

EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO LABORAL¹

The procedure of fundamental rights in the workplace

POR: DR. ALEXANDRE PAZOS PÉREZ

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo (España)*

RESUMEN: La protección que se otorga a los derechos fundamentales en el ámbito laboral se puede apreciar en un procedimiento específico que se caracteriza por la sumariedad, preferencia, intervención del Ministerio Fiscal e inversión de la carga de la prueba. Un ejemplo de dicha mayor protección que le otorga el ordenamiento jurídico a los derechos fundamentales es la posibilidad de calificar el despido como nulo que conlleva la readmisión del trabajador. También se puede solicitar una indemnización por daños y perjuicios, en los que se deberán tener en cuenta conceptos como el lucro cesante y el daño emergente.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, sumariedad, preferencia, carga de la prueba y nulidad.

ABSTRACT: The protection afforded to fundamental rights in the workplace can be seen in a specific procedure that is characterized by the summary, preference, intervention of the Public Prosecutor and reversal of the burden of proof. An example of such greater protection granted by the legal order to fundamental rights is the possibility of qualifying the dismissal as void that entails the readmission of the worker. It is also possible to claim actual damages, which should take into account concepts such as loss of profits and emerging damage.

KEYWORDS: Fundamental rights, summary, preference, burden of proof and nullity.

SUMARIO: I.- UTILIZACIÓN DE CAUCES PROCESALES ALTERNATIVOS O NO ALTERNATIVOS. POR LA VÍA ORDINARIA, O POR LA VÍA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. II.- PREFERENCIA Y SUMARIEDAD. III.- LEGITIMACIÓN. IV.- INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. V.- COMPETENCIAS. VI.- DEMANDA. VII.- CARGA DE LA PRUEBA. VIII.- SENTENCIA. IX.- PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD. X.- CONCLUSIONES. XI.- BIBLIOGRAFÍA

¹ * Recibido para publicación: 13 de noviembre de 2016.
Enviado para evaluación externa: 15 de noviembre de 2016.
Recibida evaluación externa positiva: 2 de diciembre de 2016.
Aceptado para publicación: 5 de diciembre de 2016.

I.- UTILIZACIÓN DE CAUCES PROCESALES ALTERNATIVOS O NO ALTERNATIVOS. POR LA VÍA ORDINARIA, O POR LA VÍA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

La protección de los derechos fundamentales requiere una serie de garantías normativas², jurisdiccionales e institucionales³.

La especial relevancia de los derechos fundamentales justifica que tengan una protección reforzada o privilegiada dentro del ordenamiento jurídico, de ello se deriva el reconocimiento de una vía jurisdiccional específica para conocer de las lesiones que puedan afectar a dichos derechos fundamentales.

Las garantías jurisdiccionales se refieren al procedimiento especial, preferente y sumario, ante los Tribunales ordinarios⁴ en un primer momento, y posteriormente ante el TC mediante el recurso de amparo constitucional. A tal efecto el art. 44.1.a) de la CE exige, como requisito para interponer recurso de amparo frente a las violaciones de derechos y libertades fundamentales que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, y que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

El recurso de amparo no es la última instancia judicial, al no venir integrado el TC en el poder judicial, sino que es un mecanismo extraordinario suplementario, subsidiario y limitado, de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas⁵.

El art. 53 de la CE establece una garantía jurisdiccional reforzada para los derechos fundamentales⁶, poniendo a disposición de los interesados un procedimiento especial reforzado de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Habitualmente, el procedimiento más beneficioso es el procedimiento específico y especial de los artículos 177 a 184 de la LJS, denominado “de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas”. Procedimiento dotado de las mayores garantías, ya que supone: la supresión de ciertos trámites, acortamiento de los plazos y trámites procesales, prioridad absoluta en la tramitación, la legitimación del sindicato para intervenir como coadyuvante del trabajador afectado⁷, la intervención obligatoria del Ministerio Fiscal en calidad de parte, posibilidad de solicitar medidas cautelares⁸ en los

² Como la exigencia de su regulación mediante Ley Orgánica regulada en el art. 81 de la CE, la protección otorgada mediante el recurso de amparo prevista en el art. 53 de la CE o la previsión de un procedimiento de reforma constitucional especialmente “rígido” del art. 168 de la CE.

³ En este sentido hay que tener en cuenta el control parlamentario de los derechos fundamentales, la iniciativa legislativa popular y el defensor del pueblo.

⁴ Hay que precisar que, los tribunales ordinarios no son sólo una vía previa que es necesario agotar antes de acudir en amparo al TC, sino que los tribunales ordinarios son “los tuteladores por excelencia de esos derechos fundamentales” como afirma Alonso García, Enrique: *Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria*, Civitas (Madrid, 1991), p. 210.

⁵ Véase la STC 185/1990, de 15 de noviembre, FJ 4º.

⁶ Artículos del 14 al 29 de la CE

⁷ Art. 177.2 de la LJS.

⁸ Como por ejemplo la suspensión del acto impugnado.

casos y con las condiciones previstas en la ley⁹, la facilitación de la actividad probatoria del trabajador, al que sólo se le exige aportar indicios de la lesión invocada¹⁰, la necesidad de que el fallo de la sentencia, si considera que se ha producido la vulneración alegada, declare la nulidad¹¹ radical del acto lesivo y fije la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el afectado, incluyendo los daños morales¹², acceso al recurso de suplicación en todos los casos¹³ y ejecutividad de la sentencia de instancia desde que se dicte¹⁴.

Como excepción a la regla general hay que destacar que las materias que contempla el art. 184 de la LJS, tras su modificación por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial¹⁵, son “las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el art. 138 bis y las de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de la libertad sindical y otro derecho fundamental se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente”. Se introduce una importante restricción – inexcusable-, en determinadas materias, que se deberán tramitar por la modalidad procesal que les corresponda. Unido al deber impuesto al juez o tribunal de “rechazar de plano” las demandas que no deban tramitarse a través de este proceso especial y no sean susceptibles de subsanación, aunque advirtiendo al demandante del cauce procesal oportuno¹⁶. En este sentido, hay que tener en cuenta que en ocasiones la apreciación judicial de la inadecuación de procedimiento también puede tener lugar en la sentencia, después de las alegaciones y las pruebas practicadas. Aunque si es en la sentencia en la que se declara que no es el procedimiento especial de tutela el adecuado, no debe entrar a valorar el fondo del asunto¹⁷. Deberá indicar cuál es el procedimiento adecuado para conocer dicha demanda. Incluso el propio juzgador puede darle la tramitación ordinaria o especial que corresponda, si es competente para ello y la demanda reúne los requisitos exigidos por la ley, en aplicación del principio de economía procesal¹⁸.

⁹ Art. 180 de la LJS.

¹⁰ Art. 181 de la LJS.

¹¹ La STC 80/2001, de 26 de marzo, indica que “si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción de la organización empleadora por el hecho de haber ejercitado su trabajador su derecho a la libertad de expresión, la calificación de tal ruptura sería la de radicalmente nula”.

¹² Art. 182 de la LJS.

¹³ Incluso en materia de vacaciones y electoral.

¹⁴ Art. 303 de la LJS.

¹⁵ BOE de 4 de noviembre de 2009.

¹⁶ Art. 179.4 de la LJS.

¹⁷ La STS de 8 de abril de 2010 (RJ 2010/3744), estima la excepción de inadecuación de procedimiento y deja sin juzgar la acción relativa a la validez de la circunscripción electoral, no entrando a valorar el fondo de la pretensión.

¹⁸ En virtud del art. 24 de la CE sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el juez es competente y la demanda cumpla los requisitos para poder ser conocida bajo una nueva modalidad procesal, el actor tiene derecho a que su pretensión sea atendida por el Juzgado competente, el cual no debería obligar al actor a iniciar un procedimiento nuevo, debido a que la acción puede estar sometida a un plazo de caducidad muy corto, y por tanto se podría quedar en una situación de desamparo.

En un principio, se interpretó literalmente el art. 184 de la LJS, excluyendo por tanto del proceso de tutela de derechos fundamentales todas aquellas materias que explícitamente se mencionan en dicho precepto, debido a que dichos temas ya poseen un procedimiento específico para su impugnación judicial. Pero esta interpretación tan restrictiva del proceso de tutela no resuelve los requerimientos sociales de amparo ante la lesión de sus derechos fundamentales, y podría convertir el proceso especial en un “proceso marginal, casi residual o, como mínimo, despojado de las principales materias para cuya discusión fue originariamente ideado”¹⁹. La nueva redacción del art. 184 de la LJS incluye explícitamente en las demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente “las sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas”. Señalando que se “tramitarán inexcusablemente con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del art. 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva”.

Los artículos 177 a 184 de la LJS se encuentran regulados bajo el título “de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en el que se engloba la defensa de todos los derechos fundamentales reconocidos en la CE.

Desde mi punto de vista, la redacción del art. 184 de la LJS, como límite restrictivo es reflejo del temor del legislador a que se saturase la vía procesal especial del art. 177, y que se pudiese emplear incorrectamente dicha vía por aquellos que se quisieran beneficiar de las ventajas aportadas por el procedimiento de tutela. En este sentido, considero que no todas las pretensiones relacionadas con la vulneración de un derecho fundamental se deben tramitar necesariamente por el procedimiento especial. Dependerá de cada caso concreto, y en algunas ocasiones beneficiará más el procedimiento especial de tutela o el proceso ordinario que corresponda a la materia, de ahí la pericia de cada uno en elegir el procedimiento que más beneficios le aporte, aunque hay que tener en cuenta que la posibilidad de optar entre ambos procedimientos no da a lugar a que se pueda disponer de la acción propiamente dicha. No se puede elegir el procedimiento especial tan sólo porque es más beneficioso, sin tener en cuenta la vulneración de un derecho fundamental. El propio juez, de oficio, debe examinar la demanda previamente y comprobar la adecuación del procedimiento, asegurándose de que reúne todos los requisitos propios del procedimiento especial, y por tanto es el encargado de verificar que es ése el cauce adecuado²⁰.

¹⁹ Maneiro Vázquez, Yolanda: *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, Netbiblo (Coruña, 2007), p. 69.

²⁰ Hay que tener en cuenta el art. 81 de la LJS en el que se afirma que “el secretario judicial, dentro de los tres días siguientes a la recepción de la demanda, dará cuenta al juez o tribunal, si entendiera que concurren los supuestos de falta de jurisdicción o competencia o, en otro caso, sin perjuicio de los procedimientos de señalamiento inmediato que puedan establecerse, resolverá sobre la admisión a trámite de aquella con señalamiento de juicio”. En el caso de que el secretario judicial constate que hay defectos u omisiones en la demanda “advertirá a la parte de los defectos u omisiones en que haya incurrido al redactar la demanda en relación con los presupuestos procesales necesarios que pudieran impedir la válida prosecución y término del proceso, así como en relación con los documentos de preceptiva aportación con la misma” con la finalidad de que los subsane dentro del plazo de cuatro días; y también el art. 179.4 de la LJS “el juez o tribunal rechazará de plano las demandas que no deban tramitarse con arreglo a las disposiciones de este capítulo y no sean susceptibles de subsanación, advirtiendo al

Por todo ello surgió la *teoría de la acumulación de garantías procesales*, según la cual se le aplican las garantías propias del procedimiento especial de tutela, también a las materias contempladas explícitamente en el art. 184 de la LJS, cuando simultáneamente se vea vulnerado un derecho fundamental, aunque el procedimiento a seguir sea el propio de cada derecho vulnerado en función de la materia.

En definitiva, cualquier vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas debe disfrutar de las garantías que ofrecen los artículos 177 y siguientes, extendiéndose a las materias contempladas en el art. 184 de la LJS.

II.- PREFERENCIA Y SUMARIEDAD

La preferencia y sumariedad son dos principios que aparecen mencionados en el art. 53.2 de la CE.

Respecto a la preferencia, su definición se puede encontrar perfectamente definida en la STC 81/1992, de 28 de mayo, en la cual se afirma que la preferencia “implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos” por lo que la tramitación de estos procesos tendrá carácter preferente respecto a todos los que se sigan en el Juzgado o Tribunal, y en este sentido los recursos que se interpongan se resolverán también en el Juzgado con igual preferencia como indica el art. 179 de la LJS²¹.

Mientras que la sumariedad debe de ser entendida, en sentido coloquial, como urgencia en la tramitación, equivalente a “rapidez”²².

El principio de sumariedad puede ser entendido en dos sentidos, como sumariedad cuantitativa y como sumariedad cualitativa.

Con respecto a la primera, hay que destacar que se hace referencia a que su tramitación tiene carácter urgente a todos los efectos y es preferente respecto de todos los que se siguen en el Juzgado o Tribunal, incluso también es aplicable a los recursos. Se puede apreciar dicha celeridad en la tramitación:

demandante del derecho que le asiste a promover la acción por el cauce procesal correspondiente”, y sin perjuicio de “dar a la demanda la tramitación ordinaria o especial si para el procedimiento adecuado fuese competente y la demanda reuniese los requisitos exigidos por la ley para tal clase de procedimiento”.

²¹ Como indica el art. 179 de la LJS “la tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que se sigan en el Juzgado o Tribunal. Los recursos que se interpongan se resolverán por el Tribunal con igual preferencia”.

²² La STC 81/1992, de 28 de mayo, señala que “por proceso sumario tan solo cabe entender la exigencia constitucional de que los procesos de protección jurisdiccional sean sustancialmente rápidos y acelerados”. Por lo que no se debe entender la sumariedad como limitación del objeto del proceso, de las pruebas y por lo tanto de los efectos de la cosa juzgada material, como afirma Fairén Guillén, Víctor: *El procedimiento “preferente y sumario” y el recurso de amparo en el art. 53.2 de la Constitución*. RAP, n° 89, 1979, p. 207 y ss.

En la supresión de la conciliación preprocesal y de la reclamación previa administrativa, como consecuencia de la urgencia en la tramitación de estos procesos especiales y la no disponibilidad por las partes de los derechos fundamentales.

También en la reducción del plazo dentro del que deben tener lugar los actos de conciliación y de juicio. En este sentido el art. 181 de la LJS pone de manifiesto que “admitida a trámite la demanda, el Juez o Tribunal citará a las partes para los actos de conciliación y juicio, que habrán de tener lugar dentro del plazo improrrogable de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. En todo caso habrá de mediar un mínimo de dos días entre la citación y la efectiva celebración de aquellos actos”²³.

Por otro lado, también se reducirá el plazo de dictar sentencia a los tres días hábiles siguientes a la terminación del acto del juicio²⁴.

La rapidez en la tramitación también requiere la necesidad de que la notificación de aquélla a las partes o sus representantes se produzca “inmediatamente”²⁵.

También conlleva que la ejecutividad de la sentencia será “rápida”, concretamente desde el momento en que se dicte.

Por último, hay que tener en cuenta la urgencia que preside la tramitación de los asuntos a enjuiciar por el proceso de los artículos 177 y siguientes de la LJS, respecto a la habilitación de los días del mes de agosto para las actuaciones judiciales que hayan de practicarse en orden a la expresa tramitación.

En definitiva, los efectos de dicha rapidez se traducen en la eliminación de los actos de evitación de los procesos normalmente exigidos, de forma que en los procedimientos de tutela de derechos fundamentales en el ámbito laboral no es preceptivo ni el intento de la conciliación previa a la vía jurisdiccional ante el SMAC ni la reclamación previa, por expresa previsión en tal sentido contenida en los artículos 64 y 70 de la LJS. También se puede apreciar la urgencia de la sumariedad en el hecho de que para la tramitación de estos procedimientos los días del mes de agosto son hábiles en contra de la norma general, como se dispone expresamente en el art. 43.4 de la LJS. Por último el art. 303 de la LJS indica que las sentencias que recaigan en este tipo de procesos serán ejecutivas desde que se dicten.

Por otro lado, el principio de sumariedad también puede ser entendido como faceta cualitativa, en el sentido de que sólo entra a conocer si se ha lesionado el derecho fundamental. En este caso, el objeto del proceso de tutela de derechos fundamentales se limita a deducir si se ha vulnerado un derecho fundamental, sin entrar en cuestiones de legalidad ordinaria. Cuando se plantea una demanda de vulneración de derechos fundamentales, y se declara que no se ha lesionado ningún derecho fundamental, se procederá a la desestimación de la demanda, sin perjuicio del conocimiento de legalidad ordinaria posterior, independiente del proceso especial de tutela. En este sentido, cuando en la tramitación de la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas

²³ Frente a los cuatro días que se establecen como plazo en el procedimiento general.

²⁴ Frente a los cinco que rige con carácter general.

²⁵ Lo cual elimina cualquier posible aplicación del plazo de dos días, propio del procedimiento general.

por la vía del proceso especial de los artículos 177 y siguientes de la LJS se declare que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental, se permitirá plantear una nueva demanda e iniciar otro proceso, el adecuado para la materia de que se trate con posterioridad, para resolver otras cuestiones asociadas a aquélla y que no fueron planteadas en el proceso especial, por lo que no fueron decididas por la sentencia que puso fin al mismo, lo cual impide que puedan aplicarse los efectos propios de la cosa juzgada. Tanto la litispendencia, como los efectos de cosa juzgada, sólo son vinculantes con respecto a la lesión del derecho fundamental, pero queda abierta la vía del proceso ordinario para cualquier tema de legalidad ordinaria²⁶.

Por lo tanto, hay que considerar la sumariedad cualitativa como una característica de la modalidad específica de procedimiento preferente, rápido y concentrado que se utiliza para la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral²⁷.

Por lo tanto, en la tutela de los derechos fundamentales prima la “inexigibilidad de la conciliación preprocesal²⁸ y de la reclamación administrativa previa”, sustentable en la aplicación directa de la sumariedad a la que se refiere el art. 53 de la CE²⁹. Aunque se debe tener en cuenta que las materias que menciona el art. 184 de la LJS se desarrollan mediante sus respectivos procesos específicos, pero con las características propias del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, es decir, sumariedad, preferencia, inversión de la carga de la prueba, intervención del Ministerio Fiscal y omisión de conciliación y reclamación previa administrativa. Como indica la STS de 23 de marzo de 2000³⁰, “la exigencia legal de acudir a la modalidad procesal del despido no significa que no sean de aplicación igualmente los preceptos que regulan el proceso especial de la tutela de los derechos de libertad sindical”. Sin embargo, en la práctica no siempre se sigue dicha doctrina, ya que el plazo para interponer una demanda de despido es un plazo de 20 días, y ante el temor de que se tenga que subsanar la demanda y haya caducado dicho plazo, se suele proceder a interponer demanda de conciliación previa ante el SMAC, para interrumpir dicho plazo.

III.- LEGITIMACIÓN

Respecto a la legitimación, hay que distinguir entre legitimación activa y legitimación pasiva.

²⁶ El proceso especial de tutela de derechos fundamentales, deja abierta la puerta para acudir posteriormente a un procedimiento ordinario, lo que hay que tener en cuenta es que no hubiera prescrito o caducado la acción del demandante, ya que la LJS no contempla la suspensión del plazo en estos casos (a diferencia de lo que sucede con los actos de conciliación y las reclamaciones previas administrativas, que sí que se contempla expresamente la interrupción del plazo).

²⁷ Fernández Domínguez, Juan José: *Proceso especial de protección de la libertad sindical*, en la obra colectiva *Diccionario Procesal Social*, Civitas (Madrid, 1996), p. 535.

²⁸ El art. 64.1 de la LJS exceptúa sólo la vulneración de la libertad sindical, aunque tal exclusión debe hacerse extensiva a los demás derechos y libertades, en virtud de la equiparación procesal del art. 183 de la LJS.

²⁹ Gárate Castro, Javier: *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (un estudio de la modalidad procesal regulada por los artículos 175 y siguientes de la ley de procedimiento laboral)*, Revista xuridico galega, monografía (Pontevedra, 1999).

³⁰ RJ 2000/3121.

Para ostentar la legitimación activa para poder demandar la tutela frente a la vulneración de un derecho fundamental en el ámbito laboral es suficiente la titularidad del derecho que se invoca lesionado para poder intervenir en el proceso como parte principal y que la pretensión sea una de las atribuidas al orden jurisdiccional social³¹.

El trabajador, como sujeto lesionado individual, puede autorizar al sindicato a actuar en su nombre e interés en el procedimiento.

Si el trabajador está afiliado a un sindicato, éste puede personarse como coadyuvante, aunque previamente debe acreditar la condición de afiliado del trabajador y su autorización expresa. Aunque la intervención del sindicato como coadyuvante en el proceso de tutela es en calidad de “colaborador” del trabajador, lo cual significa que no participa como parte principal, ni como representante de los trabajadores directamente afectados, ya que su intervención está subordinada a los intereses del trabajador, verdadera parte principal del proceso.

También puede personarse como coadyuvante cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo. Pero no pueden recurrir ni continuar el proceso con independencia de las partes principales³².

Por lo tanto, cualquier trabajador o sindicato que entienda lesionado un derecho fundamental podrá instar su tutela ante los Tribunales ordinarios a través de este proceso especial preferente a cualquier otro. Aunque, en virtud del art. 24 de la CE debería extenderse la legitimación activa a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos. En este sentido hay que destacar que, frente a la inadmisión de un recurso interpuesto por un sindicato por falta de legitimación, el TC legitima al sindicato a utilizar este procedimiento especial, como se puede apreciar en la STC 24/2001, de 29 de enero, ya que el sindicato ostenta un legítimo interés profesional y económico, reforzado porque lo que está realmente en juego es de un indudable interés colectivo.

Se podría considerar que la pérdida de la condición de trabajador también conlleva la de la legitimación activa por falta de acción sobrevenida³³. Aunque desde mi punto de vista esta corriente ya está superada o debería estarlo, ya que en caso contrario sería suficiente con despedir al sujeto afectado para impedirle ejercitar la tutela de su derecho fundamental. El propio TS considera que es relevante el momento en que se produce la vulneración del derecho fundamental, siendo irrelevante que la demanda se interponga en un momento posterior a la pérdida de la condición de trabajador³⁴.

³¹ Como indica el art. 177.1 de la LJS “cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo considere lesionado los derechos de libertad sindical podrá recabar su tutela a través de este proceso cuando la pretensión sea de las atribuidas al orden jurisdiccional social”.

³² El art. 177.2 de la LJS señala que “en aquellos casos en los que corresponda al trabajador como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, el sindicato al que éste pertenezca, así como cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, podrán personarse como coadyuvantes. Éstos no podrán recurrir ni continuar el proceso con independencia de las partes principales”.

³³ Es el caso de la SAN de 3 de febrero de 2000 (AS 2000/1197).

³⁴ Siempre y cuando se respeten los respectivos plazos de caducidad o prescripción de la acción.

También se puede dar el caso de que sea suficiente alegar un interés legítimo en la reparación del derecho lesionado, sin ser titular de él³⁵, como se puede apreciar en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, en relación con las declaraciones realizadas a medio periodístico en las que se negaba el genocidio del pueblo judío llevado a cabo por el nazismo, el TC afirma que la CE no otorga la legitimación activa exclusivamente a la “víctima” o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un “interés legítimo”³⁶.

No hay una regulación expresa sobre la legitimación pasiva, pero el art. 182 de la LJS menciona que si se declara la existencia de la vulneración alegada, se declarará la nulidad de la conducta del “empleador, asociación patronal, Administración Pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada”. Aunque en la práctica se admite la legitimación de cualquier persona, física o jurídica, que con sus actos u omisiones aparezca como causante de la posible lesión invocada. Será el encargado, en caso de confirmarse la vulneración invocada, de reparar sus consecuencias.

En el caso de que otras personas o entidades, como asociaciones patronales, Administración Pública o corporación pública, hayan podido obtener beneficios a causa de una vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas, será competente el orden social y el trabajador podrá accionar contra un tercero ajeno al empresario³⁷. Si no existe un nexo de causalidad entre la vulneración y su beneficio, no es necesario demandarlas, ya que nada han de reparar y en nada les afectará la resolución que se dicte.

IV.- INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

El art. 124 de la CE confiere al Ministerio Fiscal la “misión” de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos, destacando entre sus funciones la de “velar por el respecto de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa”, interviniendo en defensa de la legalidad y el interés público y social en los procesos judiciales en los que se solicite amparo.

Con respecto a la intervención del Ministerio Fiscal, hay que destacar, como contempla el art. 177.3 de la LJS, que el Ministerio Fiscal será siempre parte principal en estos procesos³⁸, y no como simple coadyuvante³⁹, de ahí que pueda realizar alegaciones, pruebas, impugnaciones e incluso solicitar la ejecución de la sentencia, con

³⁵ Por ejemplo si una empresa adopta una medida que tenga el carácter de represalia contra los compañeros de trabajo del accionante, que actuaron como testigos en un juicio anterior, esa situación es contraria a la tutela judicial efectiva prevista en el art. 24 de la CE.

³⁶ En este sentido, la invocación del interés que la demandante en amparo efectúa en relación con las declaraciones del demandado, merece ser calificado de “legítimo” a los efectos de obtener el restablecimiento del derecho al honor de la colectividad judía.

³⁷ Véase la STS de 18 de abril de 2000 (RJ 2000/3970).

³⁸ Véase la STS de 29 de junio de 2001 (RJ 2001/7796), de la que se desprende que la presencia del Ministerio Fiscal, prevista en el art. 177.3 de la LJS para la específica modalidad procesal de tutela, es igualmente necesaria en los procesos que detalla el art. 184 de la LJS.

³⁹ La participación en un proceso como parte coadyuvante conlleva ciertas limitaciones procesales, como la imposibilidad de continuar el proceso o de recurrir la sentencia sin autorización de las partes principales, es lo que le ocurre al sindicato que actúa como parte coadyuvante.

independencia de las demás partes, adoptando las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas, y sus respectivas responsabilidades penales⁴⁰. Su intervención es de orden público, por lo que su ausencia es apreciable de oficio y por tanto provoca la nulidad de las actuaciones⁴¹. Aunque en este sentido, hay que precisar que lo que conlleva la nulidad es la falta de citación del Ministerio Fiscal en plazo y forma para que pueda intervenir como parte, ya que se le debe dar traslado de la demanda, pero en cambio no es obligatorio que actúe necesariamente en el proceso ni el acto del juicio⁴². Incluso, para que se pueda alegar la falta o incorrecta citación del Ministerio Fiscal como motivo de recurso, para conseguir que se declare la nulidad de las actuaciones practicadas, incluida la sentencia, se requiere que el recurrente haya formulado petición de subsanación del defecto procesal o la oportuna queja en el acto del juicio, y que además la incomparecencia del Ministerio Fiscal le haya causado indefensión.

Hay que destacar la STS de 9 de julio de 1992⁴³, sobre el derecho a la información veraz que no produce una intromisión ilegítima en el derecho al honor. En ella se ordena la intervención del Ministerio Fiscal para la vista del recurso de casación, cualquiera que sea el momento en que se advierta no haber sido citado al proceso, y toda vez que tal citación e intervención, aunque se manifieste con retraso, convalida las actuaciones anteriores, al no integrar en puridad causa de nulidad de las mismas en el ordenamiento vigente, como se comprueba con el examen de los artículos 247 a 253 de la LOPJ y 742.2 de la LEC. Este criterio se deduce del seguido por la STS de 21 de mayo de 1988⁴⁴, que convalida lo actuado, sin haber solicitado nulidad por la no intervención del Ministerio Público, quedando sanado tal defecto, cuando, además en el caso debatido, no se acreditó indefensión de ninguna de las partes, y fue citado para el recurso de casación. En este sentido la STS de 16 de octubre de 2003⁴⁵, legitima la intervención del Ministerio Fiscal aun cuando se omita su audiencia en la segunda instancia, ya que se convalidan todas sus actuaciones, sin que se haya producido indefensión, debido a su intervención en el recurso de casación, porque la falta pudo ser subsanada mediante la citación del Ministerio Fiscal e intervención posterior del mismo en el recurso de casación, atendiendo a los artículos 247 a 253 de la LOPJ.

Por lo tanto en estos procesos especiales de tutela, se debe de citar obligatoriamente al Ministerio Fiscal y dar traslado de la demanda para el acto del juicio, ya que en caso contrario se puede incluso declarar la nulidad del juicio, si el juzgador lo considera oportuno, aunque la práctica es muy inusual. También se le debe permitir la intervención en todas las actuaciones procesales y notificarle la sentencia, incluso el traslado del recurso en caso de haberlo, a efectos de su posible impugnación.

⁴⁰ Con arreglo a los artículos 184, 314, 315 y 512 CP.

⁴¹ Véase la STS, de 26 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9855).

⁴² Como razona la Sentencia de 7 de julio de 1986, del Juzgado de Primera Instancia N° 12 de Madrid, el art. 12.3 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, “se limita a establecer la obligatoriedad de la intervención sin referirse para nada a que la misma haya de articularse a través de la demanda, es obvio que su omisión ha sido subsanada al habersele dado traslado de la demanda y tenido por parte en las actuaciones, dándose así debido cumplimiento al imperativo mandato legal”.

⁴³ RJ 1992/6273.

⁴⁴ RJ 1988/6543.

⁴⁵ RJ 2003/7393.

La ley omite cualquier manifestación sobre la posición que el Ministerio Fiscal adoptará en el acto del juicio, dado que, en cumplimiento de su función de garante de la legalidad, será la propia dinámica de cada asunto la que determine su posición activa o pasiva⁴⁶.

Ahora bien, aun siendo obligatorio darle traslado al Ministerio Fiscal de todas las notificaciones y actuaciones precisas para que pueda ser tenido como parte, habitualmente su no comparecencia, no impide la celebración del juicio, ni el válido desarrollo de los trámites posteriores.

Por lo tanto se puede afirmar que no se exige obligatoriamente que el Ministerio Fiscal deba aportar la postura procesal de parte.

V.- COMPETENCIAS

La regla general de la competencia material del orden jurisdiccional social como se puede apreciar en el art. 1 de la LJS es que “los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho en conflictos tanto individuales como colectivos”, pero hay dos excepciones a favor de la vía administrativa, ya que de acuerdo con el art. 3 a) de la LJS “no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social:

a) De la tutela de los derechos de la libertad sindical y del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos y al personal a que se refiere el art. 1.3. a) del ET.

c) De las pretensiones que versen sobre la impugnación de las disposiciones generales y actos de las administraciones públicas sujetos al derecho administrativo en materia laboral,...”. Hay que precisar que “el problema lo crea el personal funcionario y el personal estatutario, pero no ocurre lo mismo con el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas o de sindicatos cuando actúen en representación de personal laboral, puesto que respecto del mismo nadie discute la jurisdicción social”⁴⁷.

Considero, al igual que Cavas Martínez⁴⁸, que se debería atribuir a la jurisdicción social el conocimiento de todas aquellas causas en que se plantee el ejercicio de derechos colectivos por infracción o inaplicación de normas pertenecientes a la rama social del derecho, sin reparar en la condición funcional o laboral de los sujetos involucrados, y remitir al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las restantes cuestiones litigiosas que interesan al personal estatutario, pues si su derecho propio es estatutario, y el supletorio no es laboral, sino funcional, su sede natural debe ser la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁴⁶ En otras palabras, el Ministerio Fiscal no es parte demandante o demandada, sino que en cada caso concreto apoyará una u otra pretensión según lo considere justo.

⁴⁷ Cavas Martínez, Faustino: *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Aranzadi (Pamplona, 2004), p. 113.

⁴⁸ Cavas Martínez, Faustino: *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical...*, op. cit., p. 119.

De lo dicho anteriormente se puede deducir el marcado contenido laboral de la libertad sindical, correspondiéndole por tanto al orden jurisdiccional social el conocimiento de las vulneraciones contra la libertad sindical de los trabajadores contratados.

Por último, cualquier vulneración de un derecho fundamental puede constituir, además de un ilícito laboral de rango constitucional, un delito o falta, por injurias o calumnias, con su correspondiente responsabilidad criminal, lo que conlleva que sea el orden penal el encargado de conocer el asunto⁴⁹. El ámbito de competencias del orden penal es excluyente de los demás órdenes de la jurisdicción civil y contencioso - administrativo, pero salvo excepciones⁵⁰, no es excluyente del orden social. Esto se debe a que la relación entre el orden social y el penal se sustenta en el principio de colaboración jurisdiccional. Por el contrario la relación entre el orden civil y el penal se sustenta en el principio de separación jurisdiccional, con preferencia de lo penal, como se puede apreciar en el art. 114.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VI.- DEMANDA

La demanda es el medio a través del cual el actor expone su pretensión y da a conocer al demandado los motivos de su reclamación. Se debe ajustar a los requisitos generales del art. 80 de la LJS, entre los que se encuentra “la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión”, entre los que quedan incluidos “los hechos constitutivos de la vulneración alegada”. Además, tratándose de la tutela de los derechos fundamentales, la demanda habrá de expresar el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos y para los cuales se solicita la tutela⁵¹.

La obligación de la exposición clara y completa de los hechos constitutivos de la presunta vulneración del derecho fundamental lesionado en el ámbito laboral, no significa que deba limitarse a la mera exposición de los hechos, sino que también se debe concretar aquello que se solicita. Se deben enumerar clara y concretamente los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas. Como indica el art. 80 de la LJS “en ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o en la reclamación administrativa previa, salvo que se hubieran producido con posterioridad a la sustentación de aquéllas”. En la demanda también deberá figurar la súplica correspondiente, en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada⁵².

⁴⁹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 27 de noviembre de 2012 (JUR 2013/46680), considera injuria con publicidad la publicación en la red social tuenti de diversos comentarios como “puta lesvi” haciendo referencia a la incompetencia de una agente policial en la colocación de un cepo, calificándola reiteradamente como lesbiana.

⁵⁰ El art. 4.3 de la LJS señala que “hasta que las resuelva el órgano judicial competente, las cuestiones prejudiciales penales suspenderán el plazo para adoptar la debida decisión sólo cuando se basen en falsedad documental y su solución sea de todo punto indispensable para dictarla”.

⁵¹ El art. 183 de la LJS indica que “las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos”.

⁵² Como afirma el TS el suplico es la parte esencial de toda la demanda, en donde se expresa la petición que resume la pretensión que se ejercita, y por ello la ley exige que sea claro y preciso.

La exposición de los hechos indicados en la demanda permite al juzgador realizar un examen previo de adecuación del procedimiento seguido por el demandante, y también permite fijar el objeto del debate, impidiendo que el demandante pueda introducir variaciones sustanciales durante la celebración del juicio oral, como indica el art. 85.1 de la LJS, lo que implica para el demandado una garantía procesal frente a su posible indefensión.

En este orden de cosas “si en la demanda se solicita una indemnización resarcitoria de los daños y perjuicios provocados por la conducta o comportamiento objeto de impugnación, petición permitida por el art. 184 de la LJS, el demandante ha de concretar, como en cualquier demanda en que se interesa el pago de cantidad, la cifra cierta que reclama y el método empleado para su determinación”⁵³.

Los efectos, omisiones o imprecisiones que se descubran en la redacción de la demanda darán lugar a que el secretario judicial advierta a la parte para que los subsane en el plazo de cuatro días, en virtud del art. 81.1 de la LJS⁵⁴.

El Juez o Tribunal debe rechazar las demandas que no deben tramitarse por medio de este procedimiento y debe advertir al demandante del derecho que tiene a promover la acción por el cauce procesal procedente⁵⁵.

La aportación de cualquier tipo de indicios debe ser anticipado en la demanda, para evitar con ello la declaración de indefensión del demandado en el acto del juicio, donde aquéllos deberán ser reiterados y acreditados. Esta prueba indiciaria tiene una función probatoria de carácter claramente instrumental, en tanto que sirve para alcanzar el convencimiento sobre una circunstancia que no ha sido probada directamente. Por tanto, con esta doctrina de la prueba indiciaria el TC indica que aunque el trabajador no queda exento de la necesidad de aportar una prueba plena, sin embargo sólo se le requieren unos indicios⁵⁶.

En el mismo escrito de demanda, el actor puede solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando la gravedad de la lesión no soporte que la tutela se retrase hasta la sentencia, ya que si continúa dicha conducta podría generar daños de imposible reparación⁵⁷. Por ello se permite al demandante solicitar en la propia demanda, la suspensión de los efectos del acto impugnado⁵⁸. Como señala el art. 180.2 de la LJS

⁵³ Cavas Martínez, Faustino: *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical...*, op. cit.

⁵⁴ El art. 81.1 de la LJS ha sido recientemente reformado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, ya que previamente era el órgano judicial el encargado de advertir a la parte de los defectos, omisiones e impresiones. Tras la reforma será el secretario judicial quien asuma dichas competencias.

⁵⁵ Como indica el art. 179.4 de la LJS el cual añade que no obstante, el Juez o la Sala podrá dar a la demanda la tramitación ordinaria o especial “si para una u otra fuese competente y dicha demanda reuniese los requisitos exigidos por la ley”.

⁵⁶ Poquet Catalá, Raquel: *Las dificultades probatorias del acoso laboral*, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 10/2016. Versión online.

⁵⁷ El art. 180.3 de la LJS contempla la posibilidad de fijar medidas cautelares si son necesarias, anticipando los efectos de la sentencia, para garantizar que la lesión no se convierta en irreparable.

⁵⁸ Es muy importante esta apreciación, ya que la decisión de la suspensión cautelar no puede ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional. Tiene que ser el demandante quien la solicite en el escrito de demanda.

“sólo se podrá deducir esta petición cuando se trate de presuntas lesiones que impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación”.

Una vez solicitada la suspensión del acto impugnado, el secretario judicial, dentro del día siguiente a la admisión de la demanda, citará a las partes y al Ministerio Fiscal para que comparezcan en una audiencia preliminar que se celebrará en el plazo máximo de las cuarenta y ocho horas siguientes. Concluida la celebración de la audiencia, el órgano judicial resolverá en el acto sobre la procedencia o no de la suspensión solicitada, mediante auto⁵⁹ motivado dictado de viva voz, como indica el art. 180.6 de la LJS.

Posteriormente, admitida a trámite la demanda, el secretario judicial citará a las partes para el acto del juicio, que deberá tener lugar dentro de los cinco días siguientes al de su admisión. Se trata de un plazo improrrogable. En todo caso, deben mediar dos días como mínimo entre la citación y su efectiva celebración, como señala el art. 181 de la LJS.

VII.- CARGA DE LA PRUEBA

La regla general en la carga de la prueba es la contenida en el art. 217.2 de la LEC, según la cual “corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellas aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”.

Pero en el caso de la vulneración de algún derecho fundamental en el ámbito laboral, se produce una excepción especial que aparece recogida en el art. 181.2 de la LJS, según el cual “en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido la violación de un derecho fundamental, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”, para poder eliminar cualquier sospecha de que, tras ella, se oculta la intención de lesionar un derecho fundamental.

Esta “excepción” tuvo su origen en la especial dificultad de probar las conductas discriminatorias y de desvelar, en muchos casos, la lesión constitucional encubierta tras la legalidad, sólo aparente del acto empresarial⁶⁰, y la facilidad de encubrir una

⁵⁹ Cuando el auto provenga de los Juzgados de lo social se podrá recurrir en reposición, mientras que si lo hubiera dictado la sala de lo social de un Tribunal Superior de Justicia o la Audiencia Nacional, se podrá recurrir el auto en súplica, sin que quepa recurso posterior contra el auto resolutorio de los mencionados recursos.

⁶⁰ Directiva 97/80/CE del Parlamento Europeo y del consejo, modificada por la Directiva 98/52/CE, y actualmente compiladas en la Directiva 2006/54/CE del 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, indica que la adopción de normas sobre la carga de la prueba tiene una gran importancia para garantizar el respeto efectivo del principio de igualdad de trato. Por consiguiente, tal y como sostiene el TJUE, deben adoptarse disposiciones para garantizar que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación, en virtud de su art. 19 sobre la carga de la prueba.

conducta discriminatoria o lesiva de cualquier derecho fundamental o libertad pública, bajo la apariencia de legal⁶¹. El actor debe probar que existe un indicio base⁶² o un principio de prueba en el que se pueda apreciar la voluntad lesiva oculta tras una apariencia de legalidad.

Buscando una solución, el TC con la STC 38/1981, de 23 de noviembre, inició una doctrina conocida con el nombre de inversión de la carga de la prueba, por la que se trasladará o desplazará al empresario el *onus probandi*.

Esta doctrina se aplica a cualquier violación de derechos fundamentales y se aplica cualquiera que sea el procedimiento. Para que se produzca una verdadera inversión de la carga de la prueba se requiere la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona un derecho fundamental⁶³, lo que conlleva a que se traslade al empresario la necesidad de justificar, objetiva, razonable y proporcionalmente la causa de su decisión.

Una vez que el trabajador acredita la existencia de indicios de discriminación, se invertirá la carga de la prueba sobre la parte demandada, la cual tendrá que probar “la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental, la decisión o práctica empresarial cuestionada”⁶⁴.

Pero hay que aclarar que ese “desplazamiento de la carga probatoria” no se produce directamente, sino que para que se produzca la efectiva “inversión de la carga de la prueba”, es necesaria la respectiva acreditación de indicios de discriminación, de los que razonablemente se pueda deducir la intención de vulnerar un derecho fundamental o libertad pública.

Respecto a los indicios⁶⁵, hay que aclarar que tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean “claramente indicativos de la posibilidad del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental”⁶⁶. En este

⁶¹ La STC 7/1993, de 18 de enero, en su FJ 4º, señala que la entidad del incumplimiento “ha de ser interpretada no en el sentido de que la actividad o el comportamiento irregular del trabajador tenga que configurar un incumplimiento pleno o total, susceptible de alcanzar la sanción de despido, sino en el de que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia, en el bien entendido que no cualquier motivo sirve para justificar el despido, porque, de lo contrario, el empresario podría muy bien encubrir un despido discriminatorio” declarándolo improcedente bajo el pretexto de pequeños incumplimientos. Al respecto ver Badiola Sánchez, Ana María: *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, Lex Nova (Valladolid, 2003), p. 281.

⁶² Véase la STC 90/1997, de 6 de mayo.

⁶³ Véase la STC 125/2008, de 20 de octubre.

⁶⁴ La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 2 de enero de 2007 (AS 2007/1377), sobre modificación de las condiciones de trabajo y de funciones, tras participar activamente en una manifestación contraria a la moción de censura, por la que accedió al Ayuntamiento otro partido político diferente a aquél por el que fue contratada la trabajadora, que vulnera su derecho a la libertad de expresión.

⁶⁵ Véase la STS, del 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/1007) que define los indicios como señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto.

⁶⁶ Véase la STC 120/2006, de 24 de abril y la STC 17/2003, de 30 de enero.

sentido, tendrán la consideración de indicios razonables, aquellos hechos que sean indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho.

No se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la no discriminación de un derecho fundamental⁶⁷, pero sí recae sobre la parte demandada la carga de probar, sin que le baste simplemente el intentarlo⁶⁸. Tiene que demostrar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio contra derechos fundamentales, así como que aquellos tuvieron entidad suficiente para moverle a adoptar la decisión enjuiciada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por el demandante⁶⁹.

Ahora bien, para imponer al empresario la carga probatoria descrita, no es suficiente con que el trabajador simplemente afirme su carácter discriminatorio, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una apariencia de aquella discriminación o lesión.

La necesidad de aportar indicios, no se refiere a una prueba plena de los hechos, sino que los indicios han de ser lo suficientemente concretos y precisos, como para conseguir sembrar en el juez la duda “de que algo hay” de forma inequívoca que viene a ser la resolución existente entre esos indicios y la lesividad que se alega de contrario. En el caso inverso el órgano judicial tendría que llegar a la convicción de poder desvincular el “supuesto acto discriminatorio” de lo sucedido⁷⁰, y que además hubiera sucedido verosímelmente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias, que nada tienen que ver con una disminución o lesión del derecho fundamental, eliminando de esta forma cualquier sospecha o presunción deducible, llevando al juzgador a la convicción de que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial⁷¹, lo cual dejaría inoperante la prueba indiciaria. Es necesario por lo tanto que por parte del actor se aporte una “prueba verosímil”⁷².

El TC prefiere referirse no a la prueba plena del hecho indiciario, sino a la aportación de un “principio de prueba”⁷³.

Una vez comprobada la existencia de indicios, corresponde al demandado la “contraprueba”, en la que nos encontramos con dos posibilidades: la primera es una cuestión fáctica consistente en demostrar la irrealidad del indicio o de la apariencia. Y la segunda es una cuestión jurídica consistente en admitir su realidad, pero justificándola objetivamente en “motivos razonables extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión”. Como dice la STC 21/1992, de 14 febrero, consiguiendo por tanto justificar las medidas adoptadas y su proporcionalidad, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo.

⁶⁷ Véase la STC 266/1993, de 20 de septiembre, que indica que para imponer la carga probatoria al empresario no es suficiente la mera afirmación de la existencia de una causa atentatoria contra derechos fundamentales, sino que ha de comprobarse la existencia de indicios de que se ha producido una violación de un derecho de tal naturaleza.

⁶⁸ Véase la STC 114/1989, de 22 de junio.

⁶⁹ Véase la STC 74/1998, de 31 de marzo.

⁷⁰ Por ejemplo el despido ajeno a una conducta lesiva de un derecho fundamental.

⁷¹ Véase la STC 30/2002, de 11 de febrero.

⁷² Véase la STC 207/2001, de 22 de octubre.

⁷³ Se refiere a un indicio de que la lesión del derecho fundamental alegada efectivamente se ha producido.

Pudiendo ser incluso suficiente con que evidencien que la misma conducta discriminatoria ha obedecido a un error desprovisto de toda intención maliciosa de lesionar el derecho fundamental, guardando una aceptable relación de proporcionalidad aunque hay que tener presente que la valoración de los motivos no puede ser pluricausal, ni en base a criterios de conveniencia⁷⁴.

Lo que se pretende con esta modalidad probatoria es que se reequilibren las posiciones de las partes en el proceso, ya que el empresario se encuentra en una situación de supremacía con respecto al trabajador, y además posee un mayor dominio e influencia sobre los medios de prueba (documentos, testigos, etc.).

Por todo lo visto anteriormente considero que la denominación conceptual de la teoría de la “inversión de la carga de la prueba” no es del todo precisa, ya que no se invierte directamente la carga de la prueba, sino que es precisa la aportación de indicios, que deberían consistir en la aportación de algún elemento fáctico del que se pueda deducir con certeza o alta probabilidad la verdadera existencia de la discriminación o violación de un derecho fundamental o libertad pública. Como afirma Cavas Martínez para que pudiera hablarse de una inversión “propia” de la carga de la prueba tendría que producirse una transmutación o intercambio de papeles entre demandante y demandado en la fase probatoria, con la consiguiente alteración en el orden de las actuaciones, como ocurre en los procesos de despido⁷⁵.

No existe auténtica inversión porque la carga de probar los hechos sigue incumbiendo al actor, al cual no se le exige una prueba plena, pero tampoco se le exime de realizar toda actividad probatoria. Sería ilógico exigirle al empresario la prueba “diabólica” de los hechos negativos, esto es que tuviera que acreditar la inexistencia de la vulneración del derecho fundamental, lo cual es prácticamente imposible, sino tan solo consiste en una llamada al juzgador para que extreme su apreciación sobre la ejecución de la prueba destinada a acreditar la realidad de la causa de despido⁷⁶.

Por todo ello, considero más adecuado denominarla conceptualmente como la “aligeración de la carga de la prueba”, ya que no excluye al actor de probar y constatar los indicios al actor. Hago esta consideración porque a mi modo de ver se produce una moderación o distribución de la obligación de probar los hechos por parte del demandante, desplazando la carga de la prueba desde el sujeto que alega la lesión hasta el presunto agresor.

Por último, hay que destacar la STC 24/2007, de 12 de febrero, en la que se produce la protesta de un letrado por considerar que la Magistrada y el Ministerio Fiscal estaban coaccionando a los testigos que declaraban en el momento procesal oportuno, es decir durante la prueba, de la vista oral. Al letrado se le impuso una sanción disciplinaria por

⁷⁴ Por ejemplo un despido pluricausal, que es un despido en el que frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental, el empresario sostiene que dicha medida obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador que justifican el mismo.

⁷⁵ Cavas Martínez, Faustino: *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical...*, op. cit.

⁷⁶ García-Perrote Escartín, Ignacio: “El despido en la jurisprudencia constitucional”, p. 344, en el libro colectivo: *El proceso laboral en la Jurisprudencia Constitucional*. Cuadernos de derecho judicial, CGPJ (Madrid, 1996).

falta del debido respeto a Jueces y Fiscales en virtud del art. 449 de la LOPJ, porque mientras estaba siendo interrogado uno de los testigos, manifestó su protesta, alegando que la Magistrada y el Ministerio Fiscal estaban coaccionando a los testigos, procediendo a recusar a la Magistrada por falta de imparcialidad. A este respecto, el TC indica que las manifestaciones del letrado gozan del privilegiado régimen derivado de su íntima conexión con el ejercicio del derecho de defensa de sus representados. Además, atendiendo al significado de las concretas expresiones utilizadas y al contexto procesal en el que han sido empleadas, queda amparada dicha protesta como propia del normal ejercicio del derecho a la libertad de expresión. El hecho de imputar a la Magistrada y al Ministerio Fiscal una actitud coactiva sobre los testigos, en el marco de una protesta sobre la incorrección de cómo se está efectuando el interrogatorio, no puede considerarse, por su propia finalidad⁷⁷, como un ejercicio abusivo y desproporcionado que exceda de los límites del derecho a la libertad de expresión en la defensa letrada, toda vez que, no puede considerarse descalificadora o insultante. Tampoco el hecho de que, ulteriormente, el letrado recusara a la Magistrada por falta de imparcialidad, se puede considerar que pueda resultar intrínsecamente injurioso u ofensivo hacia el titular del órgano judicial. Por lo tanto, también queda amparado por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, ya que la recusación es un mecanismo que puede ser legítimamente utilizado por el letrado si duda de la imparcialidad del órgano judicial que debe pronunciarse sobre el fondo del asunto. Por ello, excluidos el insulto y la descalificación, la libertad de expresión de un abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada cuando se efectúan juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación realizada ante los órganos judiciales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

La STC 65/2004, de 19 de abril, también otorga el amparo solicitado por un letrado al que sancionaron retirándole la palabra en estrados debido a las alegaciones orales que estaba realizando en una vista de apelación en la que criticaba la Sentencia impugnada, aunque el TC incide en la necesidad de cohonestar el respeto a la libertad de expresión del abogado en la defensa del ciudadano y el respeto por parte del abogado a las demás partes y sujetos procesales que también participan de la función de administrar justicia.

También la STC 155/2006, de 22 de mayo, concede amparo a un letrado que había utilizado en el ejercicio de su función de defensa los calificativos “caprichosa”, “arbitraria”, “parcial” y “esperpento judicial”, expresiones empleadas con el fin de fundamentar la oposición, en términos jurídicos, a las resoluciones judiciales en proceso de ejecución de títulos judiciales. El TC considera que dichas críticas de la resolución impugnada, no comprometen en nada el respeto debido al órgano judicial, ni menosprecio al Poder Judicial. En este mismo sentido la STC 338/2006, de 11 de diciembre, concede el amparo solicitado a un abogado al que le había impuesto la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Ferrol una sanción de suspensión para el ejercicio de la Abogacía por el tiempo de cuatro meses por las críticas vertidas en un escrito procesal hacia sus compañeros de profesión. El TC afirma que no pueden ser consideradas ni vejatorias ni insultantes sino el uso de una cierta beligerancia en la

⁷⁷ Un letrado puede, en interés de su representado, cuestionar la corrección de los interrogatorios realizados por el Ministerio Fiscal o por el Juzgador, si considera que concurre alguno de los supuestos vedados por el art. 439 de la LECrim, en que expresamente se incluye no sólo la interdicción de preguntas capciosas o sugestivas, sino el emplear coacción, engaño, promesa o artificio para obligar al testigo a declarar en determinado sentido.

exposición de los argumentos, por lo que se vulnera el derecho a la libertad de expresión del letrado en relación con su derecho de defensa.

VIII.- SENTENCIA

Respecto a la sentencia, hay que decir que no se puede pronunciar “in voce” en el propio acto del juicio. Por lo tanto, deberá ser debidamente fundada y razonada, ya que contra la misma se puede interponer recurso de suplicación⁷⁸.

Los plazos para ser dictada la sentencia son más breves⁷⁹ que los de un procedimiento ordinario, y su publicación y notificación será “inmediata” a las partes o a sus representantes⁸⁰.

La sentencia tendrá carácter ejecutivo⁸¹ desde que se dicte, lo que determina su inmediata ejecución, aunque se encuentre recurrida y deberá ser publicada y notificada inmediatamente a las partes, como indica el art. 160 de la LJS, en donde se puede apreciar una vez más la vigencia del principio de celeridad.

El contenido de la sentencia puede ser estimatorio o desestimatorio de la pretensión de tutela. Si la sentencia es desestimatoria no se generan problemas procesales porque supone dejar las cosas como están, salvo que se hubiera acordado la suspensión de la decisión o del acto impugnado o de la medida cautelar, en cuyo caso habrá que levantarla de forma expresa y de oficio por el juez, como dispone el art. 182 de la LJS.

Si se declara la existencia de la lesión del derecho fundamental de los trabajadores, estimando la demanda, el fallo podrá tener un contenido declarativo y complementariamente de condena, consistente en la orden del juzgador de reponer la situación al momento anterior a producirse tal comportamiento⁸², así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización si procediera, todo ello en virtud del art. 182 de la LJS. En otras palabras, es compatible la reposición del derecho afectado con la indemnización económica de contenido resarcitorio por los daños sufridos. Pudiendo también ordenar el cese inmediato de tal comportamiento, si el juez lo considera oportuno. Pero, para que cese la conducta ilícita y proceda la indemnización de los daños sufridos, el actor tiene que especificar en el suplico de su demanda que se adopten las citadas medidas⁸³. En todo caso se acordará la nulidad

⁷⁸ Siempre que se respeten los plazos legalmente establecidos.

⁷⁹ Tres días hábiles siguientes a la terminación del acto de juicio, frente a los cinco que rigen con carácter general.

⁸⁰ El art. 181.3 de la LJS señala que “el Juez o la Sala dictará sentencia en el plazo de tres días desde la celebración del acto del juicio publicándose y notificándose inmediatamente a las partes o a sus representantes”.

⁸¹ Incluso mediante “apremios”.

⁸² Por ejemplo la declaración de nulidad de un despido.

⁸³ Véase la STS de 22 de julio de 1996 (RJ 1996/6381) que señala que los perjuicios no se devengan ni se deducen de forma automática de la sola infracción del derecho, sino que habrá que alegar en la demanda las bases sobre las que se reclaman dichos perjuicios para poder deducir de ello de forma indiciaria la existencia de tales perjuicios y poder cuantificar la indemnización correspondiente.

radical de la conducta del empleador⁸⁴, el cese inmediato de dicho comportamiento, la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, si fuera posible y la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que proceda⁸⁵.

Debe destacarse que es apropiado reclamar conjuntamente⁸⁶ también contra sus consecuencias y derivaciones, siempre que estén unidas y no puedan tener tratamiento separado. Además el juez se ve sometido al principio de congruencia⁸⁷, por lo que las concretas condenas deberán ser objeto de petición expresa.

Con respecto a la petición que se pueda llevar a cabo, el art. 1124 del CC distingue entre tres diferentes pretensiones: el mecanismo anulatorio, resolutorio e indemnizatorio.

Cuando no es posible que el juez ordene el cese de la conducta ilícita ni reponer la situación al estado anterior al de la lesión, la indemnización se convierte en el único instrumento válido de reparación de los daños causados⁸⁸. El resarcimiento económico tiene que ser adecuado al daño causado y abarcar la compensación íntegra de los perjuicios efectivamente sufridos.

Los daños materiales son los perjuicios económicos que la conducta ilícita ocasiona al afectado, que pueden surgir tras la pérdida de una concreta cantidad de dinero, lo que se denomina como daño emergente⁸⁹ o por el beneficio económico que el afectado deja de percibir, denominado lucro cesante. Y dada la naturaleza económica de todas ellas, su reparación también ha de ser dineraria.

⁸⁴ Hay que tener en cuenta que aunque se hable con carácter general de empleador, también le puede afectar a asociaciones patronales, Administración Pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada causante de la lesión.

⁸⁵ Como indica la STS de 23 de marzo de 2000 (RJ 2000/3121), en su FJ 7º, la nulidad de un despido resulta más gravosa para el empresario que los derivados de la improcedencia del despido, porque “no se ofrece al empleador la posibilidad de optar por la readmisión o el abono de la indemnización, y no cabe tampoco imputar al Estado el pago de los salarios de tramitación que excedan de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda y aquella en que se dicte sentencia declarando el despido improcedente”.

⁸⁶ La STS de 12 de junio de 2001 (RJ 2001/5931) afirma que es procesalmente correcta la acumulación de la acción de despido del art. 184 de la LJS con la indemnización a que se refiere el art. 182.1 de la LJS, y al respecto dice que no es admisible afirmar que “la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite”.

⁸⁷ En la STS de 17 de junio de 2004 (RJ 2004/3626), que resuelve el caso en el que una revista publicó una noticia inveraz acerca de la salud de una artista, el TS aplicó el principio de congruencia procesal al considerar que la demanda no estaba correctamente formulada, desde el momento en que se suplicaba la declaración de una intromisión en el derecho al honor y a la propia imagen, que realmente no había sido vulnerado. Sin embargo, sí se había producido una vulneración en el derecho a la intimidad, pero en el suplico de la demanda no se solicitaba la declaración de dicha vulneración, y por tanto, el TS consideró que la sentencia no podía acceder a tal declaración, por no haberse solicitado en la demanda.

⁸⁸ Véase la STSJ de Andalucía, de 16 abril de 2002 (AS 2003/1286) en la que se concede una indemnización al demandante, para que la emplee en reparar las consecuencias de los daños producidos. En este caso en concreto se trata de publicar una rectificación de una noticia falsa en un periódico.

⁸⁹ Como puede ser una disminución salarial, la supresión de algún complemento salarial.

Cuando a la lesión de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, se le unen además prestaciones económicas no percibidas, o percibidas indebidamente, por motivos discriminatorios, como la nulidad conlleva a la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho y la indemnización que, en su caso, procediera. Por ello junto con la declaración de nulidad también se debe condenar a satisfacer las cantidades dejadas de percibir⁹⁰.

En el caso de un proceso por despido en el que se ha producido un trato discriminatorio vulnerando el derecho fundamental de un trabajador, se podrá contemplar en la sentencia la compatibilidad entre dicha indemnización y la condena al pago de los salarios de tramitación.

Respecto a la cuantía de la indemnización reparadora de las consecuencias derivadas del acto que se haya estimado que lesiona el derecho fundamental en el ámbito laboral, la LJS no establece ninguna regla a la que deba ajustarse el órgano jurisdiccional, por lo que el juzgador tiene la facultad⁹¹ discrecional de apreciar libremente⁹² la indicada cuantía en cada caso, aunque el juzgador debe de seguir las reglas de razonabilidad y proporcionalidad, por lo que no debe de ser una decisión arbitraria.

Nos encontramos en el Derecho europeo⁹³ con una referencia a la reparación del perjuicio sufrido por una persona a causa de un despido discriminatorio, en la que se afirma que no se puede limitar la indemnización por un tope máximo fijado *a priori*. Será el juez el que, valorando cada caso concreto, ha de ajustar proporcionalmente⁹⁴ al perjuicio sufrido, la correspondiente indemnización.

Son indemnizables, además de los daños materiales, los morales que pueden derivarse de los primeros. Estos daños morales son muy difíciles de evaluar y cuantificar, ya que se refieren al sufrimiento causado⁹⁵, imposible de objetivar. Se puede por tanto indemnizar por una y por otra causa, e incluso se puede condenar al pago de una cantidad global por ambos conceptos.

⁹⁰ Hay que tener en cuenta que la condena al abono de las cantidades dejadas de percibir, no constituye una acumulación de acciones prohibida por los artículos 27.2 y 178 de la LJS, sino una pretensión mixta unida al hecho causante de la vulneración, y que no admita un tratamiento separado. Por ejemplo si se ha cobrado menos por ser mujer, entonces la propia sentencia que declara la nulidad debe condenar a los salarios dejados de percibir; pero si por ejemplo se quiere reclamar un salario mayor, se tiene que tramitar independiente mediante una reclamación de salarios posterior.

⁹¹ La cuantía de la indemnización corresponde al Juez de instancia, por lo que no es susceptible de ser revisada en vía de recurso, salvo que incurra en error notorio o en desproporción manifiesta.

⁹² El Juzgador de instancia dispone de un amplio margen de valoración del daño sufrido para determinar la indemnización procedente, la cual se respetará, cuando se razone la decisión adoptada y, siempre que no se incurra en vicio de incongruencia, ni resulte descaradamente inadecuada o desproporcionada.

⁹³ Véase la STJUE, de 2 de agosto de 1993 (asunto C-271/1991; M.H.Marshall).

⁹⁴ En este sentido la Directiva 2006/54/ CE de 5 de julio de 2006 prevé que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar que cualquier perjuicio derivado de una discriminación por razón de sexo dé lugar a una reparación o indemnización. En la Directiva no se establece ningún tope máximo para dicha reparación o indemnización. La decisión debe regirse solamente por el principio de proporcionalidad respecto al perjuicio sufrido por el demandante.

⁹⁵ Hay que tener en consideración para objetivar el daño moral, el sufrimiento causado, el dolor físico o psíquico padecido como consecuencia del hecho ilícito; La lesión del honor, prestigio o reputación del sujeto pasivo; La frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos entre las personas.

Estoy de acuerdo con la doctrina que considera factible que en los casos en los que se declara el despido nulo por vulnerar un derecho fundamental puede solicitarse y obtenerse, además de la readmisión y los salarios de trámite, una indemnización complementaria adicional.

Por último, en las sentencias dictadas en estos procedimientos de carácter especial de tutela de un derecho fundamental cabe el recurso de suplicación o el de casación ordinaria de conformidad con la previsión expresamente contenida en los artículos 191.3.f) y 205 de la LJS. Aunque hay que destacar que el recurso de casación para la unificación de doctrina solo está previsto para aquellas sentencias de suplicación que sean contradictorias⁹⁶. Además, de conformidad con las previsiones generales contenidas en el art. 53.2 de la CE se podrá interponer, por último, el recurso de amparo ante el TC.

En el caso de que recurra, el demandado queda obligado a cumplir con lo ordenado en la sentencia durante la tramitación del recurso⁹⁷.

Si se diera el caso de revocación de la sentencia, aunque no aparece expresamente regulado, creo que lo más lógico es que se produzca la íntegra devolución, mediante las reglas propias de los anticipos reintegrables, dejando sin efecto la ejecución provisional, que no definitiva, de la sentencia recurrida. Cuando se trata de devolver una cantidad que se hubiese percibido, sería suficiente con el reintegro de lo percibido indebidamente. El problema surge cuando la obligación ejecutada es de hacer, ya que no siempre es posible deshacer lo ya ejecutado, por lo que en este caso el ejecutado podrá pedir que se le indemnicen por los daños y perjuicios causados al efecto.

IX.- PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

La STC 7/1983, de 15 de febrero, afirma que “los derechos fundamentales, que establecen una relación jurídica entre cada ciudadano y el Estado, desde el reconocimiento de aquellos en la constitución, son permanentes e imprescriptibles”.

Hay que aclarar que esa afirmación no quiere decir que para el éxito de una pretensión de tutela frente a cualquier lesión de los derechos fundamentales, sea irrelevante el momento en que tal pretensión se promueva. Por el contrario lo que el TC quiere decir es que el ejercicio del derecho a no ser discriminado, entendido en sentido general, es imprescriptible. Mientras que el derecho de reacción frente a cada agresión concreta y sus consecuencias, sí que prescribe. Se puede afirmar, en definitiva que el derecho no prescribe pero sí que prescriben las acciones para impugnar actos concretos que violen derechos fundamentales en el ámbito laboral. El problema surge cuando el atentado al derecho fundamental no se agota en un solo acto sino que es un acto continuado, ya que en ese caso el “*dies a quo*” de la prescripción aparecerá difuminado hasta el punto de la acción permanecerá viva mientras permanezca viva la infracción y por lo tanto no podrá

⁹⁶ Véase la STS de 20 de junio de 2000 (RJ 2000/5960).

⁹⁷ Aunque el órgano jurisdiccional pueda acordar excepcionalmente el suspenso de la sentencia a instancia de parte, si lo considera adecuado a las circunstancias.

hablarse de prescripción de la acción de tutela hasta que no termine la actividad infractora⁹⁸.

Por lo tanto, los derechos fundamentales en el ámbito laboral, como todos los derechos, se pueden ejercitar o renunciar a su ejercicio, dejando que transcurra el plazo de prescripción o de caducidad por inactividad, durante el tiempo establecido por la ley, ya que están sujetos a plazos concretos por razones de seguridad jurídica.

Siguiendo esta doctrina, se puede contemplar en el art. 179.2 de la LJS como “la demanda habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre las que se concrete la lesión a la libertad sindical” aplicable también al resto de derechos fundamentales y libertades públicas⁹⁹. Por lo tanto, no se especifica un plazo específico, por lo que con carácter general se aplicará el plazo general de un año, cuando la acción derive de un contrato de trabajo¹⁰⁰. Pero, cuando se trate de alguna de las materias del art. 184 de la LJS, unidas a una vulneración de derechos fundamentales, se aplicarán los plazos especiales previstos para cada una de ellas. Es decir, en los supuestos de una lesión discriminatoria consistente en una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o una sanción de suspensión de empleo y sueldo que se deba a una represalia empresarial por motivos sindicales, o en un despido o en una extinción del contrato de trabajo que tenga su causa en alguna de las materias a las que hace referencia el art. 184 de la LJS, la demanda deberá interponerse dentro de los veinte días hábiles siguientes al de la notificación de la correspondiente decisión empresarial, plazo que en este caso es de caducidad. En este sentido, la STS de 5 de diciembre de 2002¹⁰¹, sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, indica que el cómputo para calcular la caducidad de la acción se inicia cuando el procedimiento se comunica a la Autoridad Laboral.

También puede prescribir la falta en sí misma como indica la STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, de 26 de julio de 2002¹⁰², que confirma la declaración de nulidad del despido de un trabajador que realizó una serie de críticas¹⁰³ al Ayuntamiento, al considerar la sanción prescrita. En este sentido, en su FJ 2º afirma que “el momento inicial del cómputo del plazo de prescripción es el del día en que la empresa tiene conocimiento de la comisión de la presunta falta, es decir, el mismo día en que la misma se materializa, dado que nos encontramos ante una supuesta falta de tracto único y cometida abiertamente y sin ocultación por el trabajador”. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el plazo de prescripción aplicable al caso concreto es el de 60 días, la falta

⁹⁸ Moliner Tamborero, Gonzalo: “El proceso de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales”, en AA.VV., *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 2003), p. 218.

⁹⁹ El art. 183 de la LJS hace extensiva las garantías que se otorgan a la libertad sindical a las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio.

¹⁰⁰ El art. 59.1 del ET indica que “las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación”. Como señala la STS de 11 de marzo de 2009 (RJ 2009/1723), sobre la prescripción de las reclamaciones salariales de las anualidades vencidas, lo único que cabe entender no prescrito es lo devengado un año antes del conflicto.

¹⁰¹ RJ 2002/1944.

¹⁰² AS 2003/2234.

¹⁰³ “Se suspendía la prueba porque el Ayuntamiento no quería hacer nada a favor de la juventud del pueblo, y que por lo visto lo que pretendían era verlos en las esquinas”.

presumiblemente cometida por el trabajador despedido había prescrito en el momento en que se adopta y comunica la decisión sancionadora por parte de la Administración.

Con respecto a la prescripción, también la SJS de Madrid, núm. 33, sentencia 1139/08, de 12 de noviembre, declara procedente el despido de un representante de los trabajadores debido a su conducta amenazante y a las expresiones intimidatorias dirigidas hacia los vigilantes de seguridad y compañeros durante una huelga. El trabajador recurre la sentencia al entender que debería haber sido estimada la prescripción de la falta imputada, rechazando el argumento de que la alegación que se hizo en el acto del juicio consistente en que en la demanda no figuraban los hechos necesarios para conocer si concurría la prescripción de la falta que se alegaba por primera vez en el acto del juicio. En este sentido debe resaltarse la STS de 26 de noviembre de 1996¹⁰⁴, que señala que la alegación de la prescripción de las faltas no sería cuestión nueva, o una modificación sustancial de la demanda, si para fundarla no se adicionaban hechos determinantes de la prescripción que no se contuvieran en el escrito inicial. Lo cual quiere decir que hay que examinar cada supuesto para comprobar si se aportan los elementos fácticos precisos para determinar si están prescritas las faltas que se imputan. Por todo ello, la STSJ de Madrid, de 15 de diciembre de 2009¹⁰⁵, estima la prescripción de la acción, debido a que en este caso concreto figuran todos los extremos necesarios para determinar si habían prescrito las faltas y además se había producido una extralimitación del plazo¹⁰⁶ para la comunicación de la sanción en el expediente sancionador, por lo que en consecuencia se declara la improcedencia del despido.

La prescripción de la acción, entendida como límite temporal dentro del que debe producirse la reacción de quien se considere lesionado, no extingue por tanto el derecho fundamental de que se trate.

Para los casos en los que se haya producido un perjuicio económico, se debe ejercitar una acción encaminada al restablecimiento del derecho o término de su vulneración y la dirigida al resarcimiento de los daños sufridos. Cuando se trate de reclamaciones de salarios que tengan su origen en una vulneración de un derecho fundamental, el trabajador podrá reclamar en cualquier momento, pero sólo hasta un año desde la extinción del contrato.

Lo que existe es un límite temporal de vida de la acción correspondiente y su transcurso impide accionar contra la misma. El plazo límite para interponer una demanda, varía en función de la lesión del derecho que se haya vulnerado. En este sentido, es importante

¹⁰⁴ RJ 1996/8745.

¹⁰⁵ AS 2010/760.

¹⁰⁶ La normativa laboral de Telefónica prevé en el art. 211 el procedimiento para la imposición de sanciones por faltas graves y muy graves, que el expediente disciplinario se iniciará mediante la entrega de un pliego de cargos que se dirigirá al interesado dentro de los 15 días desde que la empresa tuvo conocimiento de los hechos, dándose al trabajador un plazo de 5 días hábiles para la formulación de pliego de descargos del empleado y finalmente la notificación escrita al interesado de la sanción que le haya sido impuesta, con expresión de los hechos que la motivan y la fecha de efectividad de la misma. Asimismo, expresa que la tramitación del expediente interrumpirá la prescripción de las faltas objeto del mismo siempre que no se rebase el plazo de 15 días hábiles contados desde la fecha en que el inculpado haya presentado sus descargos o desde la finalización, en su caso, de los 5 días concedidos al efecto, si no lo hubiere formulado.

cuándo empieza a contar el cómputo del plazo de que se trate, ya que la demanda habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción concreta prevista para los actos sobre los que se concrete la lesión¹⁰⁷.

En los casos de conductas ilícitas de tracto único cuyos efectos se proyectan a lo largo de un período de tiempo, el plazo¹⁰⁸ empieza a contar desde (el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial) que el afectado tenga conocimiento de su existencia y pueda proceder a su denuncia, que no tiene por qué coincidir con el cese de los efectos de la conducta. En los casos de conductas ilícitas continuadas, como el acoso moral, el plazo no debe comenzar hasta que concluya dicha conducta ilícita, que suele coincidir con la fecha de extinción del contrato de trabajo¹⁰⁹. En este sentido la STS de 29 de diciembre de 2006¹¹⁰, considera que cuando se trata de la violación ininterrumpida de un derecho, el “dies a quo” para el cómputo de la prescripción no empieza a contarse hasta la producción del resultado definitivo o hasta el cese del acto ilícito. El TS considera que el instituto jurídico de la prescripción ha de ser interpretado restrictivamente¹¹¹.

El momento procesal oportuno para oponer las excepciones de caducidad de la acción y de prescripción es en el acto del juicio, durante la fase de contestación a la demanda¹¹², donde las partes alegan lo que consideran conveniente. La estimación de la excepción dará lugar a una sentencia procesal, de carácter formal, teniendo en consideración el derecho adjetivo, sin entrar a valorar el fondo del asunto, es decir, el derecho sustantivo.

X.- CONCLUSIONES

El procedimiento de tutela de derechos fundamentales no es un excluyente, ya que cuando en la tramitación de la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas por la vía del proceso especial de los artículos 177 y siguientes de la LJS se declare que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental, se permitirá plantear una nueva demanda e iniciar otro proceso, el adecuado para la materia de que se trate con posterioridad, para resolver otras cuestiones asociadas a aquélla y que no fueron

¹⁰⁷ La Sentencia de 5 de junio de 1999, de la Audiencia Provincial de Ourense (AR 6949), consideró caducada la acción de intromisión ilegítima en el honor por la publicación de un artículo en el que se divulgaban hechos que suponen un desmerecimiento en la consideración ajena. Un plazo de caducidad fijado en el art. 9.5 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, y que por su propia naturaleza no admite casos de interrupción y que es susceptible de ser apreciada de oficio, aunque no medie petición de parte, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción.

¹⁰⁸ Art. 59.4 del ET y 138.1 de la LJS.

¹⁰⁹ La sentencia núm. 131/2009, de 18 de mayo de la Audiencia Provincial de Madrid (AR 1907), declara que cuando se trata de una actuación continuada, esto es, “cuando la competencia desleal no consiste en la ejecución de un sólo acto sino en varios actos que se reproducen en un lapso de tiempo más o menos prolongado, cabe fijar el dies a quo del plazo legal en el día en que el perjudicado por los actos de concurrencia desleal tuvo conocimiento de la existencia de alguno de esos actos identificando a su autor, que es lo que le legislador ha recogido en la norma, o bien fijarlo atendiendo al momento en que termina la ejecución de todos los actos de concurrencia desleal, lo que se traduciría en que, si no ha terminado, la acción no puede estar prescrita”, FJ 2º.

¹¹⁰ RJ 2007/1714.

¹¹¹ Véase la STS de 30 de mayo de 2005 (RJ 2005/4245).

¹¹² Art. 85.2 de la LJS “El demandado contestará afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda, y alegando cuantas excepciones estime procedentes”.

planteadas en el proceso especial, por lo que no fueron decididas por la sentencia que puso fin al mismo, lo cual impide que puedan aplicarse los efectos propios de la cosa juzgada.

Por otro lado, el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales es sumario y preferente. En este sentido, prima la “inexigibilidad de la conciliación preprocesal¹¹³ y de la reclamación administrativa previa”, sustentable en la aplicación directa de la sumariedad a la que se refiere el art. 53 de la CE”. También se exige la intervención del Ministerio Fiscal y por tanto su falta de citación en plazo y forma para que pueda intervenir como parte conlleva la nulidad de las actuaciones y la consiguiente denuncia a través del incidente de nulidad de actuaciones por infracción del art. 24 CE en relación a las reglas del proceso. A partir de la entrada en vigor de la LJS, la presencia del Ministerio Fiscal es obligatoria, tanto en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas como, para las modalidades procesales del art. 184 LJS, a las que se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas. Asimismo se le debe dar traslado de la demanda, pero en cambio no es obligatorio que actúe necesariamente en el proceso ni el acto del juicio. En este sentido, si cumplido el trámite de citación el Fiscal no comparece voluntariamente, el juicio podrá realizarse en su ausencia, sin que tal ausencia suponga indefensión para el resto de partes, sino sólo su propia responsabilidad en relación a las obligaciones que derivan de su Estatuto Orgánico¹¹⁴.

Con respecto a la demanda se debe anticipar la aportación de cualquier tipo de indicios, para evitar con ello la declaración de indefensión del demandado en el acto del juicio, donde aquéllos deberán ser reiterados y acreditados.

La regla general en la carga de la prueba es la contenida en el art. 217.2 de la LEC, según la cual “corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellas aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”. Sin embargo, en el caso de la vulneración de algún derecho fundamental en el ámbito laboral, se produce una excepción especial que aparece recogida en el art. 181.2 de la LJS, según el cual “en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido la violación de un derecho fundamental, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”, para poder eliminar cualquier sospecha de que, tras ella, se oculta la intención de lesionar un derecho fundamental.

Buscando una solución, el TC con la STC 38/1981, de 23 de noviembre, inició una doctrina conocida con el nombre de inversión de la carga de la prueba, por la que se trasladará o desplazará al empresario el *onus probandi*.

¹¹³ El art. 64.1 de la LJS exceptúa sólo la vulneración de la libertad sindical, aunque tal exclusión debe hacerse extensiva a los demás derechos y libertades, en virtud de la equiparación procesal del art. 183 de la LJS.

¹¹⁴ Moya Amador, Rosa: *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley reguladora de la jurisdicción social*, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 10/2013. Versión online.

Ahora bien, para imponer al empresario la carga probatoria descrita, no es suficiente con que el trabajador simplemente afirme su carácter discriminatorio, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una apariencia de aquella discriminación o lesión.

Una vez comprobada la existencia de indicios, corresponde al demandado la “contraprueba”, en la que nos encontramos con dos posibilidades: la primera es una cuestión fáctica consistente en demostrar la irrealidad del indicio o de la apariencia. Y la segunda es una cuestión jurídica consistente en admitir su realidad, pero justificándola objetivamente en “motivos razonables extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión”. Como dice la STC 21/1992, de 14 febrero, consiguiendo por tanto justificar las medidas adoptadas y su proporcionalidad, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo.

Considero que la denominación conceptual de la teoría de la “inversión de la carga de la prueba” no es del todo precisa, ya que no se invierte directamente la carga de la prueba, sino que es precisa la aportación de indicios, que deberían consistir en la aportación de algún elemento fáctico del que se pueda deducir con certeza o alta probabilidad la verdadera existencia de la discriminación o violación de un derecho fundamental o libertad pública.

Por todo ello, sería más adecuado denominarla conceptualmente como la “aligeración de la carga de la prueba”, ya que no excluye al actor de probar y constatar los indicios al actor. Hago esta consideración porque a mi modo de ver se produce una moderación o distribución de la obligación de probar los hechos por parte del demandante, desplazando la carga de la prueba desde el sujeto que alega la lesión hasta el presunto agresor.

XI.- BIBLIOGRAFÍA

Alonso García, Enrique: *Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria*, Civitas (Madrid, 1991).

Badiola Sánchez, Ana María: *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, Lex Nova (Valladolid, 2003).

Cavas Martínez, Faustino: *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Aranzadi (Pamplona, 2004).

Fairén Guillén, Víctor: *El procedimiento “preferente y sumario” y el recurso de amparo en el art. 53.2 de la Constitución*. RAP, nº 89, 1979.

Fernández Domínguez, Juan José: *Proceso especial de protección de la libertad sindical*, en la obra colectiva *Diccionario Procesal Social*, Civitas (Madrid, 1996).

Gárate Castro, Javier: *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (un estudio de la modalidad procesal regulada por los artículos*

175 y siguientes de la ley de procedimiento laboral), Revista xurídico galega, monografía (Pontevedra, 1999).

García Enterría Martínez-Carande, Eduardo: *Sobre los derechos públicos subjetivos*, REDA, nº 6, 1975.

García-Perrote Escartín, Ignacio: “El despido en la jurisprudencia constitucional”, p. 344, en el libro colectivo: *El proceso laboral en la Jurisprudencia Constitucional*. Cuadernos de derecho judicial, CGPJ (Madrid, 1996).

Maneiro Vázquez, Yolanda: *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, Netbiblo (Coruña, 2007).

Moliner Tamborero, Gonzalo: “El proceso de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales”, en AA.VV., *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 2003).

Moya Amador, Rosa: *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley reguladora de la jurisdicción social*, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 10/2013. Versión online.

Poquet Catalá, Raquel: *Las dificultades probatorias del acoso laboral*, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 10/2016. Versión online.

Rojas Rivero, Gloria Pilar.: *La libertad de expresión del trabajador* Trotta (Madrid, 1991).