

TEMA 7. TUTELA DE LOS DERECHOS Y GARANTÍA DE INDEMNIDAD

1. Vías de tutela: el ejercicio de la acción judicial, el *ius puniendi* y el poder disciplinario del empleador

El Derecho es un subsistema social (una parte organizada de la sociedad) que cumple la función de resolver los conflictos del resto de los sistemas sociales a través de la generalización de expectativas y cuyas soluciones se imponen, en último término, a través de la *coacción*. La “generalización de expectativas” consiste en la definición previa de una serie de soluciones para los conflictos futuros, estableciendo un marco de posibilidades para la acción humana y una serie de prohibiciones o de mandatos que condicionan la conducta y que permiten su calificación como “correcta” o “incorrecta” desde el punto de vista jurídico.

En muchos casos, las normas jurídicas se cumplen “espontáneamente” por sus destinatarios por diversos motivos. No obstante, en términos generales no puede garantizarse la eficacia de las pautas establecidas por la legislación si no existe un sistema de tutela que permita acudir, en último término a la coacción. Esta coacción es ejercida por la estructura de poder del Estado, que, como se vio en el tema 1, tiene -al menos en teoría- el monopolio de la violencia física en las sociedades modernas. En estos apuntes distinguimos entre tres vías básicas de tutela que atienden a tres intereses distintos: el ejercicio de la acción judicial, el *ius puniendi* del Estado y el poder disciplinario del empleador.

- El *ejercicio de la acción* es una facultad derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que consiste en la capacidad que tienen los ciudadanos de acudir al *poder judicial del Estado* para solicitar *pretensiones* en defensa de sus intereses, conforme al Derecho aplicable. El poder judicial se encarga de *juzgar* (decir si una determinada pretensión es o no conforme al ordenamiento jurídico) y de *hacer ejecutar lo juzgado* (imponer el cumplimiento de lo anterior a través de la coacción).

Así pues, el ejercicio de la acción atiende al *interés privado de los ciudadanos*; en el ámbito del trabajo los sujetos pueden ser trabajadores, empresarios, sindicatos, organizaciones empresariales, etc. Las características de la relación laboral hacen que lo más habitual sea que sean los trabajadores los que ejerzan la acción frente a los empresarios, pero pueden darse muchas otras situaciones.

- El *ius puniendi* es el derecho del Estado a castigar o sancionar a los ciudadanos que cometan determinadas infracciones de los mandatos y prohibiciones establecidos por el ordenamiento jurídico. En las sociedades modernas, la finalidad principal del *ius puniendi* es la “prevención general” que implica que la amenaza del castigo opera como un incentivo para que los ciudadanos cumplan por sí mismos las normas jurídicas. Así, por ejemplo, muchas personas se ponen el cinturón de seguridad para evitar que les pongan una multa.

Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo
Tema 7. Tutela de los derechos y garantía de indemnidad
Curso 2013/2014
Antonio Álvarez del Cuvillo

En términos generales, el *ius puniendi* no atiende a un interés privado, sino a un interés público de toda la sociedad en el mantenimiento de las normas que rigen la convivencia. Por lo tanto, no se aplica a todas las vulneraciones del ordenamiento jurídico sino solo a aquellas que la sociedad considera particularmente importantes. Así, por ejemplo, si una persona no cumple con su obligación de pagar el alquiler de su casa, lo normal es que el Estado solo intervenga si el arrendador acude a la jurisdicción para exigir su derecho; en cambio, si una persona mata a otra, el Estado interviene para castigar al homicida, con independencia de que haya o no personas que tengan algún interés en el caso.

En ocasiones los sujetos privados instrumentalizan el *ius puniendi* del Estado y esto no necesariamente es ilegal. Así, por ejemplo, un trabajador que considera que se ha vulnerado gravemente uno de sus derechos puede poner una denuncia a la Inspección de Trabajo para que esta castigue al empresario y le imponga una sanción. En principio el trabajador no conseguiría nada tangible “para sí mismo”, más allá de la hipotética satisfacción emocional de que “se haga justicia”¹. Sin embargo, a menudo los trabajadores utilizan estos mecanismos (o la amenaza expresa o tácita de su uso) para presionar al empresario en la negociación cotidiana del poder en la empresa.

Al *ius puniendi* se le aplican una serie de *garantías* que constituyen límites al poder del Estado sobre los ciudadanos. Una de ellas es la *presunción de inocencia*, que impide que en este campo pueda jugar el *traslado de la carga de la prueba* aunque el asunto se refiera a derechos fundamentales. Otra de estas garantías es el principio de *non bis in idem*, que impide que a una persona le castiguen dos veces por la misma infracción. Ahora bien, este principio se aplica solo al *ius puniendi* del Estado, pero no a las otras formas de responsabilidad, que son, por tanto, compatibles con el castigo. Así, por ejemplo, un empresario que comete un delito de acoso sexual puede ser sancionado con una pena y, al mismo tiempo, afrontar responsabilidades civiles o sociales. Si el condenado por acoso fuera un trabajador, la pena tampoco impediría la eventual responsabilidad disciplinaria.

La siguiente tabla muestra las principales diferencias entre el *ejercicio de la acción judicial* y el *ius puniendi*. La mayoría de ellas derivan de los diversos intereses a los que atienden una y otra institución.

Ejercicio de la acción judicial	Ius puniendi
-Protege el interés privado de las víctimas de la vulneración	-Protege el interés general de la sociedad (público) de que no se vulneren derechos fundamentales -Los sujetos privados a menudo lo utilizan como mecanismo de presión para defender sus propios

1 Al margen también de la posibilidad de que la Inspección de Trabajo o la Autoridad Laboral, según el caso, inicien un proceso de oficio ante la jurisdicción para que los trabajadores sean resarcidos de los perjuicios económicos sufridos. Por otra parte, en el proceso penal se deciden también indemnizaciones para las víctimas. En todo caso, estos elementos son accesorios, porque en el *ius puniendi* predomina el castigo público del infractor respecto a la satisfacción de los intereses privados de las víctimas. De hecho, hay que tener en cuenta que en la aplicación del *ius puniendi* no se aplica el traslado de la carga de la prueba debido a la presunción de inocencia. Así pues, para asegurarse el pleno resarcimiento resulta más conveniente el ejercicio de la acción judicial.

Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo
Tema 7. Tutela de los derechos y garantía de indemnidad
Curso 2013/2014
Antonio Álvarez del Cuviello

	intereses
-Solo se inicia a instancia de parte interesada [salvo alguna excepción en los llamados “procesos de oficio”, Cfr. art. 148 c) LJS]	-Como regla general, se puede iniciar “de oficio” por parte del Ministerio Fiscal (penal) o de la Inspección de Trabajo (administrativo). -Los interesados pueden iniciar el proceso o procedimiento a través de una <i>denuncia</i> .
-Quien inicia el proceso (a través de un escrito llamado <i>demanda</i>) se persona como <i>parte</i> en él.	-Quien formula una <i>denuncia</i> se limita a comunicar unos hechos a la autoridad competente. -En el proceso penal, la parte puede limitarse a denunciar, pero en principio también podría poner una <i>querrela</i> (que implica que se persona como <i>parte</i>).
-La parte siempre pide algo (<i>pretensión</i>) para sí misma, con objeto de restablecerla en su derecho.	-Esencialmente lo que se pide es causar un daño al infractor (<i>pena o sanción</i>). -En el proceso penal con carácter accesorio se determinan también las indemnizaciones civiles que compensan los daños causados. Por este motivo, a veces se utiliza esta vía para cobrar la indemnización sin tener que personarse en un proceso (lo que implica un coste mayor que poner una denuncia).
-Se aplica el <i>traslado de la carga de la prueba</i> de modo que si hay indicios de la vulneración, será la otra parte quien tenga que justificar su conducta.	-Se aplica el principio de <i>presunción de inocencia</i> . Puede condenarse por indicios, pero siempre que lleven a un convencimiento pleno de la comisión del ilícito.

El *poder disciplinario* consiste en la potestad del empleador de sancionar a los trabajadores sometidos a su ámbito de organización y dirección que cometan infracciones respecto a sus obligaciones contractuales. En los casos más graves, el empresario podrá incluso resolver el contrato a su propia iniciativa (despido disciplinario), extinguiendo la relación contractual. Al contrario que el trabajador, el empresario no necesita normalmente recurrir al ejercicio de la acción judicial frente a sus trabajadores, puesto que se encuentra ya en una situación de poder social y económico respecto a ellos. Por este motivo, cuenta con herramientas de coacción social (aunque no físicas) Lo que hace el Derecho es reconocer, legitimar y poner límites a esta situación de poder real que deriva del modo en que se organiza la producción en las sociedades capitalistas.

El art. 54 ET permite al empresario llevar a cabo el despido disciplinario cuando el trabajador cometa algún incumplimiento grave y culpable. En el apartado 2 del mismo artículo se establece una lista no cerrada de incumplimientos, que incluye las ofensas verbales o físicas al empresario o a los trabajadores [art. 54.2 c) ET] y el acoso sexual o los acosos discriminatorios por razón de los motivos previstos en la normativa de la Unión Europea [art. 54.2 g) ET]; otras vulneraciones de derechos fundamentales podrían reconducirse a la indisciplina o desobediencia [art. 54.2 b)], o bien a la vulneración de la buena fe contractual [art. 54.2 d)]. Conforme al art. 58 ET, los convenios colectivos podrán prever sanciones para las infracciones de menor gravedad.

El poder disciplinario en principio está únicamente al servicio del *interés privado del empleador*. Así pues, como regla general solo puede ejercerse por voluntad del empresario. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento sitúa al empresario en una posición de garante de los derechos fundamentales en su ámbito de organización y dirección. Así, el empleador tiene la obligación de impedir que en su ámbito de poder se produzcan vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores, utilizando los medios que sean necesarios, dentro del marco de sus poderes jurídicamente reconocidos. A mi juicio, esto no implica que tenga exactamente una “obligación de sancionar”, sino más bien que tiene una obligación de reaccionar ante la conducta ilícita para evitar la vulneración de los derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, en caso de que un superior acose sexualmente de manera grave a una trabajadora a su cargo, el mantenimiento del acosador en una posición de poder respecto a la víctima constituye en sí mismo un acto de acoso, puesto que genera un entorno laboral hostil o humillante por motivos sexuales; sin embargo, el empresario podrá elegir entre diversas opciones, como despedir al trabajador, trasladarlo a otro centro de trabajo alejado de aquel en el que se han producido los hechos o negociar con él una extinción del contrato de mutuo acuerdo pagando una indemnización.

En caso de que el empresario despidiera o sancione a un trabajador por una supuesta vulneración de un derecho fundamental, este podrá impugnar el despido acudiendo a la Jurisdicción. En este caso, nuestro ordenamiento no reconoce ningún papel procesal a la víctima, que podrá utilizar sus propios recursos frente al empresario o frente al agresor.

2. Ius puniendi

En el ordenamiento jurídico español el ius puniendi del Estado se aplica por dos cauces distintos: el *Derecho Penal* y el *Derecho Administrativo Sancionador*. Ambas vías son incompatibles debido a la aplicación del principio *non bis in idem*, que, como he señalado anteriormente, implica que un sujeto no puede ser castigado dos veces por la misma conducta (cuestión distinta es que se puedan aplicar otros tipos de responsabilidad).

El Derecho Penal regula la imposición de penas por parte del poder judicial del Estado a las personas consideradas responsables de la comisión de delitos y faltas establecidos en el Código Penal (CP). El impulso público al procedimiento corresponde al *Ministerio Fiscal*, órgano dependiente del Gobierno cuyo cometido es defender el interés general de la sociedad en que se cumpla la ley. Las sanciones pueden ser diversas pero en algunos casos implican la imposición de penas privativas de libertad. Por este motivo, las garantías del proceso son muy elevadas.

El Código Penal establece algunos delitos que se refieren específicamente a la vulneración de derechos fundamentales en el ámbito laboral. Así sucede con el acoso sexual cuando consista en la solicitud de favores sexuales (art. 184 CP), el acoso moral grave (173.1 CP), la discriminación grave en caso de que el empresario desobedeciera a un requerimiento o sanción administrativa para cesar en la conducta discriminatoria (art. 314 CP) y la puesta en peligro grave de la vida o

Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo
Tema 7. Tutela de los derechos y garantía de indemnidad
Curso 2013/2014
Antonio Álvarez del Cuvillo

integridad de las personas debido al incumplimiento de las normas de prevención (arts. 316-317 CP). También podrían aplicarse al ámbito del trabajo otros delitos o faltas más genéricos que pueden cometerse en todo tipo de contextos: homicidio (arts. 138-142 CP), inducción al suicidio (art. 143 CP), lesiones (art. 147 y ss. y, para las faltas, 617 y 621), detención ilegal (art. 176 CP), amenazas (arts. 169-171 CP), coacciones (art. 172 CP), faltas de amenazas o coacciones de menor importancia (art. 620 CP), tratos inhumanos o degradantes (art. 173 CP), omisión del deber de socorro (art. 195 CP), agresiones sexuales (arts. 178-189 CP), descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197-200 CP), calumnia (arts. 205-207 CP), injuria (arts. 208-210 CP).

El Derecho Administrativo Sancionador es una peculiaridad del ordenamiento jurídico español. Permite que sea el Poder Ejecutivo quien aplique directamente sanciones para castigar a las personas que infrinjan determinados preceptos, sin tener que acudir al Poder Judicial; en todo caso, los ciudadanos podrán acudir a los tribunales *a posteriori* para impugnar las sanciones impuestas (pero los procesos suelen ser largos y costosos). Estas sanciones consisten normalmente en el pago de una determinada económica y no pueden implicar la privación de libertad. Aunque las garantías del proceso penal (por ejemplo, la presunción de inocencia), normalmente se proyectan también a esta rama del ordenamiento, existen también una serie de privilegios de la Administración que hacen que este procedimiento sea menos garantista que el penal. Así, por ejemplo, se aplica una presunción de veracidad de los hechos alegados por el funcionario público en el ejercicio de su cargo; asimismo, la Administración puede ejecutar directamente las sanciones (por ejemplo, embargar y realizar los bienes de la persona sancionada) sin tener que acudir a la Jurisdicción.

En el ámbito laboral, las infracciones y sanciones administrativas están previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) y la competencia para el impulso de oficio del procedimiento administrativo la tiene la Inspección de Trabajo. En materia de protección de derechos fundamentales en el trabajo, las infracciones administrativas se refieren exclusivamente al empresario, no al trabajador. Todas ellas están calificadas como “muy graves”.

Así, el art. 8.11 LISOS sanciona los actos contrarios a la intimidad y a la “dignidad” de los trabajadores (esto último parece excesivamente genérico para una norma sancionadora); el art. 8.12 LISOS tipifica la discriminación -respecto a un número muy amplio de causas- y las represalias del empresario frente a reclamaciones relacionadas con la discriminación; el art. 8.13 se refiere al acoso sexual en el ámbito de organización y dirección del empresario; el art. 8.13 bis recoge el acoso moral discriminatorio, en relación con las causas reconocidas por el Derecho de la Unión Europea; por último, el art. 16.2 sanciona como falta muy grave la solicitud de datos personales del trabajador en los procesos de selección que constituya discriminación.

Cuando se cometieran infracciones relacionadas con la discriminación, además de la correspondiente multa, se aplican “sanciones accesorias” que consisten básicamente en la pérdida de ayudas públicas. En caso de que la discriminación esté fundada en el sexo, estas sanciones accesorias pueden sustituirse por la elaboración de un Plan de Igualdad (*Cf*: tema 3).

En la siguiente tabla se exponen las principales diferencias entre el ámbito penal y el derecho administrativo sancionador:

Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo
Tema 7. Tutela de los derechos y garantía de indemnidad
Curso 2013/2014
Antonio Álvarez del Cuvillo

Proceso penal	Procedimiento administrativo sancionador
-La protección penal solo debe aplicarse a las infracciones de mayor gravedad	-La protección administrativa se aplica a infracciones de gravedad diversa
-Pueden imponerse penas privativas de libertad. El impago de una multa puede implicar privación de libertad.	-No pueden imponerse penas privativas de libertad. Normalmente se imponen sanciones económicas pero su impago no lleva a una privación de libertad
-La iniciativa pública corresponde al Ministerio Fiscal y la sanción es impuesta por el poder judicial	-La iniciativa pública (en el ámbito laboral) corresponde a la Inspección de Trabajo y la sanción es impuesta por la autoridad laboral
-Las penas se imponen a las personas físicas (empresarios o trabajadores), aunque se prevé alguna responsabilidad penal de las personas jurídicas en el art. 31 bis CP	-En materia de derechos fundamentales, solo se prevé responsabilidad administrativa del empresario, sea persona física o jurídica
-Al procedimiento se aplican numerosas garantías.	-Aunque las garantías del proceso penal se aplican también al Derecho Administrativo Sancionador, existen también una serie de privilegios de la Administración, por ejemplo: <ul style="list-style-type: none"> • Presunción de veracidad de los hechos declarados por el funcionario público. • Ejecución automática (esto es, pueden ejecutar las sanciones sin necesidad de un juez)

3. El ejercicio de la acción judicial

3.1. Pretensiones posibles:

Las personas que entiendan vulnerados sus derechos fundamentales pueden acudir a la Jurisdicción (el poder judicial del Estado) para reclamar determinadas *pretensiones* que restablezcan el orden constitucional supuestamente vulnerado. El artículo 53 CE establece la obligación del legislador de establecer procedimientos específicos, preferentes y sumarios para la reclamación de estas pretensiones. En el ámbito laboral, esto se prevé en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales establecida en los artículos 177 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS). No obstante, el art. 184 LJS excluye determinadas pretensiones de este cauce, reconduciendo a otras modalidades procesales; esto afecta a materias muy importantes, como el conflicto colectivo y el despido. En cualquier caso, las garantías de la modalidad específica de protección de los derechos fundamentales se proyectan también sobre las demás modalidades (art. 178.2 LJS).

Las pretensiones posibles son, en términos generales, las siguientes:

-Declaración de la existencia de discriminación o **de la vulneración del derecho** [art. 182.1 a) LJS]. A partir de esta declaración se derivan diversas consecuencias jurídicas, que también pueden

reclamarse como pretensiones.

-Declaración de la **nulidad radical del acto** impugnado [arts. 17.1, 53.4 y 55.5 ET, arts. 108.2, 113, 115 d), 122.2 a), 138.7 y 182.1 b) LJS]. Los actos jurídicos contrarios a los derechos fundamentales son nulos de pleno derecho y por tanto, una vez calificados como tales, se consideran completamente ineficaces, sin provocar efecto jurídico alguno. Esta nulidad se aplica a todo tipo de actos: cláusulas contractuales, decisiones unilaterales del empresario (despidos, modificaciones del contrato, órdenes empresariales...) e incluso a los preceptos de los convenios colectivos (art. 17.1 ET).

Desde otra perspectiva distinta de la de las pretensiones, las pruebas obtenidas en vulneración de derechos fundamentales deben calificarse como nulas y son inválidas en el proceso. Por ejemplo, si el empresario recurrió a un “detective privado” de manera desproporcionada, vulnerando la intimidad del trabajador, aunque las pruebas obtenidas acreditaran un incumplimiento grave y culpable, no podrían tomarse en consideración en el proceso. A este respecto, hay dos posiciones interpretativas en la doctrina académica y judicial: algunos autores consideran que la nulidad afecta solo a la prueba, pero no al despido (en este caso, el despido sería calificado como “improcedente” por no acreditarse el incumplimiento del trabajador); en cambio otras opiniones determinan que el vicio de nulidad radical afectaría globalmente al despido o sanción.

-Condena al **cese inmediato** de la conducta ilícita [art. 182.1 c) LJS]. Dependiendo de la situación, esto puede implicar obligaciones “de hacer” (por ejemplo, tomar medidas para evitar un acoso sexual) o bien obligaciones “de no hacer” (por ejemplo, abstenerse de utilizar un sistema de vigilancia sobre los ordenadores que se considerara excesivamente invasivo).

-**Restablecimiento** de la situación anterior a la vulneración del derecho fundamental [art. 182.1 d) LJS]. Como consecuencia de la declaración de nulidad del acto considerado lesivo del derecho fundamental, el ordenamiento jurídico ordena que se restablezca la situación jurídica que existía antes de que este acto se produjera. Esto afecta, por ejemplo, a las modificaciones del contrato a iniciativa del empresario (art. 138.9 LJS) y también a los despidos.

En efecto, en caso de que el despido se considere nulo, habrá de decretarse la incorporación del trabajador a su puesto de trabajo en las condiciones que disfrutaba anteriormente (arts 55.5 ET, 123.2 LJS...) En caso de que el empresario no proceda a esta reincorporación se aplicarán determinadas medidas coercitivas, que consisten básicamente en el mantenimiento del pago de los salarios y cotizaciones a la seguridad social.

La readmisión se aplica en nuestro sistema de manera muy rígida y poco realista. Ciertamente, en la realidad práctica solo se produce efectivamente en la Administración Pública y quizás en algunas empresas de gran dimensión. El tejido productivo español está compuesto fundamentalmente por empresas pequeñas y medianas, en las que predominan las relaciones personales y directas y la readmisión del trabajador parece poco operativa para ambas partes.

En la mayoría de los casos de vulneración de derechos fundamentales, el propio trabajador no tiene ninguna intención real de ser readmitido, porque considera que va a ser difícil continuar trabajando con normalidad, ya sea por la ofensa grave que ha sufrido o por los obstáculos que

podría poner el empresario durante el tracto de la relación laboral. En realidad, la posibilidad de la readmisión se utiliza por el trabajador como un “arma” para negociar una indemnización más alta que la correspondiente al despido improcedente. Sin embargo, esta solución a menudo es disfuncional. En ocasiones, la relación personal está tan deteriorada que el empresario readmite al trabajador con la intención de que sea este quién dimita y se vaya de la empresa sin indemnización. Esta lucha entre trabajador y empresario no contribuye a canalizar adecuadamente el conflicto social, afecta negativamente a la productividad, dificulta la eficacia real de los derechos fundamentales afectados y produce nuevas situaciones de riesgo para la vulneración de los derechos fundamentales (por ejemplo, el acoso moral).

En nuestro ordenamiento, el trabajador afectado por un despido calificado como nulo solamente puede pedir la readmisión, sin poder optar, en principio, por la extinción indemnizada del contrato de trabajo, lo que, en mi opinión, resulta absurdo. Solo en los casos en los que el despido esté relacionado con un acoso sexual, con un acoso por razón de sexo o con otra forma de violencia de género, se permite expresamente que el trabajador opte por la extinción indemnizada del contrato (art. 286.2 LJS). Posiblemente en los demás casos podría intentarse acumularse la reclamación frente al despido con la resolución del contrato (que explico a continuación). Sin embargo, en todos estos supuestos, la indemnización sería la misma que corresponde al despido improcedente, dependiendo absolutamente de la antigüedad.

Por ello, a mi juicio sería apropiado que en todos los casos de despido nulo se permitiera de manera explícita a los trabajadores afectados optar por la extinción indemnizada del contrato, previéndose una indemnización tasada que fuera superior a la del despido improcedente y que no estuviera tan condicionada por la antigüedad.

En otro orden de cosas, en ocasiones el restablecimiento a la situación anterior no solo es inconveniente, sino que resulta imposible sin perjudicar a un tercero. Así sucede probablemente en la mayoría de los supuestos de discriminación en el acceso al empleo. Aunque a veces podrá imponerse al empresario alguna conducta determinada (como la reserva de futuras vacantes), normalmente los tribunales no admiten la contratación forzosa de la persona excluida (al menos cuando suponga el despido de los trabajadores que ya han sido contratados). En los casos en los que la restitución a la situación anterior no sea posible, los daños sufridos deberán tomarse en consideración a efectos de la correspondiente indemnización económica.

-Extinción del contrato de trabajo a iniciativa del empleado en caso de que la vulneración de los derechos fundamentales sea imputable al empleador. El trabajador no puede “despedir” al empresario por un incumplimiento contractual grave de este, pero puede pedir al juez su resolución, obteniendo la indemnización correspondiente al despido improcedente y quedando en situación legal de desempleo, conforme el art. 50 ET; sin embargo, no puede hacerlo de manera automática, sino que deberá acudir a la Jurisdicción. En este caso, al contrario que en la nulidad, no se pide al juez que se declare formalmente algo que ya existe, sino que se solicita que se cambie la situación, extinguiendo el contrato (de manera similar a lo que ocurre, en el ámbito familiar, en un proceso de divorcio). Esta extinción del contrato no se produce de manera automática, sino solo en caso de que sea esta la voluntad del trabajador.

Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo
Tema 7. Tutela de los derechos y garantía de indemnidad
Curso 2013/2014
Antonio Álvarez del Cuvillo

Esta posibilidad se aplica a todo tipo de incumplimientos del empresario, pero no cabe duda que una vulneración significativa de los derechos fundamentales del trabajador imputable al empleador constituye un incumplimiento grave a efectos del art. 50.1 a) o 50.1 c) ET.

-Condena a una **indemnización** económica por los daños y perjuicios causados [179.3, 182.1 d) y 183 LJS]. Esta indemnización incluye tanto daños patrimoniales como no patrimoniales y es compatible con la indemnización tasada por la extinción del contrato a iniciativa del trabajador en caso de que esta se produzca.

Los daños patrimoniales tienen un carácter económico y son claramente cuantificables; abarcan tanto el “daño emergente” (daño producido) como, en su caso, el “lucro cesante” (los beneficios que se podrían haber obtenido de no haberse producido la lesión del derecho). Así, por ejemplo, podría considerarse como un “daño patrimonial emergente” el importe de los gastos sufridos por el trabajador para concurrir a un proceso de selección (desplazamiento, dietas, alojamiento...) del que finalmente ha sido excluido de manera discriminatoria. Por otra parte, podrían considerarse como “lucro cesante” el importe de los salarios dejados de percibir durante la tramitación del proceso en caso de readmisión tras un despido nulo o el montante de una percepción retributiva que se hubiera negado por razones discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales.

Los daños morales son los que derivan de la lesión de la dignidad humana asociada a la vulneración de los derechos fundamentales y normalmente son más difíciles de cuantificar. De acuerdo con el art. 183 LJS, el juez deberá estimar los daños de difícil cuantificación de manera “prudencial”, asegurándose de que se produce un resarcimiento pleno de la víctima y de que la sanción sirve para prevenir futuros daños.

3.2. Algunas garantías del procedimiento:

La modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales se estudiará con detalle en la asignatura de “Tutela de los Derechos Laborales”. En este apartado se expone simplemente un resumen esquemático que permita una comprensión global de la materia.

-Preferencia y sumariedad.- Los conflictos relativos a los derechos fundamentales gozan de preferencia respecto al resto de las materias; esto implica que habrán de ser tramitados con prioridad respecto a los demás asuntos (art. 179.1 LJS). Por otra parte, se exige al demandado de la necesidad de intentar la vía de conciliación previa al proceso (art. 64.1 LJS) y los plazos son especialmente reducidos (art. 178 LJS). Ahora bien, solo las pretensiones relativas a derechos fundamentales gozan de estas garantías; si el demandante quisiera acumular estas reclamaciones con otras que no guardan relación con los derechos fundamentales o incorporar a la argumentación jurídica motivos de legalidad ordinaria ajenos a los derechos fundamentales, tendrá que optar entre acumular (perdiendo las garantías) o no acumular y tramitar los distintos asuntos por separado (arts. 26.2 y 178 LJS).

-Partes del proceso.- La supuesta víctima de la lesión del derecho podrá dirigirse frente a cualquier persona a la que pueda imputarse la vulneración del derecho fundamental: el empresario, un sindicato u organización empresarial, la Administración Pública o incluso un trabajador (art.

Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo
Tema 7. Tutela de los derechos y garantía de indemnidad
Curso 2013/2014
Antonio Álvarez del Cuvillo

177.4 LJS); no es obligatorio demandar a todos los posibles responsables, pero después solo podrá exigirse responsabilidad frente a aquellos que hayan sido demandados. No es imposible -aunque sí muy poco frecuente, dada la posición de poder del empresario-, que el empleador pueda demandar a un trabajador a su servicio por haber vulnerado sus derechos fundamentales.

Por otra parte, en todos los procesos de Derechos Fundamentales debe estar presente el Ministerio Fiscal (art. 177.3 LJS) para defender el interés general (manteniendo la posición que considere más adecuada en cada caso) y para tomar en consideración si hay alguna responsabilidad penal. En algunos casos pueden participar también los sindicatos o las organizaciones dedicadas a la defensa de la igualdad de trato (art. 177.2 LJS), en una posición procesal secundaria, con objeto de apoyar a la víctima.

-Suspensión cautelar de los efectos del acto impugnado.- Como se ha visto anteriormente, en caso de que el juez determine la existencia de discriminación o de vulneración de algún derecho fundamental, el acto impugnado se considerará nulo de pleno derecho, de modo que no desplegará ninguna eficacia jurídica. Sin embargo, en algunos casos podría producirse un daño muy importante a los derechos fundamentales mientras se prolonga el proceso judicial, impidiendo así una tutela efectiva del derecho. Cuando eso sucediera, el demandante podrá solicitar la suspensión cautelar de los efectos del acto impugnado (art. 180.2 LJS). Así, por ejemplo, supongamos que el empresario pretende introducir un sistema de control de la actividad de los trabajadores con cámaras y dispositivos de escucha que afecta a la intimidad de los empleados de manera desproporcionada. El demandante podría solicitar al juez que se suspendiera la aplicación de este sistema hasta que se dictara sentencia definitiva.

Para determinar si procede o no la suspensión, el juez tendrá que hacer una ponderación entre el daño que eventualmente se causaría a los derechos fundamentales del demandante en caso de que la suspensión no se llevara a cabo y la lesión a otros bienes constitucionalmente protegidos derivada de esta suspensión (art. 180.2).

En los casos de acoso y violencia de género, estas medidas cautelares podrán incluir medidas laborales (suspensión del contrato, alteraciones de jornada u horario, traslado...) sobre la presunta víctima e incluso sobre el presunto acosador (que ha de ser oído antes de tomar dichas medidas), con objeto de evitar el mantenimiento del acoso mientras se tramita el proceso.

-Traslado de la carga de la prueba.- Como se vio en el tema 2, cuando en un proceso judicial se alegue la existencia de discriminación se producirá el "traslado de la carga de la prueba". Este mecanismo también se aplica cuando se sostiene que se ha vulnerado cualquier otro derecho fundamental (intimidad, honor, libertad ideológica, libertad de expresión, garantía de indemnidad, supuestos pluriofensivos como el acoso, etc)

Como ya se indicó, para que se invierta la carga de la prueba no basta con la mera alegación de la lesión del derecho, sino que el demandante debe aportar **indicios** que permitan sospechar que la vulneración se ha producido. En caso contrario no se trasladará la carga de la prueba. En caso de que exista algún indicio, aunque el convencimiento del juez no sea pleno, la persona a quien se imputa la violación del derecho tendrá la carga de desvirtuar estos indicios o de justificar

debidamente su conducta. Esta justificación consiste en mostrar que la conducta obedece a una finalidad legítima, ajena a la discriminación o a la lesión de derechos fundamentales y que la medida es adecuada para cumplir con este objetivo sin producir resultados desproporcionados. Así pues, normalmente no solo se exige una actividad probatoria, sino que también implica la construcción de una argumentación adecuada por parte del demandado.

El “traslado de la carga de la prueba” no se aplica al proceso penal ni al procedimiento administrativo sancionador, puesto que en estas instituciones rige la “presunción de inocencia”.

4. La garantía de indemnidad como cierre del sistema de tutela de derechos

En sentido amplio, la “garantía de indemnidad” sería el derecho que tienen las personas a no sufrir represalias en sus relaciones jurídicas públicas o privadas por ejercer libremente sus derechos fundamentales. Ahora bien, en la generalidad de los casos, la “garantía de indemnidad” resulta un concepto superfluo porque simplemente forma parte del contenido de cada uno de estos derechos. Así, por ejemplo, si un empresario despiden a un trabajador por su afiliación a un sindicato, es innecesario aludir a la “garantía de indemnidad”, puesto que basta con alegar que existe una vulneración de la libertad sindical.

Sin embargo, este concepto es más útil en relación con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Esto es así porque este último derecho fundamental normalmente se entiende dirigido a los poderes públicos y no a los particulares; así pues, implica que los ciudadanos tienen derecho a acceder a la jurisdicción para reclamar pretensiones fundadas en Derecho, de manera que será el poder judicial el que vulnera el derecho fundamental si impide estas reclamaciones de manera injustificada. Ahora bien, en ocasiones podría suceder que los particulares intentaran obstaculizar de manera ilegítima el ejercicio de la acción judicial; esto resulta especialmente frecuente en el ámbito laboral, donde las relaciones jurídicas son privadas pero se basan en la subordinación del trabajador. En estos casos, la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional entiende que se ha vulnerado el derecho de la tutela judicial efectiva a través de la construcción teórica de la “garantía de indemnidad”. Este derecho no se encuentra expresamente reconocido por la ley con carácter general (excepto en relación con la discriminación, como se verá), pero la jurisprudencia lo hace derivar directamente del art. 24.1 CE.

Así pues, en sentido más estricto del término -que es el que seguimos en estos apuntes-, *la “garantía de indemnidad es el derecho que tienen los trabajadores a no sufrir represalias del empresario por ejercer sus derechos laborales* (sean o no derechos fundamentales). En principio, este derecho se referiría al ejercicio de la acción judicial, pero la jurisprudencia normalmente ha considerado este requisito de manera expansiva. Así, por ejemplo, se entienden protegidos los intentos de conciliación previos a un hipotético proceso, tanto formales (papeleta de conciliación, reclamación administrativa previa) como informales (carta del abogado del trabajador al empresario). Incluso se protege la presentación de una denuncia a la Inspección de Trabajo, por la relevancia que podría tener para el ejercicio de la acción. En cambio, como se vio en el tema 6, de

manera criticable, la presencia en juicio como testigo no se ha considerado amparada por la garantía de indemnidad, sino más bien por la libertad de comunicar información veraz.

En ocasiones las sentencias utilizan la palabra “discriminación” para referirse a las represalias derivadas del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, pero esto no es correcto en términos teóricos. Así, por ejemplo, si el empresario despide a un trabajador por haberle reclamado unos complementos salariales no percibidos, existe una diferencia de trato, pero esta no se refiere a la pertenencia a un grupo social determinado. En cualquier caso, la protección que brinda el ordenamiento jurídico para estos casos es la misma que para los supuestos de discriminación; así, por ejemplo, opera el traslado de la prueba y, en caso de que la conducta se considere ilícita, se calificará como nula de pleno derecho.

Por otra parte, en otros ordenamientos jurídicos es habitual que las represalias por acudir a la *tutela antidiscriminatoria* se consideren también como actos de discriminación, para que esta tutela sea verdaderamente efectiva. En este sentido, las Directivas comunitarias obligan a la protección frente a estas conductas. Por este motivo, la garantía de indemnidad sí que está expresamente reconocida por la ley en materia de discriminación y lo está de un modo muy amplio, abarcando las acciones judiciales o administrativas e incluso las reclamaciones efectuadas en la empresa (arts. 17.1 ET y 9. LOIEMH).

Los procesos judiciales en los que el trabajador alega haber sido víctima de represalias por el ejercicio judicial de algún derecho -fundamental o no-, son muy frecuentes en España. En la mayoría de los casos, el elemento decisivo es la prueba de la relación de causalidad entre el ejercicio del derecho por parte del trabajador y la conducta del empresario, puesto que habitualmente la motivación está oculta. A estos efectos se aplica, como se ha dicho anteriormente, el “traslado de la carga de la prueba”, de manera que el trabajador tiene la carga de aportar *indicios* de esta relación de causalidad y, en caso de que los aporte, corresponderá al empresario la carga de acreditar y justificar la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de su conducta.

Autoevaluación

(El alumno debe estar seguro de que sería capaz de responder a las siguientes preguntas)

- ✓ ¿En qué se diferencian el *ius puniendi* y el ejercicio de la acción judicial?
- ✓ ¿Está obligado el empresario a utilizar el poder disciplinario en defensa de los derechos fundamentales?
- ✓ ¿En qué se diferencian la vía del Derecho Administrativo Sancionador y la vía del Derecho Penal?
- ✓ En caso de que el despido sea declarado nulo, ¿puede el trabajador, como regla general optar entre la readmisión y la extinción indemnizada del contrato?
- ✓ ¿Puede el trabajador extinguir el contrato de trabajo con derecho a indemnización sin acudir a la Jurisdicción?
- ✓ ¿En qué se diferencian los daños patrimoniales y los daños morales? ¿En qué se

diferencian el daño emergente y el lucro cesante?

- ✓ ¿A qué situaciones se aplica el traslado de la carga de la prueba? ¿a qué procedimientos no se aplica?
- ✓ ¿Qué es la garantía de indemnidad?