

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS
HUMANOS POR LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE
COMPOSTELA**

**LA INDEMNIZACIÓN EN EL PROCESO DE
TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y
LIBERTADES PÚBLICAS EN EL ORDEN SOCIAL**

**CURSO ACADÉMICO: 2012/2013
CONVOCATORIA DE SEPTIEMBRE**

AUTORA: CRISTINA FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**GRADO EN RELACIONES LABORALES Y RECURSOS
HUMANOS POR LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE
COMPOSTELA**

**LA INDEMNIZACIÓN EN EL PROCESO DE
TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y
LIBERTADES PÚBLICAS EN EL ORDEN SOCIAL**

CURSO ACADÉMICO: 2012/2013

CONVOCATORIA DE SEPTIEMBRE

Autor:

***VºBº
Directora:***

Cristina Fernández Rodríguez

Yolanda Maneiro Vázquez

ÍNDICE

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	2
I.- Indemnización por vulneración de derechos fundamentales.....	4
1.- Fundamentos constitucionales	4
2.-Fundamentos legales	5
II.-Planteamiento metodológico.....	7
1.- Objeto de la investigación:	7
2.- Metodología.....	8
CAPITULO I.- REQUERIMIENTOS PARA LA VIABILIDAD DEL PRONUNCIAMIENTO INDEMNIZATORIO	9
I.- La automaticidad del daño	9
II.- Requisitos para la condena indemnizatoria	11
CAPITULO II.- LOS DAÑOS INDEMNIZABLES	15
I.- Clases de daños indemnizables	15
II.- Prueba de los daños.	18
III.- Valoración y cuantificación de los daños morales	24
CAPITULO III.- OTROS ASPECTOS DE LA INDEMNIZACIÓN	29
I.- Naturaleza reparadora / disuasoria de la indemnización	29
II.-Indemnización ex lege art. 50 ET.....	31
III.- Indemnización en concepto de honorarios por la defensa jurídica.....	34
CAPITULO IV.- ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES.....	36
I.- Responsabilidad empresarial respecto a la vulneración de derechos fundamentales	36
II.- Requisitos de la demanda.	39
III.- Medidas cautelares	40
IV.- Carga de la prueba	42
V.- La sentencia	43

CONCLUSIONES	45
BIBLIOGRAFÍA.....	52
TABLA DE SENTENCIAS CITADAS	54

ABREVIATURAS

Ap.	Apartado
art./s	artículo/s.
AT	Accidente de Trabajo
CE	Constitución Española.
Disp. Adic.	Disposición adicional
Ed.	Editorial
ET	Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
Etc.	et cetera, y los demás
Exp. Motivos	Exposición de motivos
Ibíd	En el mismo lugar la misma referencia
IT	Incapacidad Temporal
LAJG	Ley de Asistencia Jurídica Gratuita
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.
LO	Ley Orgánica.
LISOS	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.
LPL	Real Decreto-Legislativo 2/1995, de 7 de abril,

	por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social
LRCSCVM	ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de circulación de Vehiculos a Motor
Op.cit.	obra citada
Op. Ult.cit	última obra citada
Pág./s	página/s
PETL	Principles of European Tort Law
Rec	recurso
Roj.	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UNIDROIT	International Institute for The Unification of Private Law

RESUMEN

El presente trabajo realiza un estudio jurisprudencial sobre la importante y problemática cuestión de la pertinencia de la indemnización en los procesos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en el orden social, concretamente, si la condena indemnizatoria es integrante necesario de la estimación de dicha tutela operando la automaticidad del daño, o si por el contrario, la doctrina ha establecido la necesidad de unos requisitos para el pronunciamiento de la condena indemnizatoria, así como, la clase de daños que son susceptibles de ser indemnizados, la distinción entre los daños materiales y morales, la dificultad para su valoración y cuantificación, sin dejar a un lado la compatibilidad de la indemnización prevista para los supuestos del art. 50 ET y la indemnización por daños.

En otro orden de cosas, con la promulgación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, se introducen numerosas novedades, como la ampliación que, se ha efectuado en el ámbito competencial, el reforzamiento de las medidas tendentes a evitar el proceso o las modificaciones que se han introducido en el proceso ordinario o, incluso, en materia de recursos, por decir sólo unas pocas; no obstante, ello excedería, con mucho, el propósito de este estudio, que no es otro que el análisis de las reformas operadas respecto a la cuestión de la indemnización en el proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, realizando una reflexión sobre aspectos clave de su configuración procesal tales como la competencia, la legitimación pasiva, la tutela cautelar o la carga de la prueba.

INTRODUCCIÓN

La regulación de una modalidad procesal referida a la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en la normativa reguladora del proceso social, responde al mandato constitucional de configurar un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariidad para la protección y garantía de las libertades y derechos enunciados en el art. 53.2 CE ¹ que establece: “*cualquier ciudadano podrá reclamar la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo II, ante los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento especial preferente y sumario...*”.

Así mismo, el artículo 28.1 de la Carta Magna consagra como derecho fundamental el de libertad sindical “*todos tienen derecho a sindicarse libremente*” pasando a continuación a fijar su contenido: “*la libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones internacionales o afiliarse a las mismas*”. Por su parte, el apartado segundo del mismo artículo reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores “*para la defensa de sus intereses*”.

Casi al mismo tiempo que la promulgación del texto Constitucional, se aprueba la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que estableció específicas vías de garantía para los órdenes penal, contencioso-administrativo y civil, pero omitió cualquier referencia al orden social.

Así las cosas, el cumplimiento legal del mandato constitucional en lo que refiere a la jurisdicción social se regularía en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, cuyo Libro II, Título II, capítulo XI, “De la Tutela de Derechos de Libertad Sindical”, regula

¹ CAVAS MARTINEZ,C. *El proceso laboral de Tutela de la Libertad Sindical y demás Derechos Fundamentales*. Navarra. Ed. Aranzadi SA. 2004. pág.23. ISBN 84-9767-439-1

como modalidad procesal, la libertad sindical, aunque extendiendo su ámbito de aplicación tal y como expresa su artículo 181, a *“las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social”*.

Posteriormente, la Ley 13/2009 de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, modificó la rúbrica del citado capítulo de la LPL por lo que esta modalidad pasó a denominarse “De la tutela de los derechos fundamentales”. Sin embargo, en la actual Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, se denomina la modalidad que nos ocupa “De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas” (arts. 177 a 184), haciendo una corrección en lo que respecta al objeto del proceso. Y es que esta específica modalidad procesal deja de estar definida principalmente por la lesión a la libertad sindical para pasar a articularse en torno a la vulneración de cualquier derecho fundamental o libertad pública. Ciertamente, la combinación de los ya derogados arts. 175 y 181 LPL hacía llegar a la misma conclusión: a través de esta específica modalidad procesal se daba cobijo a toda lesión de derechos o libertades públicas, ya fuesen éstos de contenido específicamente laboral o de contenido neutro. A pesar de ello, no obstante, las reglas del proceso seguían, ex lege, estando construidas sobre la base de la vulneración a la libertad sindical. Ahora, sin embargo, la perspectiva cambia, pues, ya desde el principio y sin dejar margen para la duda, todas las previsiones que a esta vía procesal se refieren tienen en cuenta que la lesión puede producirse a cualquier derecho, ofreciéndose así una visión más global, coherente y correcta de la misma y, desde luego, cercana a lo que desde hacía ya tiempo se estaba postulando en la doctrina judicial²

Por tanto, se trata de una unificación plausible en cuanto contribuye a clarificar el objeto de este proceso laboral quedando referido expresamente al derecho de libertad sindical, derecho de huelga, otros derechos fundamentales y libertades

² En este sentido BLASCO JOVER, C. *Las novedades introducidas en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales tras la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*. Ed. LA LEY. Actualidad Laboral, Nº 15, Sección Estudios, Septiembre 2012, tomo 2,

públicas entre las que pueden señalarse la libertad ideológica, religiosa y de culto, de libre desarrollo de la personalidad, de enseñanza, etc ...e incluye expresamente la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, siempre que la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas³.

I.- Indemnización por vulneración de derechos fundamentales

1.- Fundamentos constitucionales

Centrándonos ya en el aspecto de la indemnización, tema que nos ocupa, tal y como se desarrolla en el apartado anterior, la tutela de los derechos fundamentales es un mandato constitucional desarrollado en la LPL y posterior LRJS, en la que se ordena la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera. Así pues, el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la relevancia que alcanza la indemnización por daños y perjuicios aparejados a una lesión de derechos fundamentales en estos procesos, estableciendo que la indemnización por los daños es una exigencia derivada del imperativo constitucional de protección real y efectiva por lo tanto, la reclamación de indemnización de la lesión de las derechos fundamentales y libertades públicas no puede convertirse en un acto secundario y escasamente relevante de la reclamación de tutela⁴

“...la Constitución protege los derechos fundamentales, no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos(STC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 4). Así, los arts. 9.1, 1.1 y 53.2 CE impiden que la protección jurisdiccional

³ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A.M. *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el proceso laboral, a propósito de la reforma de la Jurisdicción Social. Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, Universidad de A Coruña, 2012, p. 373-386. ISBN 978-84-9749-501-1.

⁴ <http://www.ugt.es/actualidad/2011/octubre/VULNERACIONLIBERTADSINDICAL.pdf>. Recuperado el 7 de mayo de 2013.

de los derechos y libertades se convierta en "un acto meramente ritual o simbólico" (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6).⁵

Es por tanto la indemnización, un elemento esencial para la reparación de los daños derivados de una vulneración de derechos fundamentales, de tal forma, que su denegación infundada, vulnera no sólo el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también el derecho fundamental sustantivo por cuya violación se hubiera solicitado aquella indemnización⁶.

"La lesión del derecho a la tutela judicial efectiva ocasionada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al revocar sin motivación razonable la indemnización reconocida al demandante en las instancias inferiores, ocasiona en el presente caso la vulneración, al mismo tiempo, del propio derecho fundamental sustantivo en cuya reparación se reconoció, esto es, del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), toda vez que "la falta o insuficiencia de motivación de una resolución judicial relativa a un derecho fundamental sustantivo se convierte en lesión de ese derecho".⁷

2.-Fundamentos legales

El derecho que tiene el afectado por un daño evaluable económicamente a solicitar del órgano jurisdiccional la oportuna indemnización, se recoge en el proceso laboral, con carácter general, en el art. 75 apartado 3 LRJS⁸ y, con carácter particular,

⁵ STC 247/2006, de 24 de julio, FJ 8

⁶ ÁLVAREZ ALONSO, D. *Indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral (I): fundamento, naturaleza, sujetos responsables y requisitos*. Actualidad Laboral, 2009. Editorial LA LEY, ISSN 0213-7097, pág.3

⁷ STC 247/2006, de 24 de julio, FJ 8

⁸ "Si se produjera un daño evaluable económicamente, el perjudicado podrá reclamar la oportuna indemnización ante el juzgado o tribunal que estuviere conociendo o hubiere conocido el asunto principal"

en el proceso de tutela, en los art. 183 LRJS y 15 LOLS⁹. La naturaleza de una y de otra indemnización es muy distinta, pues la prevista en el art. 75.3 LRJS conforma una pretensión accesoria a la principal, de ahí que pueda ser conocida por el mismo órgano jurisdiccional que hubiese conocido de ésta. Por el contrario, la segunda indemnización se inserta en la propia pretensión de tutela, sin constituir una pretensión independiente que infringiría la prohibición de acumulación de acciones prevista en este proceso.¹⁰

La redacción del artículo 180 de la derogada LPL¹¹ y el art. 15 de la LOLS, ha dado lugar a diferentes interpretaciones respecto de la indemnización unida a una lesión de derechos, y la interpretación que se ha dado por parte del TS ha ido evolucionando como se verá en los siguientes apartados.

De especial alcance es la regulación, que la nueva norma rituaría realiza sobre el objeto de la indemnización, y es que, a partir de este momento y por expreso imperativo legal, la indemnización se determinará tanto en función de los daños y perjuicios materiales sufridos como en función de los daños morales “*unidos a la vulneración del derecho fundamental*”, cuestión que se desarrollará en el Capítulo II.

Dos son, pues, los tipos de perjuicios que se tendrán en cuenta para calcular la indemnización, los estrictamente económicos y los que se producen en la esfera más

⁹ “si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical, así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal, a los efectos de depuración de eventuales conductas delictivas”

¹⁰ MANEIRO VAZQUEZ, Y. *La Tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas por los Tribunales Laborales*. A Coruña. Editorial Netbiblo. 2007. Pag 174

¹¹ “si la sentencia reconoce la vulneración denunciada y previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera”.

íntima de la persona. Las diferencias, no obstante, entre ellos, a tenor de las previsiones normativas, son evidentes¹².

En otro orden de ideas, la indemnización se declara compatible, por lo demás, con las propias de la normativa laboral, derivadas, por ejemplo, de una modificación sustancial de condiciones o de la extinción del contrato de trabajo (art. 183.3 LRJS), aunque no con “la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal”. En estos concretos supuestos, la petición indemnizatoria sólo podrá canalizarse ante el orden social si se hubiera “desistido de la primera o quedara sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido en plazo de prescripción de la acción en vía social” (art. 183.4 LRJS).

II.-Planteamiento metodológico.

1.- Objeto de la investigación:

La cuestión de la indemnización relativa a este procedimiento especial fue escuetamente tratada en la LPL, revelando un problema en cuanto a la relación que pueda existir entre la lesión al derecho fundamental y la indemnización que pudiera corresponder a quien la padezca, lo que dio lugar a una amplia jurisprudencia, que, pese a que existe doctrina unificada sobre el particular, no puede decirse que haya dado solución clara al interrogante sobre si debe ser compensado automáticamente el trabajador que acredita una lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas¹³.

La pretensión dogmática de este trabajo se centra en, a partir de una investigación minuciosa de la referida doctrina judicial, conocer los supuestos en que concurre la

¹² BLASCO JOVER, C. Op.cit.

¹³ CARDENAL CARRO, M. *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical: un estudio jurisprudencial del razonamiento acerca de su pertinencia*, Navarra Editorial Aranzadi, SA, 2006. Pág 24. ISBN: 84-9767-560-6.

decisión sobre la pertinencia del pronunciamiento indemnizatorio en los procesos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito social, las causas que sustentan dicha apreciación, las clases de daños indemnizables, así como los criterios para su valoración y cuantificación.

Además, el examen de dichos fundamentos jurídicos nos permitirá conocer cuál ha sido la acogida de la nueva regulación procesal de dicha doctrina, y si como viene siendo común, se ha adelantado al legislador a la hora de dar soluciones.

2.- Metodología

La evolución y términos exactos de la doctrina unificada, relativa al resarcimiento económico derivado de la lesión de un derecho fundamental, será el punto de partida sobre el que se realizará el análisis de la cuestión. A tal efecto, la metodología más oportuna es la cronológica.

Una vez, depurada dicha doctrina, se torna necesario ahondar en el acogimiento de los restantes órganos de la Jurisdicción Social, comprobando cual es la conformidad mostrada con su contenido y las vías utilizadas para llevarla a la práctica.

Finalmente, al formular los criterios utilizados se habrá logrado ya el objetivo de exponer lo que acontece a este respecto en la vida real de nuestros órganos jurisdiccionales, a lo que seguirá una breve conclusión final que tratará de ofrecer una visión de conjunto, en la búsqueda de los puntos de conexión existentes entre los diversos pronunciamientos tanto de la doctrina unificada como de las posturas que asumen ante ella los Tribunales Superiores de Justicia.

CAPITULO I.- REQUERIMIENTOS PARA LA VIABILIDAD DEL PRONUNCIAMIENTO INDEMNIZATORIO

I.- La automaticidad del daño

Tal y como adelantamos en la introducción, tanto las previsiones procedimentales que incluyó la LOLS en su artículo 15 como los preceptos recogidos en la LRJS (anteriormente en la LPL) en la modalidad específica para la tutela de los derechos fundamentales, recogen explícitamente que la reparación del daño por la vulneración de derechos fundamentales pudiera incluir una indemnización, como sucedía, por otra parte, en las disposiciones reguladoras de la tutela jurisdiccional en ámbitos distintos al Social.

Así pues, la decisión acerca de si la condena económica es integrante necesario de la estimación de la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas ha generado una tortuosa jurisprudencia, que ha ido evolucionando, dando lugar a la actual doctrina unificada que posteriormente fue recogida en la reciente LRJS¹⁴.

A modo de resumen, la inicial doctrina unificada a este respecto, establecida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de junio de 1993, estipulaba que no era necesario probar que se hubiera producido un perjuicio para que naciera el derecho al resarcimiento sino que, por el contrario, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presumía la existencia del daño (el daño existe en la lesión) y debía decretarse la indemnización correspondiente¹⁵.

¹⁴ <http://www.ugt.es/actualidad/2011/octubre/LATEORIADELDAÑO.pdf> recuperado el 3 de junio de 2013.

¹⁵ STS 3846/1993 rec. 3856/92

Dicha tesis de “automaticidad de la indemnización” fue ampliamente superada¹⁶, siendo la doctrina actual del TS, que la prueba de la violación del derecho no determina automáticamente la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios¹⁷, es decir, que no basta con que quede acreditada la vulneración del derecho fundamental en cuestión, para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización. Como dispone la STS de 22 de julio de 1996 que inicia esta doctrina:

“Lo que se dispone establecido en el art. 15 de la Ley Orgánica de la Libertad Sindical al decir que el órgano judicial, si entendiéndose probada la violación del derecho de libertad sindical, decretará la reparación consiguiente de las consecuencias ilícitas del comportamiento antisindical, y en el art. 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral al precisar que la sentencia que declare al 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...”¹⁸

Lo que dispone por tanto la doctrina actual es que para que el juzgador pueda determinar una condena indemnizatoria es necesario que el demandante acredite la verdadera existencia de daños y perjuicios, ya que por otra parte, si el daño se presume, y no está identificado, no se sabe cuál es, en que consiste, con lo que mal se podrá cuantificar¹⁹.

¹⁶ como así lo acreditan reiteradas Sentencias del TS [STS 6381/1996 rec 7880/95; 2242/2000 rec. 2346/99; STS 1478/2003, rec.3650/01; 1334/2009 rec. 1046/08; 4429/2009 rec.34112/08; 1811/2010 rec. 4285/08; 3111/2011 rec.2190/2010 y 2012/5916 rec 3336/2011.

¹⁷ STS 5916/2012 rec. 3336/2011 FJ3.

¹⁸ STS 6381/1996 rec.7880/95

¹⁹ STSJ de Andalucía 4021/2008 rec.3098/2008

II.- Requisitos para la condena indemnizatoria

Como hemos visto, el Alto Tribunal, excluye la automaticidad de la indemnización por la mera acreditación de una lesión al derecho fundamental, estableciendo como requisitos que se acredite la verdadera existencia del daño y además se aleguen elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo²⁰.

Es la citada Sentencia de STS de 22 de julio de 1996, la que marca y de la cual se extraen los requisitos necesarios para que haya condena indemnizatoria:

“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;”

Por tanto, se requiere en primer lugar, que se aleguen por parte del demandante *“las bases y elementos clave de la indemnización que reclama*. Dicho requerimiento tiene como finalidad determinar si la indemnización corresponde ser aplicada al supuesto concreto, es decir, el demandante que alega un daño debe describir los hechos que lo causaron, para que el órgano judicial pueda considerar de manera individualizada en cada supuesto concreto si la agresión al derecho fundamental es constitutiva de la correspondiente indemnización.²¹.

En definitiva, en este primer requisito, el Supremo exige para cada caso analizar si en la pretensión de la demandante, se contienen elementos, factores, descripciones o valoraciones que permitan identificar el daño o perjuicio producido, es decir, una alegación de los hechos que establezca una relación causal entre la agresión del derecho fundamental y los daños padecidos, ya que entiende, que la simple

²⁰ STS 6325/2008 rec, 2463/2007

²¹ CARDENAL CARRO, M. *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical: un estudio jurisprudencial del razonamiento acerca de su pertinencia*. op.cit. pág 55.

consideración de la lesión de los derechos fundamentales no produce necesariamente un daño y en consecuencia no merezca tal tutela resarcitoria. Por tanto, la lesión del derecho fundamental es un requisito necesario, pero no suficiente para decretar la reparación indemnizatoria.

Junto a este primer requisito, el segundo de los exigidos por la STS 22 de julio de 1996 es el siguiente:

“...y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”.

La exigencia de la aportación al proceso de los *“indicios o puntos de apoyo”* por parte del demandante, no es otra cosa que la necesidad de aportar al proceso las pruebas que sostengan la existencia de los daños ocasionados al demandante, el nexo causal con la lesión del derecho fundamental y los elementos necesarios para realizar el cálculo. Sin embargo, el TS no realiza ninguna explicación o aclaración sobre en qué consisten esos indicios o puntos de apoyo, aunque cabría pensar que la utilización de estos términos tiene la intención de mitigar la exigencia probatoria. Por tanto, deja en manos del Juez de lo Social la apreciación de la intensidad probatoria necesaria para la condena indemnizatoria en cada caso, que debe considerar si en la pretensión del demandante, se contienen suficientes elementos, factores, descripciones o valoraciones que permitan identificar el daño o perjuicio producido.²²

Un punto importante en la consolidación de esta doctrina fue su calificación como *“irreprochable”* desde una perspectiva constitucional, por el Tribunal Constitucional, que en Sentencia de 2006 y a pesar de anular la sentencia del TS de 21 de julio de 2003, decide dejar a salvo la razonabilidad de la exigencia

²² CARDENAL CARRO, M Ibid. pág 59.

jurisprudencial de que se aleguen adecuadamente los factores o elementos básicos determinantes de la pretensión indemnizatoria²³.

“Debe advertirse que, desde la perspectiva constitucional, resulta irreprochable el criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al que se refiere la Sentencia recurrida en amparo, en cuanto a que la antigua doctrina de dicha Sala sentada en la Sentencia de 9 de junio de 1993 –que aplica en el presente caso la Sentencia recaída en suplicación-, según la cual 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, fue modificada por la posterior doctrina de la Sala, a cuyo tenor, como ya quedó señalado, no basta con apreciar la vulneración de la libertad sindical del demandante para que el órgano judicial pueda condenar al autor de la vulneración del derecho fundamental al pago de una indemnización, sino que además es necesario para ello que el demandante alegue adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, y asimismo que queden acreditados en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria”²⁴

En definitiva, el TC viene a especificar en qué consisten dichos requisitos, lo que hasta el momento no había hecho el TS, que se pueden condensar en los siguientes: que el demandante detalle en su demanda la conducta antisindical de la que venía siendo víctima; que, además de alegados, los hechos antisindicales sean probados indiciariamente por el demandante; que en su caso concrete los daños económicos que ello le ha supuesto, que, además alegue y explicita la existencia de los concretos daños morales que ha sufrido...²⁵

A modo de resumen, las exigencias del TS para que la pretensión de indemnización sea viable, son las siguientes:

²³ STS 3111/2011 rec. 2190/2010

²⁴ STC 247/2006, de 24 de julio, FJ 7

²⁵ TSJ de Andalucía 14805/2008 rec. 3098/2008

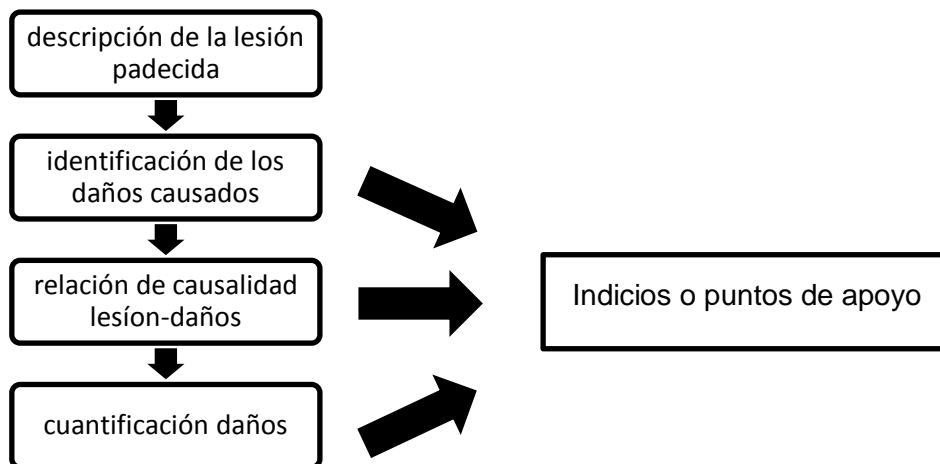


Figura 1. Requisitos para la condena indemnizatoria.

Fuente propia.

- 1) Que se realice una descripción de la agresión al derecho fundamental.
- 2) Que se identifiquen los daños producidos ya sean estos patrimoniales, morales o ambos.
- 3) Que se demuestre la conexión causal lesión-daños, teniendo en cuenta la consideración individualizada de la agresión al derecho fundamental acaecida en cada supuesto concreto.
- 4) Los elementos aportados deben permitir una valoración de los daños que dé lugar a la indemnización reclamada.
- 5) Los puntos anteriores deben estar sustentados por las pruebas necesarias para la condena indemnizatoria.

CAPITULO II.- LOS DAÑOS INDEMNIZABLES

I.- Clases de daños indemnizables

En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia muestra la tradicional distinción entre daños materiales o patrimoniales y daños morales o no patrimoniales²⁶.

Daños materiales o patrimoniales:

Los daños materiales son los perjuicios económicos que la conducta ilícita ocasiona al afectado. Pueden venir definidos, bien por la pérdida de una concreta cantidad de dinero (daño emergente), como puede ser ganancias dejadas de percibir²⁷, bien por un beneficio económico que el afectado deja de percibir como supresión de mejoras voluntarias o salarios dejados de percibir (lucro cesante)²⁸, honorarios profesionales ocasionados por la defensa jurídica²⁹. Dado que conllevan un perjuicio sobre bienes y derechos de naturaleza económica, su reparación ha de ser del mismo signo.³⁰

²⁶ En este sentido STS 817/2013 rec. 89/2012; STS 8530/2009 rec. 2399/2008; STSJ Andalucía 1078/2006 rec. 2436/2005; STSJ Cataluña, 14430/2006, rec. 4938/2005.

²⁷ TSJ Cataluña 5392/2009 rec. 451/2008

²⁸ Por ejemplo, la imposibilidad de dar uso a la realización de acción sindical de los únicos recursos económicos con los que cuenta la Sección Sindical derivados de las cuotas de sus afiliados (STJ Canarias AS 21/2010) y la STS 5254/2009 rec. 3412/2008 sobre los salarios dejados de percibir por mor de la exclusión de la lista o bolsa de contratación y la no ocupación cuando se contrató a personas con puntuación inferior en la lista.

²⁹ TSJ Madrid 13089/2006, rec.5391/2006.

³⁰ En el mismo sentido MANEIRO VAZQUEZ, Y. op.cit. Pág. 176 y SEMPERE NAVARRO, A.V. y SANMARTIN MAZZUCCONI, C., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi. Pamplona. 2003. Pág. 55

Este tipo de daños son fácilmente cuantificables, y por tanto la indemnización resultante deberá cubrir la diferencia entre el estado del patrimonio ante y después de la lesión. Las mayores dificultades se presentan en el cálculo del lucro cesante, ya que éste requiere que el órgano judicial realice cálculos sobre proyecciones futuras empleando datos probables carentes de certeza.³¹ Sin embargo, recuérdese, que el demandante está obligado a aportar las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto caso concreto de que se trate.³², ya que en caso contrario, la indemnización puede ser rechazada.³³

Daños morales o no patrimoniales:

Si antes nos expresábamos a favor de la facilidad de cuantificar los daños patrimoniales, todo lo contrario ocurre con los daños morales.³⁴

Los daños morales no se concretan en términos económicos. Así el Tribunal Supremo (sala de lo civil), en sentencia de 22 de febrero de 2001, ha definido el daño moral como:

“todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado –o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales-, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica. (...) Puede entenderse como daño moral en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su

³¹ En este sentido véase MANEIRO VAZQUEZ, Y. op.ult.cit. Pag 176

³² STS 5916/2012 rec.336/2011

³³ STS 4591/2009 rec. 3098/2007

³⁴ En este sentido STC 247/2006

“quantum económico”, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales porque éstos, por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico. En cuanto a su integración positiva, por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimísimo de la persona y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se puede captar la esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales. En esta idea cabe comprender aspectos tan difusos para su perceptibilidad jurídica como (...): 1º toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito (...); 2º cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito”.

No obstante, el TS no se limita a definir el daño moral como un perjuicio ocasionado únicamente a las personas, sino que extiende su definición a las personas jurídicas, así define *“daño moral es el infringido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas, habiéndose referido ya a las lesiones al prestigio mercantil de una persona jurídica la sentencia de dicha Sala de 21 de marzo de 1930”*³⁵

En definitiva, se trata de un daño “espiritual”, que se identifica con la aflicción del ánimo, en contraposición al “material”, identificado con el perjuicio sobre bienes y derechos de naturaleza económica, de ahí la dificultad para acreditar la existencia del daño y asimismo para establecer su cuantificación.

En línea de principio, cabe tener en cuenta lo dispuesto en el art. 182.1.d) LRJS, y es que, a partir de este momento y por expreso imperativo legal, la

³⁵ STS, 1180/2002, rec. 2855/1996

indemnización reparará “las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable” causados por éste desde su acaecimiento hasta la sentencia y se determinará tanto en función de los daños y perjuicios materiales sufridos como en función de los daños morales “unidos a la vulneración del derecho fundamental”³⁶. Dos son, pues, los tipos de perjuicios que se tendrán en cuenta para calcular la indemnización, los estrictamente económicos y los que se producen en la esfera más íntima de la persona. Las diferencias, no obstante, entre ellos, a tenor de las previsiones normativas, son evidentes.

II.- Prueba de los daños.

Como se ha avanzado en el capítulo anterior, las exigencias procesales contenidas en la doctrina del Tribunal Supremo, tales como la necesaria aportación al proceso de los “*indicios o puntos de apoyo*” por parte del demandante, como segundo de los requisitos necesarios para la condena indemnizatoria, traen como consecuencia la deligación entre la lesión y los eventuales daños indemnizables³⁷.

Esta exigencia, no parece que muestre dificultad cuando se trata de daños materiales perfectamente cuantificables, sin embargo, si nos encontramos ante daños morales, su dificultad es evidente, lo que no impide que de acuerdo con la doctrina establecida con la cita sentencia del TS de 22 de julio 1996, el daño moral deba ser alegado por el demandante, precisando su alcance y acreditándolo en el proceso con la misma intensidad exigida para el daño material³⁸. Pero ha de notarse que en la mayor parte de los casos tales requerimientos implican la dificultad de explicar lo evidente, pues si esa necesidad de alegación y acreditación ha de recaer sobre un objeto diferente de la propia lesión, solo se concede relevancia a los fenómenos

³⁶ En este sentido, véase VALLE MUÑOZ, F.A., *La reparación de las consecuencias ilícitas del comportamiento antisindical: la indemnización procedente*, AL, num.41, pag.800

³⁷ CARDENAL CARRO, M. op.cit. pág 83

³⁸ STS 6081/2012 Rec.126/2011

visiblemente manifiestos que sean consecuencia de la lesión, sin embargo, en ocasiones, las repercusiones de la lesión, por grave que esta sea, son prácticamente imposibles de configurar con la autonomía precisa para que la agresión por sí misma sea relevante para su indemnización, lo que necesariamente se traducirá en la consiguiente dificultad de proponer una valoración económica, si se pretende que los perjuicios sean, prácticamente el resultado de una operación aritmética.³⁹

En definitiva, estas exigencias procesales han fomentado que lo que se considere el daño padecido se desligue de la intensidad con que ha sido atacado el derecho fundamental, de forma que lo relevante son esos “daños colaterales que hayan podido producirse de naturaleza material.”⁴⁰

Si bien es cierto, que a partir de lo anterior, aparecen dos grupos de decisiones judiciales. En primer lugar, las que exigen una prueba completa de la existencia del daño moral, (que son las mayoritarias)⁴¹. En segundo lugar, las que, desde una

³⁹ En este sentido, LILLO PEREZ, E. *Doctrina judicial para la fijación de la indemnización de daños y perjuicios ante la actuación empresarial de discriminación y hostigamiento por motivos antisindicales a los trabajadores y al Sindicato*. Cuadernos de Derecho Judicial, nº 66, pag. 316

⁴⁰ CARDENAL CARRO, M. La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical: un estudio jurisprudencial del razonamiento acerca de su pertinencia. op.cit. pág 84

⁴¹ Así por ejemplo, STS 5916/2012 rec. 3336/2011 por la que se deniega la indemnización a un miembro de la Comisión Ejecutiva Provincial por el daño moral que le hubiere producido la disolución de dicha Comisión y la privación de sus derechos como afiliado, ya que este hecho por sí solo sin otra indicación adicional, según el tribunal, no se presentaría como base mínimamente sólida para acoger una indemnización. Así, en la STS 2577/2003, rec 1160/2001 el sindicato demandante por vulneración de la libertad sindical solicita una indemnización de 150 millones de pesetas, cantidad extraída de tres módulos de cálculo que describen pormenorizadamente los perjuicios causados por la conducta no ajustada a derecho de los demandados y que sin embargo fue rechazada. En los mismos términos, la STS 6432/2009 rec. 2738/2008, que establece que el simple sufrimiento emocional producido por un despido injusto no tiene entidad para ser reparado con una indemnización independiente de la tutela legal restitutoria y/o resarcitoria establecida para el despido nulo por el art. 55.6 ET, requiriéndose para tal indemnización específica la acreditación de un daño asimismo específico, distinto del que es “común a todo despido injustificado”. En este extremo resulta cuando menos curiosa la STSJ Galicia 2259/2009 rec. 5713/2008, la cual considera insuficientes los indicios aportados, pese a que por ellos quedaba acreditado el siguiente comportamiento: “lo que parece existir es una manifestación ocasional, por parte de la esposa del empresario, de términos despectivos hacia todos los trabajadores gallegos de la empresa - la recurrente y algunos repartidores de pizzas -, concretada en la expresión “gallegos brutos” - hecho probado cuarto-, demostrativa de una mala educación y falta de respeto a las personas y una, cuanto menos reprobable y excesiva, actuación empresarial, pero aislada y acaecida en una fecha, como es el retener el personal, tras bajar las persianas, procediendo a cachear a los

posición más cercana a las dificultades que conlleva la acreditación de este tipo de daños, entienden como suficiente la aportación de unos indicios de los sufridos y una mínima justificación como suficiente en la aportación de unos indicios de los sufridos y una mínima justificación de las bases o fundamentos empleados para calcular la cantidad solicitada⁴².

A este respecto, el TC en la importante sentencia de 2006 ya citada anteriormente, considera irreprochable la doctrina establecida por el Supremo, pero anula la sentencia recurrida y otorga el amparo, ratificando la indemnización concedida. Y lo hace porque el Tribunal Constitucional consideró que debía entenderse cumplida la exigencia de acreditar, al menos de modo indiciario, la concreción y alcance del perjuicio causado, con los hechos alegados, ya que por “su intensidad y duración” constataban la existencia de “un maltrato o daño psicológico”. Es decir, consideró que los hechos relatados y los elementos alegados eran suficientes para la condena indemnizatoria, minimizando la intensidad probatoria necesaria. El Tribunal Constitucional entendió entonces que:

“denegar la indemnización y considerar que basta con la mera declaración de nulidad de la conducta debe estimarse insuficiente para reparar el derecho vulnerado, que queda así desprotegido ante la nimiedad de la reparación otorgada y su desproporción con la lesión sufrida lo que torna en casi estéril su denuncia en un proceso judicial, en casi gratuita su

empleados, para averiguar si alguno de ellos se había apropiado de un dinero que, parece ser, faltaba en el establecimiento- hecho probado tercero-. Además es significativo que la actora accediera a entrar en el cuarto de baño para que se realizara dicho cacheo”.

⁴² Como puede verse en, STS 3111/2011 rec.2190/2010, por la que se estima la indemnización por daños al sindicato demandante ya que la empresa demanda despide a los candidatos a las elecciones que acudían a ellas por un determinado sindicato, impidiendo de esta manera que dicho sindicato tuviera representación en las elecciones, el Tribunal considera en este caso que el entorpecimiento de las actividades y la imagen del Sindicato se vieron alterados como consecuencia de las acciones de la empresa llevadas a cabo en el proceso electoral sindical que tuvo lugar en la empresa demandada, ya que cuando se trata de la imagen del sindicato, es de difícil cuantificación o valoración, así como prácticamente prueba autónoma. Así mismo, la STS 5254/2009 rec.3412/2008, por la que se estima la indemnización a una trabajadora que fue excluido de la lista o bolsa de contratación de Correos, cuando se contrataba, todos los días temporalmente a trabajadores con menor derecho, el TS considera que el daño queda acreditado por la contratación durante el periodo de referencia a otros aspirantes en peor posición que la actora.

*conculcación...la exigencia jurisprudencial de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y asimismo de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que pueda asentar la condena indemnizatoria debe entenderse cumplida en este caso. El demandante expuso detalladamente en su demanda rectora de autos la conducta antisindical de la que venía siendo víctima de manera prolongada en el tiempo por su activismo sindical...conducta que le ha ocasionado tanto perjuicios económicos perfectamente cuantificables (reducción de jornada laboral con la consiguiente reducción salarial), como daños morales para su imagen y dignidad como representante sindical, de más difícil cuantificación pero cuya realidad no puede negarse pues...resulta patente que un trabajador que, como el recurrente, es sometido a un trato discriminatorio derivado del ejercicio de funciones sindicales en defensa de sus compañeros de trabajo, de la intensidad y duración en el tiempo del que ha quedado acreditado en el relato de hechos probados, sufre un maltrato o daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole”.*⁴³

En mayor abundamiento, continua la referida sentencia del TC diciendo: “...no es admisible el uso exclusivo de una fórmula estereotipada como fundamento único de la resolución, esto es la utilización de una cláusula de estilo como respuesta única y abstracta y sin referencia al caso...” en referencia a la aplicación al caso que se discutía, que aludía únicamente como criterio para denegar la indemnización las frases extraídas literalmente de la STS de 22 de julio de 1996⁴⁴ que inició la doctrina y que fue usada continuamente por los Tribunales, limitándose a repetir literalmente la exigencia

⁴³ STC 247/2006, de 24 de julio, FJ 7

⁴⁴ Se refiere a las siguientes “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 “...y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”.

formal de la fórmula sin que se razonara que es lo que debería haber aportado concretamente o cuáles serían en el caso concreto las bases y elementos clave exigidos. Ya que es muy habitual encontrar sentencias que declaran probada la lesión del derecho pero desestiman la petición de indemnización con repetición literal de la fórmula acuñada por esta doctrina⁴⁵.

Como se puede apreciar, se produce una clara discrepancia entre el Tribunal Supremo, cuya doctrina establece la exigencia de la acreditación de las bases y elementos para la indemnización por daños morales o por daños y perjuicios, y entre el Tribunal Constitucional, que ha estimado que procede indemnizar los daños morales, flexibilizando en gran medida los requisitos de prueba, al entender que lesión de derecho fundamental y daño moral se encuentran unidos.

Ciertamente no puede negarse que en la actualidad existe un cierto criterio aperturista en la indemnización del daño moral, como lo prueba el hecho de que incluso se recomiende su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL (arts. 9:501 y 9:503) y UNIDROIT (art. 7.4.2 de Principios sobre contratos comerciales internacionales⁴⁶). Y sobre todo, como también lo prueba el que, partiendo de la consideración de que la reparación del daño o sufrimiento moral no atiende a la reintegración de un patrimonio, sino que va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, se haya entendido por el TS que *“aquella finalidad compensatoria conlleva que la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño moral esencialmente consiste...lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración que no sólo afecta al órgano judicial, sino también a las apreciaciones de las partes y, por otra parte, diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum*

⁴⁵ Véase STS 6432/2009, rec. 2738/2008, STS 5191/2003 rec. 4409/2002.

⁴⁶ STS 4384/2010 rec. 804/2006

indemnizatorio de la aplicación de parámetros objetivos, pues los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica”.⁴⁷

En este mismo sentido, parece que se dirige la nueva regulación respecto a este orden probatorio, contenido en los artículos 179.3 y 183.2 de la LRJS, que en principio parece más flexible⁴⁸, de hecho y concretamente el art. 183.1 se pronuncia expresamente sobre la vinculación del daño moral con la vulneración del derecho fundamental, si bien es cierto que por el momento el TS no se haya pronunciado en unificación de doctrina aplicando esta nueva normativa, debido a su escaso periodo de vigencia. Por el contrario si ha sido aplicada ya por los Tribunales Superiores de Justicia que parece que confirma dicha tesis. Así el TSJ de Castilla y León en Sentencia de 24 de Julio de 2012⁴⁹ manifiesta:

“Con la redacción actual del art. 183.1 y 2 LRJS se refuerza la unión entre el daño moral y la lesión del derecho fundamental,(...). La existencia de un daño moral en este caso ha de confirmarse, no solamente por la redacción del art. 183.1LRJS, sino porque, como señala la sentencia de instancia, se produce una pérdida en la privación legítima de derechos por parte de los trabajadores miembros del Comité de Empresa de imagen y eficacia del Sindicato.”

A donde se quiere llegar, en definitiva, es al distinto tratamiento jurídico que unos y otros perjuicios que parece tendrán a partir de ahora, pues, mientras que para los daños morales parece imponerse la regla de la automaticidad de la indemnización, para el otro tipo de perjuicios sufridos, los materiales, se exigirá al demandante una mayor diligencia a fin de aportar tanto una mínima prueba de ellos como de los elementos necesarios para proceder a su cuantificación.

⁴⁷ STS 6432/2009rec. 2738/2008

⁴⁸ TS 5916/2012 rec. 3336/2011

⁴⁹ TSJ Castilla y León 592/2012 rec. 51/2012

III.- Valoración y cuantificación de los daños morales

Las anteriores consideraciones sobre la prueba de los daños, son, en buena medida, predicables de su cuantificación, que igualmente exige la jurisprudencia, pues, como se ha indicado, entre la existencia del perjuicio y su valoración económica existe una indudable relación, ya que este segundo factor deriva del primero.

Como se ha dicho anteriormente, la valoración y cuantificación de los daños morales presentan una dificultad *per se*. No existen normas para calcular la correspondiente indemnización al daño moral y en expresión del Supremo, *“han de ser atendidas las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión sufrida”*, y que de acuerdo con la doctrina del TS debe ser atendida por el juzgador de instancia, así el TS afirma *“...conforme a nuestra doctrina (STS de 16 de marzo de 1998 rec.1884/1997 y de 12 de diciembre de 2005 rec. 59/2005) 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 irrazonable⁵⁰ o cuando sus conclusiones, “por ser erróneas, se combatan oportuna, adecuada y eficazmente las bases en que se apoya la cuantificación, ordinariamente a través de la denuncia del error de derecho en la valoración de la prueba, o ante la falta de concreción de dichas bases, que impide conocer el alcance del daño, o en los casos de indebida aplicación de baremos o criterios de determinación de la cuantía de las indemnizaciones”⁵¹ o si media “error notorio o arbitrariedad, por existir una notoria desproporción en más o en menos⁵², o “cuando no se justifica adecuadamente la aplicación de las circunstancias del caso, o no resulta coherente o razonable en el ejercicio del juicio de prudente ponderación⁵³. En definitiva, si bien la fijación del importe de la cantidad indemnizatoria es misión del órgano de instancia, ello no obsta para que sea fiscalizable en vía de recurso*

⁵⁰ STS 494/2010 rec. 40/2009; STS 8053/2005 rec. 59/2005

⁵¹ STS Sala 1ª 4429/2006 rec. 3364/1999

⁵² STS Sala 1ª 3729/20069 rec. 3822/1999

⁵³ STS Sala 1ª 3357/2006 rec. 3866/1999

extraordinario y que quepa su corrección o supresión cuando se presente desorbitada, injusta, errónea o carente de adecuadas bases⁵⁴

Como decimos, la dificultad para calcular la correspondiente indemnización estriba en determinar cuáles son esos parámetros a valorar y justificar, sin embargo, se pueden deducir ciertas pautas judiciales sobre la valoración del daño moral. Como son⁵⁵:

1.- Circunstancias de las partes. Se debe tener en cuenta las circunstancias personales de cada demandante (edad, antigüedad en el cargo, imagen profesional...etc) debido a la naturaleza subjetiva del daño, y a la heterogeneidad de las personas afectadas, aunque el daño sea producido por el mismo derecho vulnerado. Se ha de tener en cuenta también las circunstancias del demandado, como por ejemplo la intencionalidad de su conducta, el conocimiento de su ilicitud, o bien el conocimiento por la empresa de la situación ilícita sin que se hubieran tomado medidas disciplinarias, por ejemplo contra el acosador.

2.- El grado en que, de no haber mediado la conducta ilícita, se podría haber alcanzado los objetivos previstos por el demandante, como por ejemplo, la celebración de un contrato de trabajo.

3.- *La difusión o trascendencia social* de la conducta ilícita (número de trabajadores afectados, mayor representatividad del sindicato lesionado, etc)

4.- La *gravedad* de la lesión sufrida. Dicha gravedad se establece, a veces en función de la duración y agresividad el comportamiento lesivo, así como de su reiteración o permanencia en el tiempo.

Como se aprecia, en la medida en que no existen normas expresas para la fijación de la cantidad indemnizatoria, se han multiplicado los esfuerzos de los órganos judiciales para intentar buscar un criterio objetivo al que recurrir y así, simplificar de

⁵⁴ En este sentido, STS 5916/2012 rec. 3336/2011; STS 5159/2009 rec. 622/2008; STS 494/2010 rec. 40/2009

⁵⁵ MANEIRO VAZQUEZ, Y op.cit. pág.181

alguna manera, la dificultad que en ocasiones se presenta a la hora de fijar una indemnización⁵⁶.

Así en ocasiones, nuestros jueces y Tribunales de lo social cuantifican los daños y perjuicios tomando como base de cálculo el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor, o bien la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, teniendo ambas un valor meramente orientativo, siendo dicho criterio admitido por el TS que expresamente se pronuncia sobre ambos métodos de cuantificación. Así pues, con respecto al Baremo de la LRCSCVM, la STS de 15 de diciembre de 2009⁵⁷ señala:

“Ante determinadas secuelas o daños derivadas de AT, la falta de toda previsión legal específica en la materia y la factible aplicación analógica de otra normativa -ex.art.4.1 CC-, han determinado que la doctrina unificada admita la aplicación orientativa del Anexo introducido por la DA Octava de la Ley 30/1995 en la LRCSCVM (Decreto 632/1968, de 21 de marzo), cuyos módulos (cuantitativamente actualizados por Resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones) pueden servir de ayuda para determinar la indemnización por daños y perjuicios derivados. Pero en el bien entendido que esa aplicación orientativa de la LRCSCVM no implica una reproducción mimética...”

Por tanto el TS entiende que en los casos en los que la lesión de un derecho fundamental, por parte del empresario, provoca un daño tal, que incapacita temporalmente al demandante para la actividad u ocupación habitual, puede ser aplicado dicho criterio para reparar el daño. Es decir, la actuación empresarial vulnera un derecho fundamental del demandante, por lo que la situación de incapacidad temporal es considerada Accidente de trabajo. Así continua el TS, desarrollando como debe concretarse la aplicación del Baremo:

“Por lo que se refiere al daño moral –por el sufrimiento psicofísico durante la IT (...), hemos entendido que su importe básico por tal concepto había de

⁵⁶ CARDENAL CARRO, M., op.cit.pág.209

⁵⁷ STS 8600/2009, rec.3365/2008

situarse en el correspondiente al día “no impeditivo” –salvo que se acreditase un daño mayor-; y que tratándose de los días de baja hospitalaria por su mayor sufrimiento de todo orden- que el resarcimiento se identificaba con la cantidad prevista para tal supuesto en el Anexo.”

Este criterio fue matizado en Sentencia de 30 de junio de 2010⁵⁸, ya que entiende el Supremo que con el mismo “*se resarcían de igual manera dos supuestos diferentes: los días de baja no impeditivos (el alta laboral no necesariamente ha de implicar la sanidad absoluta) y aquellos otros que sin comportar estancia hospitalaria de todas formas sean impeditivos (para la actividad u ocupación habitual), supuestos en los que –es obvio- el sufrimiento psíquico es de muy diferente intensidad*”

Por tanto, el TS distingue tres situaciones para la aplicación del citado Baremo1) la incapacitante para el trabajo habitual acompañada de estancia hospitalaria, 2) la que también incapacita (impeditivo), aunque no requiera estancia hospitalaria, 3) la que, sin necesitar tampoco ingreso o estancia hospitalaria, ni siquiera impide el desempeño de las ocupaciones habituales (no impeditivo)⁵⁹.

A modo de resumen, se puede establecer que existen en la jurisprudencia y en la doctrina judicial tres maneras de cuantificar la indemnización por lesión de un derecho fundamental cuando, como resultado de la vulneración, existe un periodo de IT. a) Una primera subjetiva, basada en la apreciación hecha por los órganos de instancia de los daños y perjuicios causados al demandante por la vulneración de sus derechos fundamentales, b) una segunda objetiva, que recurre al baremo del automóvil para cuantificar los daños físicos y los morales de esta vulneración, y por último c) una tercera posibilidad que utiliza el baremo del automóvil para cuantificar los daños corporales sufridos por el trabajador pero que a estos añade los daños morales

⁵⁸ STS 4801/2010, rec.4123/2008

⁵⁹ STS 9259/2011 rec.1136/2011

a criterio del órgano jurisdiccional, dependiendo en cada caso de lo que se extraiga de los hechos alegados y probados en juicio⁶⁰.

En cuanto a la utilidad de la LISOS como criterio para la cuantificación de la indemnización por daños morales, ésta fue plenamente admitida por el TC⁶¹ y por el TS⁶² que ha venido a señalar que se puede determinar la indemnización siguiendo las cuantificaciones de las sanciones establecidas en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, Real decreto Legislativo 5/ 2000 de 4 de agosto en los casos de vulneración de derechos de libertad sindical, criterio a su vez ha consolidado en los distintos TSJ y Juzgados de lo Social⁶³.

A pesar de lo expuesto anteriormente, a mi juicio se debe aceptar que tanto el baremo del automóvil como la LISOS no recogen todos los daños morales causados por una vulneración de los derechos fundamentales y se trata de normas con carácter orientativo pero no vinculante, por tanto resultan insuficientes para este fin⁶⁴.

⁶⁰ TODOLÍ SIGNES, A. *Glosa Judicial. La insuficiente aplicación del baremo del automóvil para el cálculo de indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales (A propósito de la STS de 27 de diciembre de 2011)*. Actualidad Laboral, Nº 15, Septiembre 2012, Editorial LA LEY

⁶¹ STC 247/2006, en la que expresa: “*el demandante de amparo no se limitó a reclamar una indemnización por los daños económicos y morales que le ocasionaba la conducta antisindical (...), 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.*”

⁶² Por ejemplo STS 5331/2001 rec.144/2010 y STS 1871/2012 rec. 67/2011

⁶³ Sirva de ejemplo STSJ de Murcia 1503/2013 rec. 177/2013 y STSJ de Madrid 1215/2013 rec. 6928/2012

⁶⁴ TODOLÍ SIGNES, A. *op.cit.*

CAPITULO III.- OTROS ASPECTOS DE LA INDEMNIZACIÓN

I.- Naturaleza reparadora / disuasoria de la indemnización

Respecto a la cuestión relativa a si la indemnización por la vulneración de derechos fundamentales debe tener una naturaleza únicamente reparadora del daño ocasionado, o por el contrario debe tener a su vez carácter disuasorio o sancionador, es preciso señalar, que el TS no ha fijado un criterio uniforme al respecto. Así en ocasiones ha manifestado que la indemnización en este proceso tiene una naturaleza reparadora del daño ocasionado cuya finalidad es la compensación de perjuicios efectivamente ocasionados, y no una naturaleza disuasoria o sancionadora ya que ésta corresponde al ámbito administrativo, como expresa el TS en sentencia de 18 de julio de 2012

“Así, la sentencia ha contado para el reconocimiento de la indemnización con los datos relativos al comportamiento empresarial que da lugar a la declaración de nulidad y la parte actora le ha formulado en el hecho décimo de la demanda las alegaciones sobre las consecuencias de la actitud vulneradora, que permiten afirmar la existencia de los parámetros necesarios para el cálculo, prescindiendo, desde luego, de toda consideración "disuasoria" por no constituir ni objetivo ni contenido de la extensión indemnizatoria.”⁶⁵

Por contra, el TS ofrece un criterio opuesto al anterior, cuando en su sentencia de 20 de septiembre de 2007 manifiesta que además de a una clara finalidad reparadora, la indemnización debe tener una finalidad represora o disuasoria.

“De otra parte tampoco es ocioso argumento aludir a la oportunidad de mantener la procedencia de estas indemnizaciones adicionales, habida cuenta del conveniente efecto disuasorio que representan frente a posibles infracciones de los derechos fundamentales de los trabajadores. Y asimismo no está de más resaltar que para los concretos supuestos de vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación, el legislador ha consagrado la imposibilidad de tasar las indemnizaciones por el daño que el trabajador pudiera sufrir, y ello se ha realizado

⁶⁵ STS 6081/2012, rec.126/2011, FJ 9.

tanto a nivel comunitario [Directivas 2000/43/CE; 2000/78/CE; y 2002/73/CE] como en el marco de nuestro Derecho interno [art. 18.2 Ley 51/2003, de 2 /Diciembre].”⁶⁶

Sin embargo la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social, introduce una novedad al respecto, pues en su artículo 183.2 establece “*El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.*”

Puede apreciarse en esta regulación que el legislador se inclina por un reforzamiento de la indemnización por daños y perjuicio como consecuencia de lesión en el ámbito laboral de un derecho fundamental, tal como expresa la Exposición de Motivos de la ley: “*el undécimo y último (capítulos del título II del Libro II) regula la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, ajustándolo a la doctrina constitucional, con una regulación más completa y estructurada que la actual, particularmente en cuanto a los términos de los pronunciamientos a dictar y respecto del resarcimiento de la víctima y su estatuto procesal*” y con tal propósito destaca que la indemnización que se impone a la empresa no tiene sólo un efecto reparatorio del daño ya causado sino también una finalidad preventiva que evite daños futuros⁶⁷. En definitiva y atendiendo a la dicción literal del art. 183.2 LRJS parecen quedar pocos lugares a la duda en torno a cuáles sean los fines que se pretenden conseguir con la misma. Por un lado, el restablecimiento completo de la posición de la víctima reparándole así todos los perjuicios, incluidos los económicos, que se le hayan podido ocasionar. Pero, por otro, muy loable, el disuasorio o de prevención del daño, que supondría que la imposición del pago de estas cuantías económicas al autor de la lesión serviría como medida ejemplificante para evitar futuras conductas lesivas⁶⁸. Esta novedad es recogida ya en las sentencias más recientes de los diferentes TSJ:

⁶⁶ STS 6575/2007, rec. 3326/2006 FJ 3

⁶⁷ STSJ. Madrid 81/2013. rec. 6334/12

⁶⁸ BLASCO JOVER,C,.op.cit.

“No ofrece actualmente duda, y así lo corrobora el artículo 183.3 de la antes citada Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, la compatibilidad entre las consecuencias legales de la nulidad de una extinción contractual y una indemnización complementaria que resarza de otros daños y perjuicios ocasionados por la actuación empresarial discriminatoria o lesiva de un derecho fundamental. Ello obedece básicamente, de un lado, a la constatación de que junto con el daño producido por la pérdida de empleo, la lesión de éste puede provocar daños morales o de otro tipo distintos de aquél y no comprendidos en la indemnización extintiva; de otro, a la necesidad de conseguir una efectiva y completa reparación del derecho fundamental conculcado; y de otro y finalmente, al efecto disuasorio que así se produce frente a intentos futuros de lesionar esas garantías esenciales de los trabajadores”⁶⁹

Esta es una importante novedad, sin embargo hasta el momento solo se puede apreciar que los tribunales recogen esta imposición con una simple alusión al efecto disuasorio, y no se percibe que ésta se traduzca en un incremento en las cuantías de las indemnizaciones. Porque no nos podemos olvidar que el efecto disuasorio que pretende la indemnización solo podrá surtir efecto si realmente el quantum indemnizatorio es elevado, sobre todo si pensamos en grandes empresas como multinacionales, ya que de otra forma, a la empresa le podría seguir siendo rentable volver a perjudicar los derechos de sus trabajadores. Habrá que esperar a unificación de doctrina del TS, que hasta el momento no se ha pronunciado debido al corto tiempo de vigencia de la LRJS.

II.-Indemnización ex lege art. 50 ET.

El incumplimiento grave de las obligaciones del empresario al que alude el art. 50.1.c) ET, es causa soberana para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato de trabajo. Nos encontramos ante una cláusula abierta y operativa aplicable a

⁶⁹ TSJ de Asturias 00379/2013. rec. 72/2013

cualquier incumplimiento de las obligaciones del empresario como contraparte de la relación contractual, cualquiera que sea su origen, legal o pactado.⁷⁰

Dicho motivo extintivo es una de las posibilidades de acción que se presenta al trabajador que ve lesionados sus derechos fundamentales o libertades públicas y muy especialmente cuando sufra conductas de acoso moral, ya que suponen siempre una lesión del derecho a la integridad moral y de la dignidad del trabajador afectado y eventualmente de otros derechos fundamentales, dado el carácter pluriofensivo del fenómeno.⁷¹

Desde una perspectiva indemnizatoria, esta posibilidad plantea dos cuestiones fundamentales: a) si a la indemnización tasada prevista en el art. 50.2 ET es posible sumar una indemnización adicional por los daños y perjuicios no compensados íntegramente por aquella, y b) si a esa indemnización tasada es posible sumar una indemnización adicional destinada a resarcir otros daños derivados de la misma conducta pero no tomados en consideración por el legislador a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria, como son los daños y perjuicios, materiales y morales derivados de la lesión de los derechos fundamentales del trabajador⁷².

En línea de principio, de acuerdo con la tesis jurisprudencial mantenida inicialmente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo negaba la compatibilidad entre indemnizaciones; entendía que si se optaba por la vía del artículo 50 ET, no se podría reclamar una indemnización adicional, ya que no se puede generar una doble indemnización, al amparo de los artículos 1101 y 1124 CC⁷³.

⁷⁰, SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona. Aranzadi. 2001, págs. 95-97

⁷¹ En este sentido SERRANO OLIVARES, R.: *El Acoso Moral en el trabajo*, Madrid. CES. 2005. págs. 155.

⁷² SERRANO OLIVARES, R., op.cit.

⁷³ GINÈS i FABRELLAS, A., *La compatibilidad entre la indemnización por resolución de contrato laboral y por daños y perjuicios*. Indret. 2008

El artículo 50 ET constituye la trascripción al orden social del artículo 1124 CC, en tanto este precepto entiende “*implícita la facultad de resolver las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe*”. Sin embargo, debido al carácter supletorio del artículo 1124 CC se descarta su aplicación cuando la materia esté expresamente regulada, como sucede con el artículo 50 ET⁷⁴. El hecho de que dicho precepto remita al artículo 56 ET, para establecer la indemnización que corresponde por la extinción del contrato, excluye cualquier margen para que el Juez pueda estimar la cuantía de los daños y perjuicios a indemnizar, ya que se trata de una indemnización legalmente tasada y por tanto los daños y perjuicios se presumen *ex lege*⁷⁵. Así en la sentencia citada, el TS manifiesta que “*...como el ET contiene una norma específica –art. 50- para regular estas situaciones de incumplimiento, la misma ha de ser aplicada sin que sea lícito acudir a preceptos correspondientes a otros sectores jurídicos para alargar indebidamente el cauce indemnizatorio, sancionando el único comportamiento ilícito empresarial por dos vías pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos y cuya actuación aislada y separada conduciría, contra toda lógica, a sancionar dos veces un mismo hecho de incumplimiento. La pretensión resolutoria de contenido indemnizatorio tasado ejercitando con amparo en la norma específica de carácter resolutivo contenido en el art. 50 ET satisface íntegramente el interés del trabajador derivado de un incumplimiento grave de las prestaciones contractuales a cargo del empresario, y la aplicación de esta norma específica del derecho de trabajo, debe impedir la búsqueda de nuevas soluciones indemnizatorias en el campo del derecho civil, entendido como derecho común.*”

Sin embargo, la doctrina de la sentencia de 3 de abril de 1997 fue revisada dando un giro jurisprudencial con la sentencia de 2006⁷⁶, el Tribunal admite con

⁷⁴ STS 2331/1997 rec. 3455/1996. “el referido incumplimiento litigioso, que es único, de la prestación derivada de una relación contractual –salvo prevención expresa de la Ley- no puede generar una doble indemnización: una, en la esfera general del derecho civil y otra, en la particular y especial del derecho del trabajo. La causa o motivo de la resolución contractual es única, y habiéndose producido ésta en la esfera laboral, regida por el ET, a esta norma habrá de estarse en virtud del principio de aplicación preferente de las disposiciones especiales, sin que, en su día, se desgajó el derecho del trabajo, para adquirir autonomía propia- para, con base en el mismo incumplimiento contractual ya agotado en sus consecuencias indemnizatorias, obtener un nuevo resarcimiento de daños y perjuicios.

⁷⁵ STS 1674/2004, rec.3994/2002

⁷⁶ STS 3444/2006 rc 4372/04, dictada por el Pleno de la Sala, STS, de 20 de septiembre de 2007 (FJ 2º) “.. en el presente caso ... se invoca ... la vulneración de un derecho fundamental, en base a lo que se postula la extinción del contrato laboral, debiendo significarse que el trabajador demandante aduce, como consecuencia de tal violación, una situación personal de

rotundidad que la indemnización prevista en el art. 50 ET es compatible con otra adicional cuando la causa extintiva es la lesión de un derecho fundamental⁷⁷.

La cuestión quedó resuelta con la nueva LRJS que en su art. 183.3 recoge “*Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales*”.

III.- Indemnización en concepto de honorarios por la defensa jurídica

No son pocas las demandas que solicitan la condena al demandado a una indemnización en concepto de honorarios del letrado que intervino en el proceso de defensa de la parte que sufrió la declarada vulneración de derechos fundamentales. El TS entra a valorar dicha cuestión aludiendo las siguientes⁷⁸:

a) el art. 21 LPL mantiene el principio general de que "la defensa por Abogado tendrá carácter facultativo en la instancia, y podrá ser utilizada por

trastorno adaptativo ansioso- depresivo, provocado por estrés laboral, cuya indemnización postula, juntamente, con la correspondiente a la extinción contractual planteada. De aquí que no se modifique el criterio jurisprudencial recogido en la precitada sentencia de Sala General, de fecha 11 de marzo de 2004, toda vez que, en la misma, se enjuició una situación de extinción contractual respecto de la que, además, de la indemnización tasada, prevista en el Estatuto de los Trabajadores, se postulaba otra indemnización con base en el artículo 1101 del Código Civil, sin que, en cambio, se solicitase, expresamente, la protección judicial por violación de un derecho fundamental. La 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 ... La modificación operada en el artículo 181 de este último texto procesal por el artículo 40-Dos de la Ley 62/2003 ... 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”.

⁷⁷ STS 6575/2007 rec. 3326/2006

⁷⁸ TS 4653/2012 rec.1554/2011

cualquiera de los litigantes, en cuyo caso será de su cuenta el pago de los honorarios o derechos respectivos". b) En el caso de que los litigantes hiciesen uso para su defensa de abogado o graduado social, la referida norma, aparte de imponer la obligación de comunicar su propósito por escrito al Juzgado o Tribunal, también faculta al trabajador para pedir la designación de Abogado por el turno de oficio, a cuyo efecto el art. 2.d de la LAJG confiere el beneficio de justicia gratuita en el orden jurisdicción social a "los trabajadores y los beneficiarios del sistema de Seguridad Social". c) Es tradicional característica del proceso laboral la gratuidad en la instancia, puesto que en tal fase la posible condena en costas -incluyendo los honorarios de Letrado- se limita a los exclusivos supuestos de mala fe o notoria temeridad (art. 97.3 LPL), que han de razonarse motivadamente en el concreto procedimiento en que las mismas se hayan manifestado.

Así, el TS interpreta que debe rechazarse la calificación de "indemnización" al importe de los honorarios satisfechos al abogado por este procedimiento, justificándolo en las siguientes:

"(...a) supone un fraude al principio de gratuidad del proceso laboral en la instancia, por lo ha de rechazarse en aplicación de los arts. 11.1 LOPJ [«Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones ... que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal»] y 6.4 CC [«Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir»]; b) el argumento -ciertamente no exento de justicia- de que tales gastos profesionales han de ser satisfechos por su causante remoto, el empresario que adoptó la medida ilegítima combatida con éxito en el anterior procedimiento, es tesis cuya hipotética solidez podría igualmente sostenerse en cualquier tipo de reclamación exitosa que pudiera hacer el empleado, pese a lo cual el legislador -valorando los diversos intereses en juego- ha optado por el sistema de la absoluta gratuidad, como se ha visto; c) en todo caso, la citada afirmación sobre la justicia del abono de honorarios no sólo es contraargumentable con el aludido derecho a la defensa de oficio, sino que en todo caso hubiera debido

argüirse [otra cosa sería su éxito] precisamente en el previo proceso en tutela de derechos fundamentales, para el que el art. 180.1. LPL -como destaca el Ministerio Fiscal- sí contempla «la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera»; d) admitir el mecanismo de tal reclamación -honorarios vía indemnizatoria- privaría a la parte demandada de su derecho a impugnar los honorarios como excesivos [arts. 35, 245 y 246 LECiv]; y e) con independencia de ello, admitir que los gastos [costas] de un proceso sean objeto de reclamación en otro posterior, razonando que nadie debe soportar las consecuencias onerosas de una censurable decisión ajena, conduciría a reclamaciones encadenadas indefinidamente, pues qué duda cabe que este segundo proceso genera nuevos gastos por asistencia Letrada, los que -con la misma lógica- bien pudieran ser reclamados en tercer procedimiento, que a su vez generaría nuevas dispensas que también habrían de ser objeto de otra posterior demanda ... y así en indefinido e irracional «bucle»⁷⁹.

Por tanto, lo que entiende el TS es que no se puede calificar como indemnización el importe de los honorarios satisfechos al letrado o graduado social por procedimiento de tutela de derechos fundamentales, ya que la defensa por Abogado tendrá carácter facultativo en la instancia, con lo que dicha indemnización supondría un fraude de Ley al principio de gratuidad de proceso laboral en instancia.

CAPITULO IV.- ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES

I.- Responsabilidad empresarial respecto a la vulneración de derechos fundamentales

Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas por parte del empleador, en el ámbito de la

⁷⁹ STS 2447/2007 rec. 588/2006, en el mismo sentido STS 99/20008 rec. 4848/2006

relación laboral que le une con un trabajador, será aquel el responsable de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido dicha vulneración. Sin embargo, no es esta la cuestión a dirimir, pues dicha afirmación resulta evidente o cuando más razonable. El derogado art. 180 LPL hacía referencia a la legitimación pasiva en este proceso de una manera vaga e imprecisa “*el empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, respecto de cuyo comportamiento o conducta se declara la nulidad radical de la sentencia*”, lo que suscitó una cuestión ciertamente controvertida: si la norma comprendía la vulneración de derechos fundamentales cuando es imputable a otros trabajadores o a terceras personas no vinculados jurídicamente con el trabajador.⁸⁰ Esto se debe al contenido del art. 2 de la LPL, según el cual los órganos jurisdiccionales del orden social conocen de las cuestiones litigiosas que se promueven entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo.

Así mismo, la jurisprudencia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia se ha venido mostrando vacilante a la hora de acoger la cuestión del litisconsorcio pasivo necesario. Aun así, la consigna extraída de los Tribunales, es la de que el empresario será responsable de la indemnización en los siguientes casos: 1) cuando la violación de derechos fundamentales sea directamente imputable a un trabajador de la empresa⁸¹, por ser éste quien materialmente realizara la actuación vulneradora, siempre que actúe en representación de aquélla. 2) en el caso de tratarse de una conducta de acoso directamente imputable a un trabajador, cuando la empresa tenga conocimiento de dicha situación y permanezca inactiva ante ella, incumpliendo su deber de protección frente a dichos riesgos sociales, sin perjuicio de la responsabilidad que incumba al causante directo de dichos daños⁸².

⁸⁰ CHOCHRÓN GIRALDEZ, A.M. *El proceso laboral de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en la ley reguladora de la jurisdicción social*. Boletín del Ministerio de Justicia. nº 2142, 2012.

⁸¹ ALVAREZ ALONSO, D. (2009). Indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral (I): fundamento, naturaleza, sujetos responsables y requisitos. *Actualidad Laboral*, 12, Editorial LA LEY, ISSN 0213-7097, pág.3

⁸² STSJ Comunidad Valenciana 4496/00. rec 2997/00.

Con todo, sobre el caso concreto de una lesión del derecho fundamental por terceras personas ajenas a la relación laboral, hasta que el TC se pronunció en sentencia de 17 de diciembre de 2007⁸³, se entendía que los tribunales laborales únicamente podían conocer de las lesiones a derechos fundamentales provocadas de modo exclusivo en el estricto ámbito de la relación laboral. Esta tesis, sin embargo, fue rechazada de plano por la sentencia arriba señalada, entendiéndose que suponía una interpretación indebidamente restrictiva de los antiguos arts. 2 y 181 LPL que privaría, al fin y a la postre, al perjudicado de la adecuada tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales si éstos resultaran lesionados en el ámbito laboral aunque por persona distinta al empresario⁸⁴.

Posteriormente el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de enero de 2008⁸⁵, unificó doctrina estableciendo que *“a los efectos de la persecución e imposición de las sanciones correspondientes al acoso moral, todas las conductas y actuaciones relativas al mismo, sea quien sea el autor de las mismas, forman un todo unitario, constituyen una realidad claramente cohesionada. Y este carácter unitario exige también un tratamiento procesal unificado; la unidad y conexión de las situaciones y conductas acontecidas obliga a que su enjuiciamiento se lleve a cabo en un mismo proceso. Parece contrario a razón y carente de sentido dar un tratamiento procesal separado y distinto a las responsabilidades y consecuencias derivadas de una misma actividad acosadora”...no parece aceptable que la acción que se ejercita en defensa de esos derechos fundamentales vulnerados, se dirija únicamente contra alguno o algunos de los posibles responsables secundarios, cuya implicación en el acoso es mucho menos relevante y trascendente, y que, en cambio, no se dirija contra el verdadero acosador, contra el causante real, propio directo del mobbing.*

Esta doctrina es plasmada en el art. 177.1 LRJS, que estima, que el orden jurisdiccional social también debe conocer de las lesiones de derechos o libertades ocasionadas por terceros vinculados con el empresario por cualquier título que

⁸³ STC 250/2007 de 17 de diciembre de 2007

⁸⁴ BLASCO JOVER, C.,. op.cit.

⁸⁵ STS 2309/2008 rec. : 2543/2006

tuvieran una “conexión directa” con la relación laboral. Por tanto, se reconoce como responsable no sólo al empresario en el marco del contrato de trabajo, este es, en el estricto ámbito de la relación laboral; sino también a cualquier otro sujeto que resulte responsable con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Se extiende pues la condición de los sujetos que pueden ser pasivamente legitimados tanto a otros trabajadores de la empresa como a cualquier otro sujeto (clientes, proveedores, etc.) siempre y cuando, la vulneración del derecho fundamental que se denuncie de haya producido en conexión directa con la relación de trabajo considerando que se dará ésta, cuando se produzca con ocasión de la prestación del trabajo.

II.- Requisitos de la demanda.

La demanda es el acto de parte que inicia el proceso y, simultáneamente, el medio a través del cual el actor expone su pretensión y da a conocer al demandado los motivos de su reclamación.⁸⁶

La regulación anterior imponía, con respecto a la demanda, que cumpliera con los requisitos generales del art. 80.1 LPL y que el actor, además, expresara de manera clara los hechos constitutivos de la vulneración (art. 177.3 LPL) y el derecho o derechos que estimara infringidos (art. 181 LPL). Pues bien, lejos de minorar esta diligencia procesal impuesta al demandante, el art. 179.3 LRJS la refuerza y amplía⁸⁷, en tanto que, junto con lo anterior, aquél deberá especificar también la cuantía de la indemnización pretendida, así como una adecuada concreción de los diversos daños y perjuicios. Es más, de hecho se le obliga, como se ha expresado anteriormente, en clara consonancia con la doctrina jurisprudencial al efecto, a expresar “*las circunstancias que se consideren relevantes para la determinación de la*

⁸⁶ MANEIRO VAZQUEZ, Y. *La Tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas por los Tribunales Laborales*. Op.cit. Pag 150.

⁸⁷ En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: *La reforma procesal social: ¿de la modernización burocrática al desbordamiento de la jurisdicción?* Estudios Financieros, nº 344, 2011, pág. 45, nota 23.

*indemnización, incluyendo en ellas la gravedad, duración y consecuencias del daño producido o las bases de cálculo de los perjuicios estimados”.*⁸⁸

Como novedad, la LRJS exige, previamente a la declaración sobre la existencia o no de la vulneración denunciada, la concesión o no del amparo judicial, atribuyendo al juez de lo Social el carácter de garante de derechos y libertades constitucionales.⁸⁹

III.- Medidas cautelares

Dado que en todo proceso tiene que transcurrir un tiempo, más o menos largo, entre la presentación de la demanda y la resolución judicial, en ocasiones puede llegar a producirse una situación de riesgo para los derechos o intereses en conflicto, por lo que la existencia de las medidas cautelares se convierte en numerosas ocasiones en la única forma que garantiza la efectividad de la sentencia y preserva los bienes jurídicos en conflicto.

A pesar de ser un aspecto esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, la tutela judicial cautelar siempre había tenido, en el proceso laboral, una regulación muy defectuosa, con la LRJS se efectúa una remodelación absoluta, sobre todo en lo relacionado con las medidas cautelares en el proceso de tutela de derechos fundamentales⁹⁰. Así, la LRJS, efectúa una ordenación más razonable y detallada del denominado incidente cautelar, ampliando el número de medidas cautelares a adoptar por el juez o tribunal. El art. 180 LRJS establece que “*se podrá acordar tanto la*

⁸⁸ BLASCO JOVER, C. Op.cit.

⁸⁹ BORONAT TORMO, M, *Algunas novedades del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en la nueva LRJ*. 2012, Revista de Jurisprudencia”, número 1

⁹⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F. *La Ley de la Jurisdicción Social: una primera aproximación*. Actualidad Laboral, Nº 21-22, pág. 2481, 2013, Editorial LA LEY

suspensión del acto impugnado como cualquier otra medida que sea necesaria para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia”.

Hecha la consideración anterior, es del todo significativo que se especifiquen en la nueva norma una serie de medidas cautelares diferenciadas para tres supuestos muy concretos: la protección del derecho a la libertad sindical, del derecho a la huelga y la tutela frente al acoso⁹¹.

Cuando la lesión afecte a la libertad sindical, la suspensión del acto impugnado, sólo procederá, en dos casos muy delimitados. De un lado, cuando el acto en sí *“impida la participación de candidatos en el proceso electoral”*. De otro, cuando impida *“el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas o respecto de otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación”*.

En caso de huelga podrá la parte interesada solicitar del juez la adopción de medidas cautelares cuando *“se impugnen exclusivamente los actos de determinación del personal laboral adscrito a los mismos 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”*. En este caso el artículo 180.3 deja abierta a la actuación judicial la posibilidad de modificar, mantener o revocar la designación de personal adscrito a dichos servicios conforme a las propuestas que hayan podido formular las partes.

En lo que se refiere, a las medidas a adoptar de forma cautelar contra el acoso, *“así como en los procesos seguidos a instancia de la trabajadora víctima de la violencia de género para el ejercicio de los derechos que le sean reconocidos en tal situación”*, éstas pueden ser, entre otras, *“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*

⁹¹ LOUSADA AROCHENA, J.F. *ibid.*

efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquéllas que pudieran afectar al presunto acosador u vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste.”

En cualquier caso, la suspensión del acto en los casos de vulneración de la libertad sindical o de acoso, es importante desde el punto de vista indemnizatorio, pues dicha suspensión, puede evitar un daño moral mayor⁹², y en consecuencia, detener la indemnización que finalmente se solicite. Por otra parte, el art. 180.4 LRJS también hay que ponerlo en relación y complementarlo con el art. 79 LRJS, que es el precepto que regula el régimen aplicable para la adopción de medidas cautelares y establece que “*el órgano judicial, (...) en los casos en que pueda derivarse su responsabilidad, podrá decretar el embargo preventivo de bienes del demandado en cuantía suficiente para cubrir lo reclamado en la demanda...*”. Por tanto, el demandante podrá solicitar la retención de una cantidad que incluya también la cuantía solicitada como indemnización por daño moral.

IV.- Carga de la prueba

De acuerdo con el artículo 181.2 de la LRJS “*en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”. Establece por tanto, que como consecuencia de las dificultades que conlleva para el trabajador la prueba de los hechos constitutivos de la vulneración de sus derechos⁹³, basta con que alegue indicios de una conducta empresarial discriminatoria, aunque debe recordarse que el indicio no consiste en la mera

⁹² por ejemplo a la imagen del sindicato, ya que de no corregirse la situación, el perjuicio para el sindicato es evidente, pues el sindicato puede quedar en un mal lugar ante los propios trabajadores de la empresa demandada o a la hora de acudir a otras empresas a convocar elecciones.

⁹³ TC 94/1984 de 16 de octubre.

alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse.⁹⁴

Buen exponente de ese criterio lo resume la STS de 4 de mayo de 2000 cuando indica que *“debe recaer la carga de probar sobre la parte a la que le sea posible hacerlo si a la contraria le es imposible (...) lo mismo que si en lugar de imposibilidad, hay dificultad sobresaliente de orden objetivo”*. De igual forma resuelve la doctrina constitucional en la sentencia 90/1997, de 6 de mayo (reiterada después en la STC 66/2002, de 21 de marzo) al afirmar que *“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 éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial”*

Se trata pues, de que el empresario acredite qué causas explican objetivamente su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador.

V.- La sentencia

La urgencia que caracteriza al proceso de tutela queda también puesta de relieve en la sentencia, la cual: 1) habrá de dictarse en el plazo de tres días desde la celebración del acto del juicio, 2) será ejecutiva desde el momento en que se dicte, sin perjuicio de los recursos que contra ella pudiera interponerse y 3) habrá de ser publicada y notificada inmediatamente a las partes.

En cualquier caso, la mayor especialidad se encuentra en el contenido del fallo, que será distinto según se estime o desestime la pretensión, supuesto este último que

⁹⁴ TC 49/2003 de 17 de marzo

no plantea mayor complicación, dado que si la sentencia declarara la inexistencia de la vulneración denunciada levantará la suspensión de la decisión o acto impugnado o de la medida cautelar que, en su momento, pudiera haberse acordado. Siendo mucho más complejo el contenido de las sentencias estimatorias⁹⁵.

En este sentido, también se han producido cambios con la nueva regulación de la LRJS. El derogado art. 180.1 LPL hacía referencia, de forma bastante genérica, a que la sentencia "*declarará la existencia o no de la vulneración denunciada*" y, tras ello, realizaba una exposición de los posibles contenidos que aquella podía incorporar. En el nuevo art. 182.1 LRJS, por el contrario, se aprecia una mejora en la técnica legislativa empleada al realizarse toda una reformulación, detallada y ordenada, de las clases de tutela que puede ofrecer la sentencia que estime la pretensión del actor⁹⁶.

Así pues, si el pronunciamiento estima la demanda, la sentencia deberá contener: 1) si declara o no la vulneración del derecho fundamental o libertad pública denunciada, "*según el contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal, y conforme a las normas y doctrina aplicables, sean o no acertadamente invocadas por los litigantes*"; 2) declarará la nulidad radical de la actuación del empleador; 3) ordenará el cese inmediato de la conducta contraria al derecho fundamental o Libertad Pública, o, la prohibición de interrumpir una conducta, o, la obligación de realizar una conducta que ha sido omitida, cuando ello fuera exigible por la naturaleza del derecho fundamental o Libertad vulnerada; 4) se dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho al momento anterior a su lesión, así como la manera de reparar las consecuencias de la acción u omisión vulneradora, incluyendo la indemnización que proceda; 5) Por último, se dispondrá lo oportuno sobre las medidas cautelares si previamente se acordaron⁹⁷. En ese sentido, será una sentencia declarativa y de condena en la que, tal como viene señalando la jurisprudencia, se recoge una triple tutela: "tutela inhibitoria

⁹⁵ MANEIRO VAZQUEZ, Y. op.cit.

⁹⁶ BLASCO JOVER, C., op.cit.

⁹⁷ BORONAT TORMO, M., op.cit.

respecto del acto lesivo de la libertad sindical”, “tutela restitutoria del derecho vulnerado” y “tutela resarcitoria de los daños producidos al trabajador afectado”⁹⁸

En conclusión, todos estos contenidos resultan ineludibles en una sentencia estimatoria y son, sobre los que tiene que vigilar el Ministerio Fiscal en tanto garante de la integridad de la reparación de la víctima. Integridad que se logra, desde luego, con el abono de la indemnización que procediera, según se ha comentado en apartados anteriores.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El ordenamiento español ha optado por reforzar la tutela jurisdiccional genérica de los derechos e intereses legítimos de las personas, estableciendo un plus de protección jurisdiccional para los derechos fundamentales.

La indicada tutela arranca en el mandato constitucional de configurar un procedimiento para la tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas se recogió en la LPL de 1995 que recoge la rúbrica “De la tutela de los derechos de libertad sindical” como objeto genérico de esta modalidad pero extendió su conocimiento a “las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas” como así finalmente rotula esta modalidad, la nueva LRJS.

Por tanto, concluyo que es ésta una unificación necesaria, en cuanto contribuye a clarificar el objeto de este proceso laboral, englobando expresamente derechos de contenido claramente laboral, como son el derecho de libertad sindical y el derecho de huelga, a los que se suman otros derechos fundamentales y libertades incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, siempre que la pretensión se

⁹⁸ CHOCRÓN GIRALDEZ, A.M. op.cit.

suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas.

SEGUNDA: La tutela de los derechos fundamentales es un mandato constitucional desarrollado en la LPL y posteriormente en la LRJS. En ella se dispone la necesaria reparación de las consecuencias derivadas del acto lesivo, incluida la indemnización que procediera.

Concluyo que como consecuencia de la exigencia constitucional de una protección real y efectiva de los derechos fundamentales y libertades públicas, es la indemnización pecuniaria, un elemento esencial para la reparación de los daños derivados de dicha vulneración, de tal forma, que su denegación infundada, vulnera no sólo el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también el derecho fundamental sustantivo por cuya violación se hubiera solicitado la indemnización.

TERCERA: Así pues, la decisión acerca de si la condena económica es integrante necesario de la estimación de la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas ha generado una tortuosa jurisprudencia, que ha ido evolucionando, dando lugar a la actual doctrina unificada que posteriormente fue recogida en la reciente LRJS.

Dicha doctrina actual determina que la indemnización por lesión de derechos fundamentales no es consecuencia necesaria o automática de la declaración de la existencia de la lesión, si no que para que el juzgador pueda determinar una condena indemnizatoria es necesario que el demandante acredite la verdadera existencia de daños y perjuicios. Al no ser automática, la condena indemnizatoria exige una cierta actividad probatoria en orden a acreditar la existencia de daños y perjuicios. En definitiva, puedo concluir que los requisitos establecidos por la doctrina para que dicha condena se establezca son:

En primer lugar, que se realice una descripción de la agresión al derecho fundamental, identificando así mismo, los daños producidos ya sean estos

patrimoniales, morales o ambos. Seguidamente se debe demostrar la conexión causal lesión-daños, teniendo en cuenta la consideración individualizada de la agresión al derecho fundamental acaecida en cada supuesto concreto.

En segundo lugar, los elementos aportados deben permitir una valoración de los daños que dé lugar a la indemnización reclamada y todo ello sustentado por las pruebas necesarias para la condena indemnizatoria.

CUARTA: En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia muestra la tradicional distinción entre daños materiales o patrimoniales y daños morales o no patrimoniales.

Para que se estime la condena indemnizatoria, el demandante está obligado a aportar 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.

Sin embargo, de la doctrina establecida por el TC y lo estipulado por la nueva LRJS, concluyo que el tratamiento jurídico que los daños patrimoniales y los no patrimoniales tendrán será distinto, ya que la exigencia probatoria no muestra dificultad cuando se trata de daños materiales perfectamente cuantificables, sin embargo, si nos encontramos ante daños morales, su dificultad es evidente. Por tanto, mientras que para los daños morales parece imponerse la regla de la automaticidad de la indemnización, para el otro tipo de perjuicios sufridos, los materiales, se exigirá al demandante una mayor diligencia a fin de aportar tanto una mínima prueba de ellos como de los elementos necesarios para proceder a su cuantificación. De todas formas, será necesario esperar a que el TS se manifieste en unificación de doctrina en aplicación de la nueva LRJS, pues hasta el momento no se ha dado el caso debido a su escaso periodo de vigencia.

QUINTA: La misma dificultad se presenta con la cuantificación de los daños morales, ya que no existen normas de aplicación para calcular la indemnización

correspondiente a dicho daño y por tanto han de ser atendidas las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión sufrida siendo ambas consideradas por el juzgador de instancia.

Sin embargo puedo deducir ciertas pautas judiciales sobre la valoración del daño moral, como son: 1) Se debe tener en cuenta las circunstancias personales de cada demandante y demandado. 2) El grado en que, de no haber mediado la conducta ilícita, se podría haber alcanzado los objetivos previstos por el demandante. 3) La difusión o trascendencia social de la conducta ilícita. 4) La duración y agresividad el comportamiento lesivo, así como de su reiteración o permanencia en el tiempo.

A pesar de lo dicho, se han multiplicado los esfuerzos de los órganos judiciales para intentar buscar un criterio objetivo al que recurrir y así, simplificar de alguna manera, la dificultad que en ocasiones se presenta a la hora de fijar una indemnización. Así es criterio admitido por el TS, el de cuantificar los daños y perjuicios tomando como base de cálculo el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor, o bien la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, teniendo ambas un valor meramente orientativo.

Sin embargo ninguna de estas normas recogen todos los daños morales causados por la vulneración de los derechos fundamentales puesto que no han sido creadas para este fin, lo que provoca una minusvaloración de los derechos fundamentales.

SEXTA: A pesar de que el TS se ha mostrado vacilante respecto a si la naturaleza de la indemnización ha de ser únicamente reparadora del daño sufrido o por el contrario ésta ha de ser también disuasoria. Ha sido la LRJS la que ha zanjado la cuestión estableciendo que la indemnización que se impone a la empresa no tiene sólo un efecto reparatorio del daño sino también una finalidad preventiva que evite daños futuros. Por tanto, considero que con la LRJS no queda lugar a la duda sobre cuáles son los fines que se pretenden conseguir con la misma. Por un lado, el restablecimiento completo de la posición de la víctima reparándole así todos los perjuicios, incluidos los económicos, que se le hayan podido ocasionar. Y, por otro, el

disuasorio o de prevención del daño, que supondría que la imposición del pago de estas cuantías económicas al autor de la lesión serviría como medida ejemplificante para evitar futuras conductas lesivas. Sin embargo, he apreciado que en las sentencias examinadas, hasta el momento de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, a pesar de que incorporan dicha novedad lo hacen simplemente con una mera alusión a dicho efecto disuasorio sin que repercuta en un incremento de las cuantías de las indemnizaciones. Será necesario esperar a que el TS se pronuncie en unificación de doctrina sobre este aspecto, ya que hasta el momento y debido al breve tiempo de vida de la LRJS aún no se ha dado el caso.

SÉPTIMA: Cuando el incumplimiento grave de las obligaciones del empresario degenera en la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, especialmente cuando se trata de acoso moral, el ordenamiento jurídico laboral proporciona diversos instrumentos reactivos de tutela, entre ellos el trabajador puede solicitar la extinción del contrato de trabajo por vía del art. 50.2. ET.

Desde una perspectiva indemnizatoria, esta posibilidad plantea la cuestión si a esa indemnización tasada es posible sumar una indemnización adicional destinada a resarcir otros daños derivados de la misma conducta pero no tomados en consideración por el legislador a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria, como son los daños y perjuicios, materiales y morales derivados de la lesión de los derechos fundamentales del trabajador.

La tesis jurisprudencial mantenida inicialmente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo negaba la compatibilidad entre indemnizaciones. Sin embargo, dicha doctrina fue revisada dando un giro jurisprudencial por el cual se admite con rotundidad que la indemnización prevista en el art. 50 ET es compatible con otra adicional cuando la causa extintiva es la lesión de un derecho fundamental. En definitiva, puedo concluir que una vez más y como viene siendo común la doctrina judicial se ha adelantado al legislador a la hora de dar soluciones, ya que la cuestión quedó resuelta con la nueva LRJS que hace alusión expresa a la compatibilidad entre la indemnización por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas y la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de

trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

Cuestión distinta es la referida a la solicitud de una indemnización en concepto de honorarios del letrado que intervino en el proceso de defensa de la parte que sufrió la declarada vulneración de derechos fundamentales o de la inclusión de dicha partida en la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el ámbito social, ya que el TS rechaza dicha cuestión y por tanto, debo concluir que no se puede calificar como indemnización el importe de los honorarios satisfechos al letrado o graduado social por procedimiento de tutela de derechos fundamentales, ya que supondría un fraude de Ley al principio de gratuidad de proceso laboral en la instancia.

OCTAVA: Durante la vigencia de la LPL/1 995, la enumeración vaga e imprecisa del artículo 180.1 llevó a plantear la duda acerca de si la norma comprendía no solo la vulneración de derechos por parte del empresario frente al trabajador, sino también la proveniente de cualquier otro empleado de la empresa con independencia de su categoría o situación laboral.

La jurisprudencia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia se ha venido mostrando vacilante a la hora de acoger la cuestión del litisconsorcio pasivo necesario en el proceso de tutela de derechos fundamentales. Sin embargo, la doctrina establecida por el TS, que posteriormente fue recogida por la LRJS reconoce la legitimación pasiva al autor de la lesión del derecho fundamental y no solo a la empresa en la que la víctima desarrolla su actividad laboral.

Por tanto puedo inferir que es necesario demandar como responsable, no sólo el empresario en el ámbito de la relación laboral; sino también cualquier otro sujeto que resulte responsable con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario, es decir, pueden ser responsables otros trabajadores de la empresa como cualquier otro sujeto siempre y cuando, la vulneración del derecho fundamental se haya producido en conexión directa con la relación de trabajo considerando que se dará ésta, cuando se produzca con ocasión de la prestación del trabajo.

NOVENA: Dado que en todo proceso tiene que transcurrir un tiempo, más o menos largo, entre la presentación de la demanda y la resolución judicial, en ocasiones puede llegar a producirse una situación de riesgo para los derechos o intereses en conflicto, por lo que la existencia de las medidas cautelares se convierte en numerosas ocasiones en la única forma que garantiza la efectividad de la sentencia y preserva los bienes jurídicos en conflicto.

Con la LRJS se efectúa una remodelación absoluta de la tutela judicial cautelar, sobre todo en lo relacionado con las medidas cautelares en el proceso de tutela de derechos fundamentales que amplía el número de medidas cautelares a adoptar por el juez o tribunal, haciendo especial hincapié en la protección del derecho a la libertad sindical, de huelga y la tutela frente al acoso.

Puedo concluir que desde el punto de vista indemnizatorio, la suspensión del acto en los casos de vulneración de la libertad sindical o de acoso, se torna importante pues dicha suspensión, puede evitar un daño moral mayor, y en consecuencia, detener la indemnización que finalmente se solicite. Sin olvidar la posibilidad de que el órgano judicial decrete el embargo preventivo de bienes del demandado en cuantía suficiente para cubrir lo reclamado en la demanda, es decir, la cuantía solicitada como indemnización por daño moral.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ALONSO, D. *Indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral (I): fundamento, naturaleza, sujetos responsables y requisitos*. Editorial LA LEY, Actualidad Laboral, 2009, ISSN 0213-7097.

BLASCO JOVER, C. *Las novedades introducidas en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales tras la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*. Ed. La Ley. Actualidad Laboral, Nº 15, Sección Estudios, Septiembre 2012.

BORONAT TORMO, M. *Algunas novedades del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en la nueva LRJ*. 2012, Revista de Jurisprudencia", número 1

CARDENAL CARRO, M. *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical: un estudio jurisprudencial del razonamiento acerca de su pertinencia*, Navarra Editorial Aranzadi, SA, 2006. ISBN: 84-9767-560-6.

CAVAS MARTINEZ, C. *El proceso laboral de Tutela de la Libertad Sindical y demás Derechos Fundamentales*. Navarra. Ed. Aranzadi SA. 2004. ISBN 84-9767-439-1

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M. *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el proceso laboral, a propósito de la reforma de la Jurisdicción Social. Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada*. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), Universidad de A Coruña, 2012, ISBN 978-84-9749-501-1.

CHOCRÓN GIRALDEZ, A.M. *El proceso laboral de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en la ley reguladora de la jurisdicción social*. Boletín del Ministerio de Justicia. nº 2142, 2012, ISSN: 1989-4767

GINÈS i FABRELLAS, A., *La compatibilidad entre la indemnización por resolución de contrato laboral y por daños y perjuicios*. Indret. 2008

MANEIRO VAZQUEZ, Y. *La Tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas por los Tribunales Laborales*. A Coruña. Editorial Netbiblo. 2007.

MOLINA NAVARRETE, C.: *La reforma procesal social: ¿de la modernización burocrática al desbordamiento de la jurisdicción?* Estudios Financieros, nº 344, 2011.

LILLO PEREZ, E. *Doctrina judicial para la fijación de la indemnización de daños y perjuicios ante la actuación empresarial de discriminación y hostigamiento por motivos antisindicales a los trabajadores y al Sindicato.* Cuadernos de Derecho Judicial, nº 66.

LOUSADA AROCHENA, J.F. *La Ley de la Jurisdicción Social: una primera aproximación.* Editorial LA LEY. Actualidad Laboral, Nº 21-22, 2013.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SANMARTIN MAZZUCCONI, C., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo,* Aranzadi. Pamplona. 2003.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores,* Pamplona. Aranzadi. 2001.

SERRANO OLIVARES, R.: *El Acoso Moral en el trabajo,* Madrid. CES. 2005.

TODOLÍ SIGNES, A. *Glosa Judicial. La insuficiente aplicación del baremo del automóvil para el cálculo de indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales (A propósito de la STS de 27 de diciembre de 2011).* Editorial LA LEY, Actualidad Laboral, Nº 15, 2012.

VALLE MUÑOZ, F.A., *La reparación de las consecuencias ilícitas del comportamiento antisindical: la indemnización procedente,* AL, num.41.

Fuentes electrónicas:

<http://www.ugt.es/actualidad/2011/octubre/VULNERACIONLIBERTADSINDICAL.pdf>

<http://www.ugt.es/actualidad/2011/octubre/LATEORIADELDAÑO.pdf>

TABLA DE SENTENCIAS CITADAS

Sentencias del Tribunal Constitucional

Fecha	Ref.
16 de octubre de 1984	94/1984
21 de marzo de 2002	66/2002
17 de marzo de 2003	49/2003
24 de julio de 2006	247/2006
17 de diciembre de 2007	250/2007

Sentencias del Tribunal Supremo:

Sala y fecha	Roj.	Nº rec.
4ª, 09 de junio de 1993	3846/1993	3856/1992
4ª, 22 julio de 1996	6381/1996	1880/1995
4ª, 03 de abril de 1997	2331/1997	3455/1996
4ª, 28 de febrero de 2000	2242/2000	2346/1999
1ª, 20 de febrero 2002	1180/2002	2855/1996
4ª, 17 de enero de 2003	1478/2003	3650/2001
4ª, 11 de abril de 2003	2577/2003	1160/2001
4ª, 21 de julio de 2003	5191/2003	4409/2002
4ª, 11 de marzo de 2004	1674/2004	3994/2002
4ª, 12 de diciembre de 2005	8053/2005	59/2005
4ª, 17 de mayo de 2006	3444/2006	4372/2004
1ª, 31 de mayo de 2006	3357/2006	3866/1999
1ª, 09 de junio de 2006	3729/2006	3822/1999
1ª, 19 de julio de 2006.	4429/2006	3364/1999
4ª, 04 de abril de 2007	2447/2007	588/2006
4ª, 20 de septiembre 2007	6575/2007	3326/2006
4ª, 16 de enero de 2008	99/2008	4848/2006

4ª, 30 de enero de 2008	2309/2008	2543/2006
4ª, 24 de octubre de 2008	6325/2008	2463/2007
4ª, 11 de febrero 2009	1334/2009	1046/2008
4ª, 10 de junio de 2009	4591/2009	3098/2007
4ª, 24 de junio de 2009	5159/2009	622/2008
4ª, 24 de junio de 2009	4429/2009	34112/2008
4ª, 24 de junio de 2009	5254/2009	3412/2008
4ª, 21 de septiembre 2009	6432/2009	2738/2008
4ª, 19 de noviembre 2009	8530/2009	2399/2008
4ª, 15 de diciembre de 2009	8600/2009	3365/2008
4ª, 25 de enero de 2010	494/2010	40/2009
4ª, 09 de marzo de 2010	1811/2010	4285/08
4ª, 15 de junio de 2010	4384/2010	804/2006
4ª, 30 de junio de 2010	4801/2010	4123/2008
4ª, 07 de marzo de 2011	3111/2011	2190/2010
4ª, 08 de junio de 2011	5331/2011	144/2010
4ª, 27 diciembre de 2011	9259/2011	1136/2011
4ª, 15 de febrero de 2012	1871/2012	67/2011
4ª, 11 de mayo de 2012	4653/2012	1554/2011
4ª, 11 de junio de 2012	5916/2012	3336/2011
4ª, 18 de julio de 2012	6081/2012	126/2011
4ª, 05 de febrero de 2013	817/2013	89/2012

Sentencias de Tribunales de Justicia

TSJ y fecha	Roj.	Rec.
C. Valenciana 9/11/2000	4496/2000	2997/2000
Andalucía 9/02/2006	1078/2006	2436/2005
Cataluña 15/05/2006	14430/2006	4938/2005
Madrid 14/12/2006	13089/2006	5391/2006
Andalucía 2/12/2008	14805/2008	3098/2008
Cataluña 1/04/2009	5392/2009	451/2008
Galicia 13/04/2009	2259/2009	5713/2008
I.Canarias 15/12/2010	4383/2010	21/2010
Castilla y León 16/2/2012	592/2012	51/2012

La indemnización en el proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en el orden social

Madrid 01/02/2013	81/2013	6334/12
Madrid 04/02/2013	1215/2013	6928/2012
Asturias 15/02/2013	00379/2013	72/2013
Murcia 03/06/2013	1503/2013	177/2013