenas que pretende. Incluso podrán pedirse aquellas que no se encuentren amparadas de forma expresa por la norma (por ejemplo, la publicación de la sentencia en el tablón del centro de trabajo) siempre y cuando sean proporcionadas y resulten necesarias para la reparación del derecho.

Para comprender íntegramente el artículo 183 LRJS descrito, es menester aludir la normativa europea sobre tutela antidiscriminatoria que ha dado lugar a este precepto. Así, el artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre igualdad de género, la cual refunde la Directiva 76/207, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (entre otras) expresa que «los Estados miembros introducirán en sus

---

<sup>58</sup> TUDELA CAMBRONERO, G. en «El proceso de tutela de la libertad sindical», I volumen «El procedimiento laboral. Estudios en homenaje a Luis Enrique de la Villa Gil», ed. Lex Nova (Madrid, 2001), pág. 839 y ss.

*ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido, y que dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori», salvo en el caso de que «el único perjuicio sufrido por el demandante sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo.»*

Estas normas devienen de una serie de antecedentes judiciales, entre ellos, resulta de interés citar la STJUE de 10 de abril de 1984, C – 14/83, Caso Colson and Kaman. En esta ocasión, el Tribunal determinó que son los Estados miembros aquellos que, para sancionar una violación del principio de igualdad, gozan de *«libertad de elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para realizar sus objetivos»*, sin estar obligados, en una hipotética discriminación en el acceso al empleo, a imponer al empresario contratar al trabajador. Empero, si un Estado se decanta por la indemnización debe, en todo caso, para asegurar su eficacia y su efecto disuasorio, *«ser adecuada por relación a los perjuicios sufridos y debe, por tanto, ir más allá de una indemnización puramente simbólica como, por ejemplo, el reembolso de los gastos ocasionados por la candidatura.»*

En la misma línea, la STJUE de C-271/91, Caso M. H. Marshall contra Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, concluye afirmando que conculca *«la normativa comunitaria fijar un máximo a priori para cuantificar la indemnización derivada de un despido discriminatorio, así como la existencia de intereses derivados del tiempo transcurrido hasta el pago efectivo de la indemnización.»* No obstante, si que cabe la posibilidad de establecer un tope máximo individual, cuando el empresario pueda probar que no el aspirante habría obtenido la plaza vacante, aunque la selección se hubiera efectuado sin discriminaciones, debido a la superior cualificación del candidato contratado, aunque no un tope máximo aplicable a todas las indemnizaciones de las personas candidatas.

### **8.3 LA SUSTANTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA SENTENCIA A LA LUZ DE LA STEDH CASO LOPEZ-RIBALDA**

Tal y como se ha venido explicando, la vulneración de un derecho fundamental deviene necesariamente en la declaración de nulidad del posible despido practicado. A la luz de la recientísima Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Asuntos 1874/13 y 8567/13, caso López Ribalda y otros c. España, de 9 de enero de 2018, es obligado preguntarnos si la vulneración de derechos fundamentales ha adquirido sustantividad propia. Esto es así, ya que, en dicho pronunciamiento, el Tribunal falla apreciando la vulneración del derecho fundamental a la intimidad de las recurrentes (puesto que habían sido grabadas con cámaras ocultas mientras cometían un ilícito penal, no siendo conocedoras de aquel extremo), obligando por ello al Estado español a indemnizarlas, pero, sin embargo, y esto es lo importante, mantiene los despidos efectuados en su calificación de procedentes. Conforme al panorama normativo actual, la vulneración de la intimidad supone la declaración de nulidad del despido, en primer lugar,

por lesión de derechos fundamentales, ex. artículo 55 ET, y en segundo lugar, porque la prueba en que se basa el despido es nula al lesionar tales derechos, como queda preceptuado en el artículo 90.2 LRJS. Luego los despidos habrían de haber sido declarados como nulos también.

Habrá que ver cómo reaccionan los Juzgados nacionales ante este pronunciamiento, puesto que podrán desligarse de la regulación dada en este sentido a la hora de dictar Sentencia. A estos efectos, debe destacarse el Proyecto de la Ley Orgánica de Protección de Datos que se está tramitando actualmente en las Cortes Generales. En él se establece de manera taxativa que, en el supuesto de que las imágenes captaran la comisión flagrante de un hecho delictivo, la ausencia de la información a los trabajadores no privará de valor probatorio a las imágenes, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de dicha ausencia. Lo que legitimaría relativamente en el Ordenamiento jurídico español el pronunciamiento expuesto por el TEDH, desvirtuando el principio tuitivo *pro operario* que rige en el Derecho Laboral.

#### 8.4 CONCEPTOS INDEMNIZABLES. EL DAÑO MORAL

Son tres los conceptos respecto a los cuales cabe indemnización. En primer lugar, el daño material, que contempla tanto el daño emergente (deriva de la lesión, usualmente justificado con facturas) y el lucro cesante (por ejemplo, las ganancias no obtenidas, en caso de una relegación de ascensos). En segundo lugar, son resarcibles los daños físicos, cuantificables gracias a los baremos de accidentes de tráfico, tal y como sostiene CAVAS MARTINEZ<sup>59</sup>. Por último, objeto de indemnización también son los daños morales, respecto a los que mas complejo resulta su cuantificación. Este tipo de daños no han sido definidos teóricamente por la jurisprudencia, ciñéndose a realizar una delimitación práctica para el caso concreto.

Para definirlo, nos podemos remitir al concepto que acertadamente expone el profesor DIEZ-PICAZO<sup>60</sup>, para quien los daños morales son los infligidos a los derechos de la personalidad o extrapatrimoniales. Distinguiendo dos aspectos: uno interno, referido a la esfera interna del sujeto (dolor, angustia, etc.), y otro externo, que se concreta en la disminución de las posibilidades de relación con el mundo exterior. Señalando que el daño moral sería *“la afectación de la esfera sicofísica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad”*. En esta dirección se pronuncia la jurisprudencia menor, al definir el daño moral como *“el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica [...]. La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico”*<sup>61</sup>.

Se han empleado, de forma genérica, una serie de arbitrios para su cálculo<sup>62</sup>, los cuales se resumen a continuación:

---

<sup>59</sup> En « *El Proceso...* » óp. cit. Supra, pág. 31

<sup>60</sup> DIEZ-PICAZO, L., «*El escándalo del daño moral*», ed. Thomson- Civitas, (Pamplona, 2008), pág. 91.

<sup>61</sup> SAP Barcelona, de 8 de febrero de 2006, FJ III

<sup>62</sup> Óp. Cita supra LOUSADA AROCHENA, F., «*La Tutela de Derechos...*» pág. 65

1 - En función de que concurren otras tutelas, si la lesión es irreparable supondrá una cuantía más elevada, o en sentido contrario, la existencia de otras reparaciones conducirá a menores cuantías

2 - Se ha tenido en cuenta el perjuicio ocasionado por la lesión y el grado de culpa del agente, que se desprenderá del ánimo de daño, así como de la conciencia de ilicitud del acto, o la actuación imprevista e inconsciente.

3 - La reiteración de la lesión, puesto que no se ha valorado igual una actuación espontánea, que aquella que persiste, reiterándose en el tiempo, llegando a alcanzar incluso efectos permanentes, lo cual incrementa la cuantía de la indemnización

4 - Otras circunstancias, como el carácter de organismo público de la empleadora, o el haber obligado a la víctima a acudir reiteradamente a los tribunales, incrementan igualmente la indemnización.

Por último, hemos de añadir que los gastos que deriven del proceso son incluidos como partidas indemnizables en concepto de daños morales, puesto que la obligación de acudir a la justicia es fruto del impedimento del pacífico disfrute de los derechos.

## **8.5 LA LEY SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL COMO BAREMO DEL DAÑO MORAL**

Sin embargo, dejando a un lado estos referenciales, tradicionalmente empleado y reafirmado recientemente por la jurisprudencia y doctrina constitucional, se han utilizado como criterio orientador en la determinación del daño moral, las distintas sanciones pecuniarias previstas en Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS). Su utilidad como elemento de delimitación de la pretensión indemnizatoria, fue avalado por primera vez en la STC 247/2006, de 24 de julio.

En esta Sentencia, el Tribunal establece en virtud del derecho a la libertad sindical que entiende como vulnerado, que « *el demandante de amparo no se limitó a reclamar una indemnización por los daños económicos y morales que le ocasionaba la conducta antisindical de la Consejería demandada, sino que, atendiendo a que no se trataba de una conducta aislada, sino que tenía carácter reincidente, y tomando como referencia el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, cuantificaba la indemnización reclamada en diez millones de pesetas. En tal sentido debe tenerse en cuenta que una conducta empresarial que pudiera estimarse constitutiva de discriminación antisindical constituye una infracción muy grave, de conformidad con el art. 8.12 del citado texto refundido, sancionable con multa que, en su grado máximo, puede rebasar con creces la cuantía reclamada por el demandante (art. 40.1 del texto refundido).*» Con este pronunciamiento, se legitimó el empleo de la LISOS para cuantificar las indemnizaciones por los daños sufridos.

Así mismo, la utilización de la LISOS se ha dado, sin hacer una aplicación directa y sistemática, en la STS 1871/2012, de 15 de febrero, atendiendo al juicio de la



razonabilidad. En su FJ V avala el empleo referencial del citado cuerpo normativo, concretamente disponiendo que *«sin que con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, estemos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, debemos ceñirnos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. En suma, sin que la cifra reclamada de 35.000 € guarde relación alguna con esos mismos criterios que la parte recurrente utiliza, entendemos que la indemnización por la lesión sufrida y adecuada a la tutela pretendida que se ofrece ha de cifrarse en 6000»* También fue calificado como razonable e idóneo este criterio en la STS 3495/2014, de 8 de julio, aprobándolo con las siguientes palabras en su FJ IV *«conviene recordar que la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas ha sido considerado idóneo y razonable por esta Sala Cuarta del TS y también por la jurisprudencia constitucional»*.

Este criterio se mantiene en la Jurisprudencia reciente, pero no se centra únicamente en el objetivo resarcitorio propiamente dicho, sino que apuesta a su vez por la prevención de la lesión. Concretamente, la Sala 4ª ha hecho uso del mismo en este sentido, en su Sentencia 3910/2016, de 12 de julio, cuantificando la indemnización por daños morales en base al baremo que presta su artículo 7.7 *«teniendo en cuenta las normales consecuencias de una vulneración del derecho de libertad sindical de las características del que ha sido objeto de análisis en el presente procedimiento, los cambios de doctrina jurisprudencial que han podido incidir en la interpretación empresarial y dado que el art. 7.7 LISOS, -- lo que nuestra jurisprudencia admite como criterio orientativo a los fines de fijar dichas indemnizaciones por daños morales --, tipifica como falta grave la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos; a su vez, el artículo 42.1.a) contempla como sanción una multa en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros., fijamos en 6.250 € la indemnización en cuantía análoga a la de la sanción pública correspondiente al grado máximo»*

Para terminar este punto, hemos de advertir que a la hora de revisar las cuantías indemnizatorias fijadas por los juzgadores *a quo*, en sede de recurso, el Tribunal es claro al sostener en su ya citada STS 3495/2014 que *"es doctrina de esta Sala que, en principio, la cuantificación de los daños es algo que corresponde al juzgador de instancia y que solamente debe ser revisada si es manifiestamente irrazonable o arbitraria. Así, la STS de 25/1/2010 (Rec. Cas. 40/2009) afirma «conforme a nuestra doctrina ( STS de 16 de marzo de 1998 (Rec. 1884/97 ) y 12 de diciembre de 2005 (Rec. 59/05 ) el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias del caso, fijará el importe de la indemnización a su prudente arbitrio, sin que su decisión pueda ser revisada por el Tribunal que conozca del recurso, salvo que sea desproporcionada o irrazonable « "*

Más flexible en cuanto a la posibilidad de revisión del *quantum* indemnizatorio se muestra la Sala 4ª en su Sentencia 5211/2016, de 2 de noviembre, estableciendo que *«ha de admitirse que si bien la fijación del importe de la indemnización por daños morales es misión del órgano de instancia, ello no obsta para que sea fiscalizable en vía de recurso extraordinario y que quepa su corrección o supresión cuando se presente*

*desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable (recientemente, SSTS 11/06/12 - rcurd 3336/11 -; 05/02/13 -rcud 89/12 -; 08/07/14 -rco 282/13 -; y 02/02/15 -rco 279/13 -). Y en esa labor de fiscalización ha de tenerse en cuenta que como norma el daño moral difícilmente puede llegar a ser verdaderamente «resarcido», sino que simplemente sólo puede «compensarse» en cierta medida, y que esas dificultades se acrecientan cuando tal daño se produce por la reiterada vulneración de un derecho fundamental de tanta trascendencia como el de la libertad sindical en su faceta de derecho a la negociación colectiva, por lo que -aún sin atender a la faceta preventiva que el art. 183.3 LRJS atribuye a la indemnización- puede afirmarse que la cifra fijada por la sentencia recurrida [1.500 €] en manera alguna puede entenderse desproporcionada; y de serlo, sería por ser escasa y en consecuencia no cumplir la función preventiva que la Ley le atribuye»*

En base a todo ello, aunque la posibilidad de revisión sea más aperturista hoy en día, la indemnización fijada por los juzgadores de instancia sigue siendo difícilmente revisable en la práctica, siendo conveniente que sea fijada por el demandante con claridad desde el inicio del iter jurisdiccional.

## **8.6 LA APLICACIÓN DEL DENOMINADO «SOFT LAW» EUROPEO**

Los mecanismos de tutela de derechos humanos y sociales existentes con carácter universal, y específicamente en el nivel de la Unión Europea, están llamados a integrar un sistema de protección “*multinivel*” de los derechos sociales fundamentales<sup>63</sup>

Por ello, goza de interés el uso que ha venido haciendo el Tribunal Supremo para cuantificar el daño moral del conocido como «*soft law*» europeo, entendiendo por tal el derecho académico, en el cual se basan las distintas instituciones europeas para homogeneizar los distintos sistemas normativos. Se trata, por tanto, de instrumentos cuasi-legales que por sí mismos no tienen ningún carácter vinculante a nivel jurídico, por carecer de rango normativo, pero que adquieren relevancia por su utilización por los tribunales<sup>64</sup>.

Entre los instrumentos de «*soft law*», citados jurisprudencialmente, primero por la Sala de lo Civil y más tarde por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se encuentran los «PETL», Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (en inglés «*Principles of European Tort Law*»), presentados por el «European Group on Tort Law», con el objetivo de equiparar las indemnizaciones por daño moral en los países que conjugan la Unión Europea. Podemos citar una suerte de repertorio jurisprudencial que cuantifica el daño moral haciendo uso de este criterio comunitario.

Así, la Sentencia nº 366/2010 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 15 de Junio, hace referencia a los Principios que nos ocupan indicando en su FJ VI que «*Los daños morales, asociados frecuentemente por la jurisprudencia a los padecimientos físicos o psíquicos,*

---

<sup>63</sup> CARMENA PONS, M en «*Modelo social europeo y protección de los derechos sociales fundamentales*», ed. Reus 2015, pág. 85 y ss.

<sup>64</sup> [http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/dano-moral-derechos-fundamentales-jurisprudencia-orden-social-soft-law\\_11\\_1090930001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/dano-moral-derechos-fundamentales-jurisprudencia-orden-social-soft-law_11_1090930001.html) (visto a 25/11/2017)

*son aquellos que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad (así se deduce, por ejemplo, de la definición del daño no patrimonial contenida en los PETL, artículo 10 :301).» En este orden de cosas, señala además que « A este principio responde el criterio que para la indemnización del daño moral se recomienda en los artículos 9 :501 y 9:503 de los PETL, según los cuales, si no existe una cláusula penal que determine otra cosa, el resarcimiento incluye el daño moral, cuya extensión se limita a los daños que fueran previsibles al tiempo de la perfección del contrato y sean resultado del incumplimiento, salvo el caso de que éste sea doloso o debido a culpa grave, en que deberán indemnizarse todos los daños morales »*

Otro pronunciamiento que se apoya en estos Principios para motivar la indemnización por daño moral, lo encontramos en la STS 536/2012, de 10 de septiembre. Muestra de ello nos la concede su FJ IX, en el cual señala que *«Es acorde con la tendencia que se registra en el Derecho comparado a atribuir responsabilidad plena a los causantes simultáneamente de un daño por una pluralidad de actividades (v. gr., PETL, artículo 3:102, según el cual: «En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiera causado el daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima»»*

Otra referencia comunitaria del daño moral viene dada por los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 –conocidos como «PRINCIPIOS UNIDROIT»– que admiten la plena indemnización del daño que deriva del incumplimiento o de la vulneración del derecho fundamental<sup>65</sup>. Al regular la reparación integral señala en su artículo 7 apartado 4.2) que *«Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional»*. La edición comentada<sup>66</sup> dispone expresamente que la reparación de daños no pecuniarios puede abarcar dolor físico y sufrimiento emocional, la pérdida de ciertos placeres, el daño estético, etc., así como el daño ocasionado por ataques al honor o a la reputación. Además, se afirma que la reparación del daño moral puede asumir diferentes formas y recae en los tribunales resolver cuál de ellas, ya sea sola o acompañada de la reparación del daño material, garantiza mejor los efectos de la reparación integral.

## **9. EL CARÁCTER POTESTATIVO U OPCIONAL DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **9.1 REGULACIÓN EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL**

Otrora, la LPL rezaba en su artículo 182, *«no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato*

---

<sup>65</sup> BLASE F., HÖTTLER P., en “Remarks on the Damages Provisions in the Commercial Contracts (UIPCC, 2004)” [ visto en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp74.html>, a 03/12/2017].

<sup>66</sup> Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales –Roma 2001–. 2.ª impresión corregida y editada por el Instituto Internacional para la Unificación del derecho Privado (UNIDROIT)

*de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación y las de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de libertad sindical u otro derecho fundamental, se tramitarán inexcusablemente con arreglo a la modalidad procesal correspondiente. »* Como puede constatarse, el criterio que se recogió legalmente era excluyente, lo que movió a la doctrina a que aplicara la «Tesis de la remisión acumulativa», interpretando la norma en el sentido de permitir la aplicación acumulativa tanto de las especialidades de las modalidades procesales a las que se remitía como de las especialidades de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales<sup>67</sup>. Una de las diferencias más reseñables entre ambas Tesis, fue la que resolvió la LOIEMH, permitiendo que se entrara a valorar la indemnización propia del procedimiento de tutela de derechos fundamentales dentro del resto de modalidades procesales especiales.

El TS avaló previamente dicha regulación en su STS de 17 de mayo de 2006, en la que se cuestionaba si dentro del procedimiento ordinario por extinción contractual voluntaria indemnizada, podía dirimirse además la indemnización por lesión de derecho fundamental. Lógicamente, el Tribunal manifestó que sí que caben ambas indemnizaciones dentro del procedimiento ordinario *«a clara dicción del artículo 182 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y su interpretación sistemática, no permiten establecer que la única indemnización posible, en los casos de extinción contractual con violación derecho fundamental, sea la establecida en el artículo 50-2, en relación con el 56, del Estatuto de los Trabajadores , pues, una cosa es que la tramitación procesal a seguir, con carácter inexcusable, sea la de la extinción contractual y, otra muy distinta, es que se indemnicen, separadamente, los dos intereses jurídicos protegibles, como, así, se infiere de lo establecido en el artículo 180.1 del texto procesal laboral mencionado .*

*La modificación operada en el artículo 181 de este último texto procesal por el artículo 40-Dos de la Ley 62/2003, de 30 de Diciembre , de medidas fiscales, administrativas y del orden social, al incluir, expresamente, en el texto del mismo "la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso" no deja la menor duda de que la voluntad legislativa es la de proteger el derecho fundamental con independencia de la protección que merece el derecho a la extinción del contrato de trabajo cuando concurre causa para ello, sin otro requisito que el de la expresión en la demanda del derecho fundamental conculcado.»*

## **9.2 LA REGULACIÓN VIGENTE**

En la actualidad, el artículo 184 LRJS sigue manteniendo que determinadas tutelas han de encauzarse por las modalidades procesales especiales, con la salvedad de que sea cual sea el proceso por el que finalmente se opte, se harán extensibles las garantías establecidas en la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales (artículos 177 a 183 LRJS) a las modalidades procesales especiales a las que se remite el artículo 184 LRJS. El sistema se configura así, en primer lugar, gracias a lo dispuesto en el artículo recién citado, el cual indica que *«se tramitarán inexcusablemente, con arreglo*

---

<sup>67</sup> LOUSADA AROCHENA Óp. Cit. Sup. *«La Tutela de Derechos Fundamentales.»* pág. 85

*a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos [...] las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva».*

Es conveniente señalar que las modalidades procesales especiales que cita el artículo 184 son aquellas referidas a *«las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores.»*

Por otro lado, se logra esta intercomunicabilidad en virtud del artículo 178.2 LRJS, el cual advierte que *«cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184, se aplicaran en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal.»* Del precepto expuesto, podemos extraer que cuando la tutela se materialice a través de cualquiera de los procedimientos especiales mencionados supra, les serán de aplicación tanto las normas propias sustantivas, así como aquellas que conforman las garantías procesales de los artículos 177 a 183 LRJS.

## 10. CONCLUSIONES

**Primera.** - La protección de los derechos fundamentales y libertades públicas a nivel jurisdiccional en el orden laboral, se ha visto reforzada con el transcurso del devenir legislativo. El inicio de esta protección se da con la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, norma que dotaba de salvaguarda a una serie de derechos fundamentales limitados. El Real Decreto legislativo 342/1979 de 20 de febrero, sobre ampliación del ámbito de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, adicionó tal protección a un derecho laboral por antonomasia, la libertad sindical. Será la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, la que haga extensible este blindaje a todo derecho fundamental y libertad pública. Tanto la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de Libertad Sindical, como posteriormente, la Ley de Procedimiento Laboral, desarrollaron y preceptuaron el proceso de protección, pero tomando como referencia el derecho a la libertad sindical. Con la entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, queda regulado el amparo ordinario de tal manera que se positivizan las particularidades que caracterizan los distintos derechos fundamentales, dando lugar al actual procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

**Segunda.** - Este proceso, ha de cumplir con las exigencias que impone el artículo 53.2 de la Norma Normarum, es decir, ha de ser preferente y sumario. La jurisprudencia ha definido ambas notas, señalando la Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1992 de



28 de mayo, que la preferencia *«implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de asuntos»*, y que, respecto a la sumariedad, *«no cabe acudir a un sentido técnico (pues los procesos de protección jurisdiccional no son sumarios, si no especiales) sino a su significación vulgar equivalente a su rapidez.»*

En base a este precepto, se despliegan una serie de particularidades en el procedimiento especial de tutela, y en otros que diriman derechos fundamentales, evidentes en el plano procesal, destacando los que a continuación se tratan. En cuanto a la necesidad de conciliación previa, que se requiere por regla general, tal requerimiento queda exceptuado en el proceso que nos ocupa, pudiendo ser interpuesta la demanda de forma directa. Igualmente ocurre en aquellos casos en los que la demanda se dirige contra actos de las Administraciones Públicas, no siendo exigido el agotamiento de la vía administrativa previa. Por otro lado, la Ley no se pronuncia respecto al tiempo que puede transcurrir desde que se admite la demanda relativa al procedimiento ordinario, hasta que se señala el juicio. Frente a esta incertidumbre, en el caso del procedimiento especial de tutela, la norma es clara al advertir que tanto conciliación como juicio habrán de ser fijados en los 5 días siguientes a la admisión del escrito que da lugar al procedimiento. A su vez, el acortamiento de plazos también recae en la publicación y notificación de la Sentencia. De forma genérica, se fijan 5 días para ello desde que se celebra el acto del juicio, frente a los 3 días que se establecen para el procedimiento especial de tutela.

**Tercera.** - En cuanto al órgano jurisdiccional que conoce de este procedimiento, la LRJS establece los criterios de la competencia territorial, funcional, y objetiva. Así, conforme a la primera regla, habrá que estar al alcance territorial de la vulneración para saber que órgano es el competente, pudiendo ser el Juzgado de lo Social, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad en cuestión, o incluso la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Por otra parte, la LRJS concede al orden laboral competencia en aquellos procesos de tutela de derechos fundamentales en los que la jurisdicción tradicionalmente ha sido dudosa, véase en aquellos supuestos en los que la vulneración viene dada por parte de terceros vinculados al empresario, o en aquellos casos en los que se dirigen reclamaciones en materia de libertad sindical y de derecho de huelga, frente a actuaciones de las Administraciones públicas, entre otros.

**Cuarta.** - Entrando en el instituto de la legitimación, se encuentran legitimados activamente aquellos que ostenten un interés legítimo o un derecho subjetivo, encontrándose igualmente legitimados los organismos públicos y asociaciones en defensa de la igualdad. En cuanto a la legitimación pasiva, la demanda podrá dirigirse contra el empleador, asociación patronal, Administración Pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada. A esta lista legalmente contemplada, los Tribunales han adicionado a los sindicatos, a la representación unitaria o sindical de los trabajadores, al comité de huelga, o a otros trabajadores de la misma o de distintas empresas. Por último, acabar esta cuarta conclusión advirtiendo que el Ministerio Fiscal ha de ser siempre parte en estos procesos, pudiendo desligar su criterio del de la parte demandante, puesto que ha de ejercitar sus funciones ciñéndose al interés superior de la Ley.

**Quinta.** - A nivel formal, resulta propio de este proceso la necesidad de indicar en la demanda de forma clara, conforme al artículo 179.3 LRJS, los hechos constitutivos



de la vulneración del derecho fundamental o libertad pública, así como la indemnización que por ello se pretende, indicando los criterios empleados para fijar el *quantum*. Este nivel de concreción choca con la demanda ordinaria (carente de derechos fundamentales) en la que, conforme al artículo 80 LRJS, no es necesario emplear fundamentación jurídica alguna, marcándose de nuevo la diferencia entre ambos procesos. Estos requisitos son indispensables para la admisión de la demanda por el Juzgado de turno.

**Sexta.** - En gran número de ocasiones, con la presentación de la demanda, se solicitará mediante un otrosí, la adopción de medidas cautelares (aunque nada obsta a que se pidan posteriormente de ser necesario, tramitándose en pieza separada). Estas medidas, cuya razón de ser radica en el aseguramiento de un pronunciamiento judicial futuro, toman como base dos presupuestos, que responden a los aforismos de *periculum in mora* y *fumus bonus iuris*. En cuanto al primero, asegura el interés de la parte que pueda ser estimado en sentencia, y que, con la tramitación procesal, puede verse perjudicado por tal retraso. Respecto del segundo, ha de darse la apariencia de buen derecho, a saber, que lo que se pida en esta tutela apruebe un juicio provisional indiciario favorable. La LRJS establece un *numerus apertus* de medidas que el Juzgador puede adoptar, ponderando la vulneración acontecida y el derecho fundamental a proteger. De forma taxativa, se establece la posibilidad de suspender el acto en demandas de tutela de libertad sindical, así como otra suerte de medidas cautelares específicas en demandas de tutela del derecho de huelga, o aquellas que se susciten ante acoso o violencia. Hacer mención, por último, a que cabe la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, cuando el Juez lo estime necesario, pudiendo posteriormente el perjudicado no oído interponer recurso de reposición frente al Auto que las acuerde.

**Séptima.** - Habiendo tratado tanto la interposición como la admisión de la demanda, la prueba es esencial para garantizar el buen fin de la petición de tutela. Resulta llamativo el desplazamiento del *onus probandi* en este procedimiento que nos ocupa, correspondiendo a aquel que se acusa de haber cometido la vulneración, demostrar que su conducta o actuación responde únicamente a criterios de lógica y razonabilidad. No obstante, no se sitúa al trabajador como absoluto beneficiario de la actividad probatoria, si no que habrá de aportar indicios suficientes de que la conducta empresarial es vulneradora del derecho alegado. Durante un largo devenir jurisprudencial, convivieron dos técnicas probatorias, por un lado, la técnica de los indicios o presunciones judiciales, reconocida legalmente en el artículo 386 LEC, y, por otro lado, aquella que se desprendió de la STC 21/1992 de 14 de febrero, la cual dotó de validez a la sospecha o apariencia de vulneración de derechos fundamentales, esto es, la técnica del principio de prueba. Esta última se ha consolidado, siendo los indicios más valorados por los Tribunales: proximidad temporal entre el ejercicio del derecho fundamental y la conducta empresarial lesiva del mismo, la comparación del trabajador demandante con otros trabajadores comparables, la falta de racionalidad de la medida, etc.

**Octava.** - De desarrollarse el proceso de forma normal, y habiendo cumplido con todos los trámites procesales, se pondrá fin al mismo con la Sentencia. De recoger las pretensiones de la parte actora, es decir, de ser estimatoria, puede abarcar los pronunciamientos que fija el artículo 183 LRJS. Así las cosas, declarará el derecho fundamental vulnerado, y la nulidad radical de la actuación de la que trae causa, que, en función del caso, será el cese, la interrupción o bien la obligación de realizar una conducta

que ponga fin a la lesión. Igualmente, establecerá el modo de reestablecer el derecho del demandante vulnerado, así como las consecuencias que derivan de tal infracción, con la indemnización pertinente. Esta indemnización es a la que hace mención el artículo 183 LRJS, la cual responde a los daños morales, así como a los daños y perjuicios adicionales. A la hora de su cuantificación, se ha recurrido tradicionalmente a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (criterio más común en la actualidad), sin embargo, y en aras de homogeneizar la forma de calcular indemnizaciones en el espacio comunitario, adquieren peso otras referencias, como son los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL), y los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales (denominados Principios UNIDROIT). En este sentido cabe preguntarse si es adecuada tal estandarización, puesto que la realidad económica, social, política, etc., de los Estados Miembros es dispar, pudiendo resultar más conveniente que cada país mantenga sus propios criterios.

**Novena.** - Se pone fin a este epílogo tratando el carácter potestativo que ostenta el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales. Potestativo, ya que el actor puede elegir si encauzar sus pretensiones conforme al mismo, o según los procedimientos especiales a los que hace mención el artículo 184 LRJS. Sea como fuere, se hacen extensibles las garantías establecidas en la modalidad procesal especial de tutela (artículos 177 a 183 LRJS), al resto de vías procesales. Lo cual implica que les sean de aplicación tanto las normas propias sustantivas, como aquellas que conforman las garantías procesales del procedimiento objeto de este trabajo.

## 11. BIBLIOGRAFIA

**ALBIOL MONTESINOS, I.** «*Jurisdicción competente y procedimiento en materia de tutela de la libertad sindical*», ( RL, 1987-I )

**ALBIOL MONTESINOS, I.**, en «*Tutela de la libertad sindical*», Actualidad Laboral, numero 6, ( 1989 )

**ALBIOL MONTESINOS, I., ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO PELLICER, A., GOERLICH PESET, J.M.**, *Derecho procesal laboral*, 3ª ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2000)

**ALMAGRO NOSETE, J., CORTES DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V.** en *Derecho procesal*, Tomo primero, Volumen II, Ed. Tirant lo Blanch, ( 1986 )

**ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C. Y ALONSO GARCÍA, R. M.<sup>a</sup>.**, en «*Derecho procesal del trabajo*», 11º ed., Civitas (Madrid, 2001)

**AOSA IRIGOYEN, E.** «*La incompetencia del orden social en las reclamaciones sobre libertad sindical de funcionarios o personal estatuario*», 1998, AS

**BLASCO PELLICER, A.**, «*Las medidas cautelares en el proceso laboral*» Ed. Civitas, (Madrid, 1996)

**CABEZA PEREIRO, J.**, *Ejercicio de derecho de conciliación, discriminación y jurisprudencia constitucional. Una crítica a la STC 233/2007, de 5 de noviembre*, en Revista de Derecho Social, número 40 (2007)

**CARMENA PONS, M** «*Modelo social europeo y protección de los derechos sociales fundamentales*», ed. Reus 2015

**CAVAS MARTÍNEZ, F.**, *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*. Aranzadi (Pamplona, 2004)

**DIEZ-PICAZO, L.**, «*El escándalo del daño moral*», ed. Thomson- Civitas, (Pamplona, 2008),

**FERNÁNDEZ LOPEZ, M.<sup>a</sup>., CRUZ VILLALÓN, L.** «*Los sindicatos en la función pública: régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo*», en el volumen «Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública», IAAP (Sevilla, 1989)

**FERNÁNDEZ LOPEZ, M.<sup>a</sup>. FERNANDA** «*La Tutela Laboral frente a la Discriminación por Razón de Género*», TEMAS LA LEY, ed. WOLTERS KLUWERS

**FOLGUERA CRESPO J. A., SEGOVIANO ASTABURUAGA M.A, AGUSTÍ JULIÁ J., ALARCÓN CARACUEL M.R.**, en «*Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*», ed. LEXNOVA, (edición e-book 2011)

**FOLGUERA CRESPO J. A.**, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, ed. Marcial Pons, (Madrid, 2012)

**GÁRATE CASTRO J.** en «*La Tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los Tribunales laborales*» (Un estudio de la modalidad procesal regulada por los artículos 175 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral), Revista Jurídica Galega (Pontevedra, 1999)

**GIL PLANA J.L., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.** «*La presunción jurídica en el Derecho del Trabajo*», Thomson Civitas, 2008,

**LOUSADA AROCHENA, J. F.** *La tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*. Ed. Bomarzo (Albacete, 2012)

**LOUSADA AROCHENA, J.F.**, en «*Las exigencias de transposición de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002*», Aranzadi Social, número 5, ( 2003 )

**MANEIRO VAZQUEZ, Y.** *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*. Netbiblo (La Coruña, 2007)

**MARÍN MARÍN, J.** *Legitimación y litisconsorcio*, en el volumen «*Incidencia de la Ley de enjuiciamiento civil en el procedimiento laboral*», Aranzadi (Pamplona, 2000)

**MARTÍNEZ EMPERADOR, R.**, *La Tutela de la libertad sindical, en Estudios sobre la nueva ley de procedimiento laboral*, CGPJ (Madrid, 1991)

**MURCIA CLAVERÍA, A.** «*La intervención voluntaria en el proceso laboral*» Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 63 **ORTIZ LALLANA, C.**, «*La intervención del sindicato en el proceso de trabajo*» CES, (Madrid, 1994)

**PEREZ DEL RIO T., FERNANDEZ LOPEZ M.F., DEL REY GUANTER, S.**, en «*Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*», Instituto de la Mujer (1993) Madrid.

**PÉREZ YAÑEZ, R.**, «*Sobre la distribución de la carga de la prueba en procesos sobre vulneración de derechos fundamentales*», TL, (1999)

**RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., FERNÁNDEZ LOPERZ, M.F.**, en «*Igualdad y discriminación*», p. 300, ed. TECNOS (1986, Madrid)

**TERRADILLOS ORMAETXEA, E.**, en «*Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*». Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2004), pág. 34 y siguientes.

**TUDELA CAMBRONERO, G.** en «*El proceso de tutela de la libertad sindical*», 1 volumen «*El procedimiento laboral. Estudios en homenaje a Luis Enrique de la Villa Gil*», ed. Lex Nova ( Madrid, 2001),

**VALDES DAL-RE, F.** *El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, en *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral CGPJ*, (Madrid, 1991)

## **12. JURISPRUDENCIA**

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

STC 38/1981 de 23 de noviembre

STC 55/1983, de 22 de junio

STC 293/1983 de 18 de octubre

STC 47/1985 de 27 de marzo

STC 104/1987, de 17 de junio

STC 6/1988, de 21 de enero

STC 51/1988, de 22 de marzo.

STC 114/1989, de 22 de junio

STC 135/1990, de 19 de julio

STC 12/1992, de 14 de febrero

STC 89/1992 de 28 de mayo

STC 7/1993, de 18 de enero

STC 218/1994, de 18 de julio

STC 85/1995, de 6 de junio

STC 136/1996, de 23 de julio

STC 197/1996, de 16 de diciembre

STC 90/1997, de 6 de mayo

STC 11/1998, de 13 de enero

STC 74/1998, de 31 de marzo

STC 41/1999, de 22 de marzo

STC 98/2000, de 10 de abril

STC 29/2000 de 31 de enero

STC 29/2002, de 11 de febrero

STC 41/2002, de 25 de febrero

STC 84/2002, de 22 de abril

STC 17/2003, de 30 de enero

STC 49/2003, de 17 de marzo

STC 87/2004 de 10 de mayo

STC 188/2004, de 2 de noviembre

STC 17/2005 de 1 de febrero

STC 182/2005 de 4 de abril

STC 175/2005, de 4 de julio

STC 41/2006, de 13 de febrero

STC 247/2006, de 24 de julio

STC 17/2007, de 12 de febrero

STC 233/2007, de 5 de noviembre

STC 250/2007, de 17 de diciembre,

STC 74/2008, de 13 de junio

STC 92/2008, de 21 de julio



STC 125/2008, de 20 de octubre

STC 173/2013, de 10 de octubre

### **Tribunal de Justic**

STJUE C -14/83, Caso Colson and Kaman, de 10 de abril de 1984,

STJUE C-271/91, Caso M. H. Marshall contra Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, de 5 de diciembre de 1991

STJUE C-174/16 , Caso H. contra Land Berlin, de 7 de septiembre de 2017

### **TRIBUNAL SUPREMO**

STS 112/1991, Sala 4º de lo Social,e de 3 de junio de 1991

STS 63/1996, Sala 4º de lo Social, de 22 julio de 1996

STS 90/1997, Sala 4º de lo Social, de 6 de mayo de 1997

STS 229/1998, Sala 1º de lo Civil, de 16 de marzo de 1998

STS 319/1999, Sala 4º de lo Social, de 25 de enero de 1999

STS 140/1999, Sala 4º de lo Social, de 22 de julio de 1999

STS 671/2000, Sala 4º de lo Social, de 2 de febrero de 2000

STS 1122/2000, Sala 4º de lo Social, de 11 diciembre de 2000

STS 1807/2001, Sala 4º de lo Social, de 6 de octubre de 2001

STS 79/2004, Sala 4º de lo Social, de 18 de mayo de 2004

STS 68/2004, Sala 4º de lo Social, de 25 de abril de 2006

STS 120/2006, Sala 1º de lo Civil, de 17 de mayo de 2006

STS 103/2005, Sala 4º de lo Social, de 15 de septiembre de 2006

STS 60/2008, Sala 1º de lo Civil, de 30 de enero de 2008

STS 623/2009, Sala 4º de lo Social, de 8 de octubre de 2009

STS 57/2010, Sala 3º de lo Contencioso Administrativo, de 20 de enero 2010

STS 4233/2011, Sala 4º de lo Social, de 18 de abril de 2011

STS 863/2011, Sala 4º de lo Social, de 21 de noviembre de 2011

STS 1871/2012, Sala 4º de lo Social, de 15 de febrero de 2012

STS 536/2012, Sala 1º de lo Civil, de 10 de septiembre de 2012

STS 3495/2014, Sala 4º de lo Social, de 8 de julio de 2014

STS 711/2013, Sala 4º de lo Social, 14 de octubre de 2014

STS 119/2015, Sala 4º de lo Social, de 9 de marzo de 2015

STS 3910/2016, Sala 4º de lo Social, de 12 de julio de 2016

STS 5211/2016, Sala 4º de lo Social, de 2 de noviembre de 2016

### **AUDIENCIA NACIONAL**

SAN 5 de mayo de 1993 ( AS 5598),

### **Tribunal Superior de Justicia**

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección1ª), núm. 1956/2007 de 10 enero,