UNIVERSIDAD DE MURCIA

Escuela de Doctorado

TESIS DOCTORAL

La modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el orden social

AUTORA Dª. Inmaculada Hernández Morales

DIRECTOR D. Faustino Cavas Martínez

2025

UNIVERSIDAD DE MURCIA Escuela de Doctorado

TESIS DOCTORAL

La modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el orden social

AUTORA Dª. Inmaculada Hernández Morales

DIRECTOR D. Faustino Cavas Martínez

2025

Firmado: INMACULADA HERNANDEZ MORALES. Fecha firma: 03/03/2025 13:02:51. Puesto/Cargo: MUTUA ABOGADO (0003173520). Datos del certificado: CN=AOA CA1 OCSP,OU=CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA,O=AUTORIDAD DE CERTIFICACION DE LA ABOGACIA,C=ES,2.5.4.97=VATES-Q2836014E.

UNIVERSIDAD DE MURCIA

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TITULO DE DOCTOR/A

Aprobado por la Comisión General de Doctorado el 19 de octubre de 2022.

Yo, Dª. Inmaculada Hernández Morales, habiendo cursado el Programa de Doctorado Programa de Doctorado de la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Murcia (EIDUM), como autor/a de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor/a titulada:

La modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el orden social

y dirigida por:

D.: FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
D.:
D.:

DECLARO QUE:

La tesis es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, en particular, la Ley de Propiedad Intelectual (R.D. legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), en particular, las disposiciones referidas al derecho de cita, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Del mismo modo, asumo ante la Universidad cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de la autoría o falta de originalidad del contenido de la tesis presentada, en caso de plagio, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

Murcia, a 3 de marzo de 2025

(firma)

Información básica sobre protección de sus datos personales aportados:	
Responsable	Universidad de Murcia. Avenida teniente Flomesta, 5. Edificio de la Convalecencia. 30003; Murcia. Delegado de Protección de Datos: dpd@um.es
Legitimación	La Universidad de Murcia se encuentra legitimada para el tratamiento de sus datos por ser necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento. art. 6.1.c) del Reglamento General de Protección de Datos
Finalidad	Gestionar su declaración de autoría y originalidad
Destinatarios	No se prevén comunicaciones de datos
Derechos	Los interesados pueden ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición, limitación del tratamiento, olvido y portabilidad a través del procedimiento establecido a tal efecto en el Registro Electrónico o mediante la presentación de la correspondiente solicitud en las Oficinas de Asistencia en Materia de Registro de la Universidad de Murcia

Esta DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD debe ser insertada en la quinta hoja, después de la portada de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor/a.

Código seguro de verificación: RUxFMgeM-8J7uetBH-gMzsgfjH-uvVMBsEq | COPIA ELECTRÓNICA - Página 1 de 1

esta es una copia auténtica imprimible de un documento administrativo electrónico archivado por la universidad de murcia, según el artículo 27.3 c) de la ley 39/2015, de 1 de octubre. su autenticidad puede ser contrastada a través de la siguiente dirección. https://sede.um.es/validador/

AGRADECIMIENTOS

A Beatriz, mi hija, porque como la célebre Beatriz de Dante, "tu presencia en mi vida es el bálsamo que calma todas mis penas".

A mi compañero de viaje, Tomás, por estar a mi lado en esta tierra veloz. Gracias, siempre.

A mi familia, de la que tan orgullosa me siento y en especial a los que se marcharon durante este proceso, por sus enseñanzas: a mi hermana María Dolores, porque aprendí a leer gracias a ella durante aquel verano anterior al comienzo de la escuela y a mis padres, Eugenio y Dolores, por mostrarme con su ejemplo constante lo que significa vivir con honestidad y dignidad. Porque fuisteis, somos.

A mi tutor, Faustino, por su paciencia infinita y su aliento que me ha acompañado a la hora de abordar el estudio de esta materia tan fascinante como compleja; por su apoyo constante sacrificando su descanso para ayudarme a encontrar el camino correcto para llegar a este destino y por haberme dado mucho más de lo que creo merecer.

No quiero dejar pasar esta oportunidad para contar algo que él desconoce. En el año 2004 me adentré en el mundo del derecho laboral, después de varios años de ejercicio profesional generalista, centrada en asuntos civiles de forma prioritaria. Mi acercamiento al orden jurisdiccional social, prácticamente ajeno hasta entonces para mí y que marcaría el resto de mi carrera (veinte años ya) fue con un contrato laboral en una organización sindical. Como el trabajo y la vida está compuestos por una serie de casualidades fue en ese despacho rodeada de expedientes con letras rojas impresas donde encontré un libro, encuadernado también en rojo de la Editorial Comares, titulado *El recurso de suplicación* del autor Faustino Cavas Martínez. Mi primera incursión a la hora de hacer un recurso de suplicación fue de la mano de ese libro que me acompañó en muchas horas de aprendizaje y trabajo a partes iguales. Quién me iba a decir que sería también él quien unos cuantos años después iba a dirigir, orientar y apoyar la realización de este trabajo.

Por todo ello, mi gratitud, mi afecto y mi respeto.

A Carmen Sánchez Trigueros, catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, porque aquel día, en esa comida que tuve la suerte de compartir a su lado y con su entusiasmo imparable levantó mis ánimos en un momento lleno de pérdidas y desaliento. Con toda probabilidad no fue consciente de ello, pero con toda seguridad no lo olvidaré.

A Belén Fernández Collados, coordinadora del Doctorado en Derecho, mi agradecimiento por su orientación durante el último tramo de este proceso. Su dedicación y compromiso con el programa de doctorado han sido esenciales.

Durante este tiempo he compaginado la docencia con la práctica profesional de la abogacía y la realización de este trabajo doctoral, por lo que quiero agradecer a Alberto Cámara Botía y a Belén García Romero, director y directora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, por sus ánimos, su cercanía y su comprensión.

A Francisca Ferrando García, Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia con la que coincidí al empezar mi aventura docente en esta Universidad siendo ella secretaria del Departamento de Derecho del Trabajo, por ayudarme a superar esas piedras en el camino que acompañan todos los comienzos.

A Elisa Cuadros Garrido y a José Antonio González Martínez, que ejercieron con posterioridad las funciones de secretaria y secretario del Departamento, por hacer más fácil mi día a día en la vida docente universitaria.

Y a todo el profesorado del departamento, compañeros de cuitas y horarios, por su aliento y apoyo.

A Maite García Castillo, por contagiarme con su ímpetu para luchar batallas justas.

A Jesús Martínez Férez, compañero en los juzgados y en las aulas, por su generosidad innata y por ofrecerme su amistad incondicional.

A los amigos y amigas que la vida me ha regalado y que han estado ahí, esperando ese hueco para compartir una taza de café. Gracias.

ÍNDICE

ABREVIATURAS **8**

INTRODUCCIÓN **12**

CAPÍTULO PRIMERO: LA CONSTRUCCIÓN DE UNA GARANTÍA JURISDICCIONAL ESPECÍFICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL **17**

CAPÍTULO SEGUNDO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES LABORALES EN MATERIA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS **28**

I. ÁMBITO DEL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES **29**

1. Consideraciones previas **29**

2. Derechos susceptibles de protección **31**

2.1. EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL Y DE HUELGA 31

2.1.1. El derecho de libertad sindical 31

2.1.2. El derecho de huelga 44

2.2. OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS 48

2.3. LA PROHIBICIÓN DE TRATO DISCRIMINATORIO 52

2.4. EL ACOSO 57

2.5. REFERENCIA A LA DIGNIDAD HUMANA 61

3. Pretensiones en materia de derechos fundamentales atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social **63**

II. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL ENTRE LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES SOCIAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES **66**

1. La tutela de los derechos de libertad sindical y huelga del personal funcionario y estatutario al servicio de las Administraciones Públicas **69**

1.1. EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y PERSONAL ASIMILADO 69

1.2. EL DERECHO DE HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS 78

1.3. ALCANCE Y LÍMITES DE LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 3. C) DE LA LRJS 78

1.3.1. Lesiones de la libertad sindical que afectan directamente a un sindicato 79

1.3.2. Lesiones de derechos fundamentales del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas 82

1.3.3. Pretensiones mixtas de tutela que afectan a funcionarios públicos y personal laboral 85

1.3.4. Pretensiones de tutela de libertad sindical frente al sindicato 89

1.3.5. Breve referencia al régimen del personal estatutario 90

2. Pretensiones de tutela de los derechos fundamentales laborales cuando la lesión procede de disposiciones generales de rango inferior a la ley y actos de las Administraciones públicas sujetos a Derecho administrativo en materia laboral y de Seguridad Social 93

III. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL ENTRE LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES SOCIAL Y CIVIL EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES 97

IV. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL ENTRE LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES SOCIAL Y PENAL EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES 108

V. COMPETENCIA OBJETIVA, FUNCIONAL Y TERRITORIAL DE LOS TRIBUNALES LABORALES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS 111

CAPÍTULO TERCERO: OBJETO Y CARACTERES DEL PROCESO 120

I. DELIMITACIÓN GENERAL DEL OBJETO DEL PROCESO 121

1. Exclusión del conocimiento de cuestiones de legalidad ordinaria 122

2. Imposibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del derecho 128

3. Consecuencias de la acumulación indebida de acciones 136

II. RESTRICCIÓN DEL ÁMBITO DEL PROCESO MEDIANTE LA REMISIÓN DEL CONOCIMIENTO DE CIERTAS PRETENSIONES A MODALIDADES PROCESALES DE TRAMITACIÓN LEGAL INEXCUSABLE 137

1. Antecedentes 137

1.1. La reducción del ámbito material del proceso de tutela 140

1.2. La inaplicación de las garantías propias del proceso de tutela 142

2. Estudio de la regulación actual 145

2.1. La atribución de carácter preferente a dichos procesos (art. 184, in fine) 145

2.2. La acumulación de las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva 147

2.3. La aplicación "en cuanto a las pretensiones de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas" de las reglas y garantías previstas en el Capítulo XI para dicho proceso, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal" (art. 178.2 LRJS) 148

III. CARACTERES DEL PROCESO DE TUTELA 150

1. Opcionalidad. 150

2. Preferencia y sumariedad 164

2.1. Preferencia 164

2.2. Sumariedad 164

2.2.1. La sumariedad cuantitativa 165

2.2.2. La sumariedad cualitativa 173

CAPÍTULO CUARTO: LAS PARTES DEL PROCESO 175

I. LEGITIMACIÓN ACTIVA 176
1. Consideraciones generales 176
2. Legitimación activa en las pretensiones de tutela de libertad sindical..... 184
2.1. LEGITIMACIÓN DE LA PERSONA TRABAJADORA 184
2.2. LEGITIMACIÓN DEL SINDICATO 190
2.2.1. Legitimación ordinaria en defensa del "interés propio" 190
2.2.2. Tutela de intereses colectivos 193
2.2.3. Legitimación en el supuesto de conductas pluriofensivas 196
2.2.4. El sindicato como coadyuvante de la persona trabajadora..... 200
2.2.5. El sindicato como representante de la persona trabajadora 207
2.3. NEGACIÓN DE LEGITIMACIÓN EN DETERMINADOS SUPUESTOS 209
3. Legitimación activa en las pretensiones de tutela de los restantes derechos fundamentales y libertades públicas 215
II. LEGITIMACIÓN PASIVA 220
III. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL..... 225
CAPÍTULO QUINTO: ASPECTOS PROCEDIMENTALES 228
I. EJERCICIO DE LA ACCIÓN: PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD 229
II. ACTOS PREPROCESALES 237
III. LA DEMANDA..... 242
1. Requisitos formales..... 242
2. Trámite de admisión de la demanda. 245
3. Inadmisión de la demanda: especial referencia a la inadecuación de procedimiento 247
IV. MEDIDAS CAUTELARES 253
1. La suspensión de los efectos del acto impugnado y demás medidas cautelares innominadas..... 254
2. La suspensión de los efectos del acto lesivo en las demandas de tutela de la libertad sindical 255
3. Las medidas cautelares en las demandas de tutela del derecho de huelga 257
4. Las medidas cautelares en las demandas de protección frente al acoso y las seguidas por víctimas de violencia de género 259
5. Trámites para la adopción de las medidas cautelares 261
5.1. SOLICITUD 263
5.2. TRAMITACIÓN 264
5.3. RESOLUCIÓN..... 264
V. ACTOS DE CONCILIACIÓN Y JUICIO. ESPECIAL REFERENCIA A LA FASE DE PRUEBA..... 265
1. Consideraciones generales 265

2. La prueba en el proceso de tutela 266

2.1. La carga de la prueba de la parte demandante: la aportación de indicios de violación del derecho fundamental 268

2.2. La implicación judicial en la aportación de la prueba del demandante 274

2.3. Especial referencia a la prueba de indicios en la garantía de indemnidad 275

2.4. La prueba de indicios en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción 278

2.5. La prueba de indicios en las conductas empresariales de discriminación 280

2.6. La carga de la prueba de la parte demandada: justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad 285

CAPÍTULO SEXTO: LA SENTENCIA 292

I. CONSIDERACIONES GENERALES 293

1. Contenido de la sentencia desestimatoria 295

2. Contenido de la sentencia estimatoria 296

2.1. Tutela declarativa: existencia de vulneración de derechos fundamentales y nulidad radical del acto lesivo 297

2.2. Tutela inhibitoria, cesatoria o "interdictal" : cese del comportamiento lesivo 299

2.3. Tutela restitutoria y reparadora 300

2.3.1. Tutela restitutoria 300

2.3.2. Tutela reparadora 306

A) Objeto de la tutela reparadora: daños patrimoniales, extrapatrimoniales y punitivos 307

B) La indemnización por daños morales 318

C) La obligación judicial de cuantificar el daño 329

D) Criterios para el cálculo de la indemnización 332

E) Especial referencia a la indemnización por daño moral en el despido nulo de la trabajadora embarazada 348

F) Especial referencia a la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba del despido 350

II. RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA 353

III. EJECUTIVIDAD DE LA SENTENCIA Y EJECUCIÓN EN SUS PROPIOS TÉRMINOS 354

CONCLUSIONES 358

BIBLIOGRAFÍA 376

ABREVIATURAS

AAPP	Administraciones públicas
AEBOE	Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Art.	Artículo (y su plural, arts.)
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORM	Boletín Oficial de la Región de Murcia
CA	Contencioso Administrativa
CC	Código Civil
CE	Constitución Española de 29 de diciembre de 1978
CEDS	Comité Europeo de Derechos Sociales
cit.	(obra) citada
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
CSE	Carta Social Europea
CSIF	Central Sindical Independiente y de Funcionarios
DT	Disposición transitoria
EBEP	Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del del Estatuto Básico del Empleado Público.
ET	Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre)
FJ y FFJJ	Fundamento jurídico (y su plural)
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**.**
LECr	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
Ley LGTBI	Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LOI	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
LO 1/2025	Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LOPD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LPJDF	Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.
LPL 1980	Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
LPL 1990	Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral**.**
LPL 1995	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral**.**

LPJDF	Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales**.**
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.
Proc	Procedimiento
Rco	Recurso de casación ordinario
Rcud	Recurso de casación para unificación de doctrina
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-Ley
RDL 17/1977	Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.
RDL 6/2023	Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.
Rec	Recurso
RGPD	Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.
Rsu	Recurso de suplicación
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SMI	Salario Mínimo Interprofesional
ss.	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo

TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TR	Texto Refundido
TREBEP	Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del del Estatuto Básico del Empleado Público.
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

FINALIDAD DEL ESTUDIO

El presente estudio tiene por objeto efectuar una revisión del régimen jurídico de la modalidad procesal de los arts. 177 a 184 LRJS para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas en el orden jurisdiccional social.

Desde la definición de derecho o justicia natural de Aristóteles en la Ética a Nicómaco ("...es natural lo que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeto al parecer humano") la identificación y protección de aquellos derechos que tienen en todas partes la misma fuerza ha sido un camino tortuoso y complejo.

No nos detendremos en la presente investigación en el estudio del contenido sustantivo de esos derechos fundamentales, pues ello correspondería a otro tipo de obra. Tampoco se va a dirigir nuestro estudio al análisis de todos los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, sino tan solo del más cercano al justiciable y que supone la protección por los tribunales del orden jurisdiccional social de las lesiones de los derechos fundamentales cuando estas últimas entran dentro del ámbito competencial de los tribunales laborales.

Su objetivo es ofrecer una visión de conjunto de la regulación de este cauce procesal con una breve referencia a su evolución (desde la ausencia de una garantía laboral para el amparo ordinario de los derechos fundamentales hasta la reestructuración de dicha modalidad procesal en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social con el objetivo reseñado en su Exposición de Motivos de "asignar al juez de lo social de la función de garante ordinario de los derechos fundamentales").

La finalidad de este trabajo es revisionista en todas las acepciones de la palabra revisión según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, por tanto, no solo haremos un repaso, observación o registro de la legislación, doctrina y jurisprudencia sobre la materia y sus antecedentes; sino que se llevará a cabo un nuevo examen de las soluciones que ofrece la modalidad procesal de la LRJS para la defensa de los derechos fundamentales y de sus posibles aciertos y deficiencias, para ofrecer una visión actualizada y en su caso, mejorada.

Esta memoria responde a la conveniencia de revisar periódicamente las instituciones jurídicas, a la luz del derecho internacional y comunitario y de las múltiples y frecuentes reformas normativas internas, que han generado contradicciones, revertidas en gran parte por las interpretaciones jurisprudenciales. Por último, se han extraído conclusiones de la revisión sistemática de esta modalidad procesal con la finalidad de generar reflexiones, interrogantes y en su caso, posibles propuestas de lege ferenda.

METODOLOGÍA

Como se ha indicado, el objetivo último de este estudio es realizar una revisión de la legislación, doctrina y jurisprudencia relativa a la modalidad procesal que le da título y se ha abordado como un trabajo de Derecho procesal estricto, que estudia el mecanismo o cauce de protección del bien jurídico (no éste último), por lo que sigue la estructura propia de los estudios sobre materias procesales: ámbito material del proceso y conflictos competenciales con otros órdenes jurisdiccionales, legitimación de las partes y procedimiento a seguir; para después entrar en los problemas de la concreta modalidad procesal, desde la presentación de demanda hasta su conclusión por sentencia, centrando el estudio en aquello que resulta peculiar o especial en esta modalidad especial respecto del proceso ordinario o común laboral.

Como el derecho es una disciplina que busca establecer leyes y normas, la metodología aplicada ha sido la búsqueda, localización y sistematización de los principales estudios doctrinales y resoluciones judiciales que puedan resultar de interés para el objeto de nuestro trabajo, así como de la evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial que se ha producido en el proceso de amparo ordinario.

Para ello se ha utilizado las técnicas de análisis documental y de contenidos y se ha otorgado un papel importante a la labor hermeneútica, al tratarse de una herramienta imprescindible en la interpretación de los textos normativos y en el análisis de las restantes fuentes documentales.

Por último, se ha realizado una labor de síntesis, para presentar o exponer aquellas partes más sobresalientes o importantes de la investigación con el fin de extraer conclusiones, ofrecer un balance actualizado de sus virtudes, sus defectos y las posibles soluciones.

En cuanto al contenido del estudio, se ha estructurado en seis capítulos.

En el primero de ellos se aborda la aparición esta garantía específica para la protección de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, realizando una breve introducción histórica de los avatares seguidos desde la ausencia total de una garantía laboral hasta su "construcción" por los órganos judiciales.

En el capítulo segundo se estudia el ámbito material de esta modalidad procesal lo que requerirá delimitar los derechos susceptibles de protección a través del mismo, así como las pretensiones atribuidas al conocimiento del orden social en materia de derechos fundamentales, con la necesaria delimitación competencial entre los órdenes social y restantes órdenes jurisdiccionales, penal, civil y especialmente contencioso administrativo. Por último, una breve referencia a la competencia objetiva, funcional y territorial de los órganos jurisdiccionales social en materia de derechos fundamentales.

En el capítulo tercero se tratará el objeto y caracteres del proceso, con especial referencia en cuanto al objeto del proceso a la limitación de este al contenido constitucional de los derechos fundamentales con exclusión del conocimiento de cuestiones de mera legalidad ordinaria, así como a la imposibilidad de acumulación de las pretensiones que constituyen su objeto con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos. Se tratará las restricciones del objeto del proceso por la remisión del conocimiento de ciertas pretensiones a modalidades procesales de tramitación legal inexcusable, que se derivan de la finalidad de evitar la división de la cuestión litigiosa. Y en cuanto a los caracteres del proceso se hará referencia a la preferencia y sumariedad exigidas por el texto constitucional (art. 53.2 CE), así como al carácter opcional y no obligatorio de la elección del mismo, que supone una limitación más al ámbito del proceso.

El capítulo cuarto se destina al estudio de las partes del proceso, los sujetos legitimados activa y pasivamente, la posibilidad de intervención de coadyuvantes en el proceso y la obligatoria citación del Ministerio Fiscal.

El capítulo quinto se destina al estudio de los aspectos procedimentales (como la excepción a la celebración de conciliación previa extrajudicial), los requisitos de la demanda, la solicitud de medidas cautelares, el régimen de proposición y práctica de la prueba y la celebración de los actos de conciliación y juicio.

En el capítulo sexto se regula la sentencia, su pluralidad de pronunciamientos de ser estimatoria, con especial referencia a la obligación judicial de emitir un pronunciamiento sobre la cuantía de la indemnización, de acreditarse la lesión de derechos fundamentales, en función tanto del daño moral, como de los daños y perjuicios adicionales derivados y la presunción de existencia del primero cuando se acredite la lesión. Nos detendremos en la determinación de la cuantía del daño moral, dada la dificultad de concreción del mismo y por último, se tratarán las especialidades del régimen de recursos y ejecución de la sentencia.

Se finaliza con las conclusiones alcanzadas y algunas propuestas de *lege ferenda.*

El trabajo de investigación se cierra con las referencias a la bibliografía citada en el texto. Se ha utilizado para su redacción, en la medida de lo posible, un lenguaje no sexista e inclusivo (salvo en aquellos supuestos en los que se citan normas, sentencias o doctrina, en los que se ha mantenido el tenor literal del texto original). Por último, las resoluciones judiciales de Juzgados, TSJ, AN y TS se han citado por el sistema de fecha de dictado de la resolución y número de recurso o procedimiento (pues en el caso de las sentencias de la Sala Cuarta del TS no siempre resultan publicadas los números de sus sentencias); en las del TJUE, por el número del asunto y la identificación de las partes o del demandante y en las del TC por el número de sentencia y fecha de la misma.

CAPÍTULO PRIMERO: LA CONSTRUCCIÓN DE UNA GARANTÍA JURISDICCIONAL ESPECÍFICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL

El término “derechos fundamentales” tiene su origen en la Francia del siglo XVIII (“droits fondamentaux”) con el movimiento que condujo a la proclamación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Estos derechos fundamentales o “derechos del hombre” serían objeto de recepción, en primer lugar, en las Cartas y Declaraciones de derechos fruto de esa época para después incorporarse a los textos constitucionales. Su llegada a estos supuso la "recepción por las normas superiores de los ordenamientos jurídicos de los históricos derechos naturales"[1].

El reconocimiento de un elenco de derechos fundamentales en la Constitución no puede quedar en una mera enumeración o catálogo de derechos, sino que necesariamente ha de llevar aparejado una serie de instrumentos que garanticen su tutela, pues “un derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías”[2]. Los derechos fundamentales suponen la positivación en el texto constitucional de derechos naturales, al mismo tiempo que constituyen auténticos derechos subjetivos reconocidos a los particulares, oponibles frente a los poderes públicos y frente a otros sujetos. En cuanto que derechos subjetivos han de contar con un régimen de tutelas que garantice su efectividad y en la medida en que suponen el reconocimiento de derechos humanos de carácter universal, esa protección ha de ser de carácter reforzado e integral.

En la Constitución española de 1978 los derechos fundamentales aparecen recogidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, bajo la rúbrica “De los derechos fundamentales y libertades públicas”. Su tutela no se deja a la previsión que pueda hacer el legislador ordinario pues, junto a su enumeración y definición, el propio texto constitucional regula un conjunto de mecanismos de garantía de diversa naturaleza[3]que, siguiendo a Pérez Luño y en atención al origen y órganos encargados de su tutela, se pueden clasificar en "garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales"[4]. En dicha clasificación ya queda patente cuál es el objetivo último del cuadro de garantías arbitrado para su defensa

[1] PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Temas claves de la Constitución Española, 9.ª ed. Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pág. 33. El autor hace referencia al significado de los nuevos términos “derechos del hombre” (popularizado por Thomas Paine) y “derechos fundamentales”, surgidos en esta época, en cuanto que reveladores de “la aspiración del iusnaturalismo iluminista por constitucionalizar, o sea, por convertir en derecho positivo, en preceptos del máximo rango normativo, los derechos naturales”.
[2] Véase CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004. También, TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1991, pág. 230, citado en OEHLING DE LOS REYES, A. “El artículo 53 de la constitución española de 1978: esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de garantía de los derechos fundamentales (1978-2017)”, *Revista de Derecho Político UNED,* n.º 100, septiembre-diciembre, 2017, pág. 1102.
[3] GÁRATE CASTRO, J.*, La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (Un estudio de la modalidad procesal regulada por los arts. 175 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral),* Revista Xurídica Galega, Monografías, Pontevedra, 1999, pág.15.
[4] PÉREZ LUÑO, A. E. *op. y loc. cits.* Este autor clasifica las garantías de protección de los derechos fundamentales en normativas, institucionales y jurisdiccionales y dentro de éstas últimas distingue entre genéricas y específicas, situando el amparo judicial ordinario entre las garantías específicas junto a la tutela jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

por el legislador constitucional, que no es otro que prever mecanismos de protección de esos derechos "desde todos los ámbitos y por todos los poderes del Estado"[5].

Entre las garantías normativas, encontramos la "vinculación de todos los poderes públicos y de los ciudadanos a la Constitución"(art. 9.1 C.E.), vinculación que reitera el art. 53.1 del texto constitucional respecto de los "Derechos y libertades" del Capítulo II del Título I[6]. Los derechos reconocidos en dicho Capítulo solo podrán ser regulados por ley, una reserva de ley que además lo es a ley orgánica cuando se trata de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Sección Primera (art. 81.1 C.E), exigiendo así mayorías reforzadas para su regulación y desarrollo. Junto a esa reserva de ley aplicable a los derechos regulados en el Capítulo II se "sustrae" todo el Título I de la Constitución de la acción legislativa provisional del Gobierno a través de Decretos-Leyes, dictados en casos de extraordinaria y urgente necesidad, prohibiendo la regulación por Decreto-Ley no solo de esos derechos y libertades, sino también de los principios rectores de la política social y económica contenidos en el Capítulo III. Además de prohibir la regulación "exclusiva" por el Gobierno de los derechos y libertades, también se protege a los mismos del propio Poder Legislativo, pues la regulación que realice este último "habrá de respetar el contenido esencial del derecho"[7]. Por último, la modificación del Título I exigirá recurrir al procedimiento agravado de reforma constitucional (art. 168 CE, aprobación por mayoría de dos tercios de cada Cámara y disolución inmediata de las Cortes para la reforma del Título Preliminar y Título I de la Constitución).

---

[5] OEHLING DE LOS REYES, A., *op.* cit*.,* pág.1104:"La idea subyacente es crear un sistema concéntrico y sucesivo de garantía de los derechos y libertades, a realizar por una pluralidad de institutos (legislativo, Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria, también aparte —de conformidad con el artículo 54 de la Constitución— el Defensor del Pueblo)".

[6] BAZ TEJEDOR, J. A., *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo,* Lex Nova, Valladolid, 2006, pág.32 : "…condicionar la puesta en práctica de los derechos fundamentales a un ulterior desarrollo legislativo de ellos mismos, bien por ausencia de una regulación legal, bien por una regulación legal que los desvirtuase, lo que el constituyente ahora trata de evitar".

[7] Sobre el contenido esencial del derecho fundamental, véase la STC 11/1981, de 8 de abril, a propósito del derecho de huelga, que ya señala los dos caminos complementarios para la definición del contenido esencial del derecho, por un lado, como el haz de facultades o posibilidades de actuación que hacen reconocible ese derecho subjetivo y por otro, como el núcleo del derecho que permite que el conjunto de intereses jurídicamente protegibles que le dan vida resulten efectivamente protegidos, de modo que, en caso de limitaciones a ese núcleo esencial, esos intereses resultarían lesionados: "Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección."

Entre las garantías institucionales destacan ciertas garantías "genéricas", que no son exclusivamente aplicables a los derechos fundamentales, pero que cumplen esa función de protección de los mismos, en cuanto que mecanismos propios de nuestro sistema parlamentario, como la iniciativa legislativa popular (art. 87 C.E.) el derecho de petición individual y colectiva (art. 29 CE) o la función específica de protección de los derechos fundamentales que ejerce el Defensor del Pueblo, como alto Comisionado de las Cortes, supervisando la actividad administrativa y contando con legitimación activa en el recurso de amparo y en el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Entre las garantías jurisdiccionales contamos con aquellas que suponen control por parte de la jurisdicción constitucional (ya sean genéricas como el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad- arts. 161.1.a) y 163 C.E.- o específicas, como el recurso de amparo); así como aquellas que suponen tutela de los derechos fundamentales a través de la jurisdicción ordinaria: el procedimiento de habeas corpus, el incidente de nulidad de actuaciones y el procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios[8]. De esta última garantía (a la que se refiere García Murillo, con la denominación de garantía "concreta"[9]) es de la que nos ocuparemos.

Este mecanismo protector, al que se suele denominar como "amparo judicial ordinario", y que actualmente se articula en el orden social a través de la modalidad procesal regulada en los arts. 177 a 184 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS) es el procedimiento preferente y sumario al que se refiere el art. 53.2 de la CE, a través del cual "cualquier ciudadano" puede recabar la tutela de sus derechos y libertades fundamentales.

En el orden contencioso administrativo, su regulación se aloja en los arts. 114 a 122 qater del Título V, Capítulo I, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA). La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por su parte, no establece una modalidad procesal específica, sino que prevé la sustanciación de las pretensiones de tutela de cualesquiera derechos fundamentales que se produzcan en el ámbito extrajudicial a través del juicio ordinario (art. 249.2 LEC), por entender que este es el que mejor satisface los requisitos de sumariedad del texto constitucional. Respecto de aquellos derechos fundamentales que solo pueden ser violados en el seno de un proceso (de contenido procesal) su defensa no puede realizarse

[8] CARRILLO, M., "Procedimiento constitucional y convergencia jurisdiccional en la protección de los derechos", *IVS FVGIT Revista de Cultura Jurídica,* vol. 20*,* pág. 49 **: "**En este sistema constitucional, la jurisdicción ordinaria fue concebida como la sede natural de garantía de tutela de los derechos fundamentales mientras que el recurso de amparo se entendió que debía ser una vía extraordinaria y subsidiaria para la garantía de los mismos y un requisito previo para acceder, en su caso, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos".

[9] GARCÍA MORILLO, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, diferencia entre garantías abstractas y concretas: entre las primeras, el recurso directo e indirecto de inconstitucionalidad, la reserva a ley orgánica, la aplicabilidad directa, la interpretación con arreglo a los tratados internacionales suscritos de conformidad con el artículo 10.2 C.E. y el Defensor Del Pueblo y entre las segundas, el recurso de amparo y el amparo judicial ordinario.

en un proceso posterior a este o paralelo, sino que debe resolverse en el mismo procedimiento[10].

En cuanto al orden penal, la disposición derogatoria única de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECr, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado derogó expresamente los arts. 1 a 5 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (en adelante, LPJDF). Dichos artículos preveían que, en los delitos y faltas contra los derechos fundamentales de la persona, se observarían las normas de procedimiento correspondientes de la LEC. Tras su derogación, el procedimiento abreviado será aquel a través del cual se articulen los tipos penales que afecten a los derechos fundamentales de la persona, por ejemplo, delitos contra la intimidad, la propia imagen o la inviolabilidad de domicilio, delitos de calumnia e injuria (arts. 197 y ss. CP) o delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (arts. 529 y ss. CP).

El procedimiento específico de amparo judicial ordinario tiene sus orígenes en los Pactos de la Moncloa suscritos entre el 8 y el 27 de octubre de 1977.

En el Acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política aprobado el 27 de octubre de 1977 se incluyeron, entre los objetivos de política legislativa a corto plazo, el establecimiento de un procedimiento judicial que "habrá de desarrollarse en plazos breves y estrictos" para la protección del derecho de libertad de expresión, así como un procedimiento judicial "rápido" para la protección del derecho de reunión, utilizándose el término "sumario" para referirse al procedimiento judicial que habría de proteger el derecho de asociación política. En cumplimiento de esos Pactos se aprobarían múltiples disposiciones en fechas posteriores. Por lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales, el 16 de diciembre de 1977 se aprobó un Proyecto de "Ley sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona", que vendría a suponer el desarrollo legislativo, en el plano procesal, de las previsiones del Acuerdo en materia jurídica y política.

En dicho Proyecto se amplió materialmente el ámbito de las libertades objeto de protección respecto al Acuerdo alcanzado en los Pactos de la Moncloa, que abarcaba solo las libertades de expresión, reunión y asociacionismo político. Ahora se añaden la libertad y secreto de la correspondencia, la libertad religiosa, de residencia, la garantía de inviolabilidad del domicilio y la protección jurídica frente a detenciones ilegales y sanciones en materia de orden público.

[10] Tal y como indica la Exposición de Motivos de la LECiv (motivo X) respecto de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, resulta inapropiado y absurdo el establecimiento de un procedimiento especial: "…esta Ley descarta un ilógico procedimiento especial ante las denuncias de infracción y considera que las posibles violaciones han de remediarse en el seno del proceso en que se han producido".

El Proyecto de la que sería Ley 26/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona concibe dicha norma, como tantas otras veces ocurre en nuestra historia legislativa, como una ley de "carácter provisional" por la necesidad que se apreciaba en ese momento como apremiante de garantizar los derechos fundamentales y libertades públicas "hasta la aprobación de la nueva Constitución y su legislación complementaria". El momento histórico así lo requería pues se estaba iniciando un proceso de democratización política e institucional que habría de encontrar su punto álgido y a la vez "de partida" en la Constitución Española de 1978.

En dicho proyecto de ley estaban presentes dos ideas principales: atribuir la tutela de los derechos fundamentales a los tribunales ordinarios (según sus respectivos ámbitos de competencia, para no alterar la organización existente) y la urgencia y simplificación de trámites de los procesos, para lo que se arbitran procedimientos judiciales basados en los principios de preferencia y sumariedad (de procedimientos "breves y sencillos" son calificados en el proyecto de ley, haciendo referencia con ello a la posterior sumariedad del texto constitucional).

El ámbito objetivo de este Proyecto y posterior LPJDF no se extendía a todos los derechos fundamentales, pero obedecía a la urgencia del momento que no era otra que atribuir a los órganos judiciales el control de aquellos, privando así a las autoridades políticas y gubernativas del que venían haciendo hasta el momento[11] y ello sin perjuicio de ampliar su ámbito, en el plazo de dos meses, como preveía su Disposición Final, a los "nuevos derechos constitucionalmente declarados que sean susceptibles" y entretanto no se regulara el procedimiento jurisdiccional de tutela previsto en la Constitución.

Hay que tener en cuenta que, aunque la LPJDF se publica en el Boletín Oficial del Estado el 3 de enero de 1979, después de la Constitución Española (publicada el 29 de diciembre de 1978) esa prioridad en el tiempo del texto constitucional lo es solo por escasos días, de modo que resulta evidente que la LPJDF no podía ser "desarrollo" o regulación del procedimiento previsto en el art. 53.2 C.E[12], ni tampoco lo pretendía, pues su vocación era ser sustituida por el procedimiento que definitivamente se regulara. Estos avatares legislativos y el carácter de urgencia y provisionalidad de la LPJDF, que preveía su

[11] GIMENO SENDRA, V., "La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales", *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho,* Vol. 1, 1982, pág. 183: "A este proceso propio de la dictadura y que derivó en el "hurto" de asuntos a los órganos jurisdiccionales por las autoridades gubernativas se refiere el autor: "La independencia de nuestra Magistratura se intentó preservar descargándola de toda una serie de enojosos asuntos, cuyo conocimiento fue trasladado a especiales órganos creados por el Ejecutivo"

[12] Sobre esta cuestión, MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales,* Editorial Netbiblo, La Coruña, 2007, pág.2 y CARMONA CUENCA, E., "El desarrollo legislativo de la tutela judicial de los derechos fundamentales. Evolución histórica y perspectivas de futuro" en MURILLO DE LA CUEVA, P. L. y CARMONA CUENCA, E., *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 27: "Así, pues, durante mucho tiempo, la Ley 62/1978- en realidad una Ley preconstitucional- quedó convertida en el desarrollo legislativo del procedimiento judicial preferente y sumario para la tutela de los derechos fundamentales previsto en el art. 53.2 CE".

"sucesión" por otra norma en fechas próximas tras la promulgación de la Constitución, explican su reducido ámbito inicial. La ampliación de su ámbito, prevista en su Disposición Final, se llevaría a cabo por el Decreto 342/1979, de 20 de febrero, que incorporó otros derechos y en concreto, en el ámbito laboral, el derecho de libertad sindical (no así el de huelga). Con la promulgación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) dicho ámbito se extendería nuevamente, a propósito de la garantía contenciosa, a todos los derechos fundamentales regulados en la Constitución[13].

Junto a la falta de una inicial inclusión en la LPJDF de los derechos fundamentales laborales específicos (libertad sindical o derecho de huelga, que solo después se subsanará en parte mediante la inclusión del derecho de libertad sindical) concurre otra circunstancia que deja aún más "huérfana" la protección de los derechos fundamentales en el ámbito laboral y es la falta en su texto de una garantía jurisdiccional social.

La LPJDF preveía tres garantías correspondientes a los restantes órdenes jurisdiccionales: penal, contenciosa-administrativa y civil (configurando esta última como residual). En el proyecto de ley ya se indicaba que el espíritu era "no alterar la organización jurisdiccional existente", de forma que cada uno de esos órdenes conociera de las reclamaciones que integran su ámbito competencial, buscando la uniformidad en los procedimientos con las notas comunes de "brevedad y sencillez", que les ayudaran a alcanzar la efectividad en la protección "sin excesivas complicaciones técnicas".

Sin embargo, dicha finalidad se verá frustrada en el ámbito laboral, pues la ausencia de una garantía social alteraría los órdenes competentes para el conocimiento de las lesiones del derecho de libertad sindical, que se atribuirían al orden civil, contencioso o penal, según los supuestos.

Son variadas las posiciones doctrinales sobre las causas de esa ausencia de una garantía laboral en la LPJDF, apuntándose desde la provisionalidad de la norma[14] hasta la falta de reconocimiento de derechos laborales específicos en su texto originario.

La provisionalidad de la norma no impidió que se arbitraran garantías en los restantes órdenes jurisdiccionales, por lo que parece que ese vacío pudo deberse más a una falta de conciencia sobre la posibilidad de que los derechos fundamentales reconocidos en su inicial redacción pudieran ser vulnerados en el ámbito laboral (lo que supone una visión limitada de las relaciones laborales y el desconocimiento de derechos fundamentales

[13] La Disposición Transitoria Segunda Dos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional amplía, a propósito de la garantía contencioso-administrativa, el ámbito de la LPJDF a "todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución".
[14] Sobre la provisionalidad de la norma, ALBIOL MONTESINOS, I., *La tutela de la libertad sindical por los tribunales nacionales,* Editorial Civitas, Madrid, 1987, pág. 17.

laborales "inespecíficos" junto a los específicamente laborales[15]) o incluso al simple "descuido" del legislador que creyó que, de producirse dichas vulneraciones, quedarían tuteladas suficientemente a través de las otras garantías (penal, contenciosa o civil).

El Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL/ 1980) tampoco incluyó entre sus procesos especiales la garantía social, dada su propia naturaleza de texto refundido, limitándose a armonizar en un texto único la normativa existente[16].

Habrá que esperar a la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS) que, en su art. 13 hace referencia al procedimiento de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona para la protección del derecho de libertad sindical en los siguientes términos: "Cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona". A pesar de ello, dicha ley tampoco supuso la existencia de una garantía social ante los tribunales laborales, pues se limita a indicar que la tutela se podrá recabar "ante la jurisdicción competente"[17].

La atribución de la tutela del derecho fundamental de libertad sindical a los tribunales laborales será objeto de construcción por el Tribunal Constitucional, a través de la doctrina del "cauce natural", de modo que el proceso laboral pasa a ser el apropiado para la protección de los derechos fundamentales cuando su vulneración se produzca en el ámbito laboral[18]. Con anterioridad, ya se había pronunciado el TC sobre la consideración

---

[15] Tal y como la doctrina del Tribunal Constitucional ha reiterado en múltiples ocasiones, "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para alguna de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano", SSTC 120/1983; 88/1985; 6/1988; 129/1989; 126/1990, entre otras muchas, por lo que resulta evidente, que aun no siendo específicamente laborales los derechos recogidos por la LPJDF en su redacción inicial, todos ellos acompañan a la persona en el ámbito de su relación contractual de trabajo y pueden manifestarse en él.

[16] HERREROS LÓPEZ, J.M. y ROLDÁN MARTÍNEZ, A.F., "El proceso laboral de tutela de los derechos fundamentales", en MURILLO DE LA CUEVA, P.L. y CARMONA CUENCA, E., (Coords) *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág.68.

[17] MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos fundamentales...* cit*,* pág. 5*: "*Esta remisión genérica se justificó argumentando que la LOLS no era el instrumento legal adecuado para fijar las reglas de atribución de competencia de los distintos órdenes jurisdiccionales". No obstante, la LOLS, a pesar de no ser una norma reguladora procedimental, sí dedica parte de su articulado a aspectos procesales de la tutela del derecho de libertad sindical, dedicando su Título V a "La tutela de la libertad sindical y represión de conductas antisindicales", incluyendo la figura del sindicato como coadyuvante en el proceso (art. 14) o la obligación del órgano judicial, probada la violación del derecho sindical, de decretar el cese inmediato de la conducta y remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal, para la depuración de eventuales conductas delictivas (art. 15).

[18] STC 55/1983, de 22 de junio, F.J 6º "no contemplando la ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, la jurisdicción laboral para la protección de éstos, y extendiéndose la protección jurisdiccional del art. 53.2 de la C.E. a todos los derechos y libertades

de la vía laboral como la "vía judicial procedente", previa a la interposición del recurso de amparo, de conformidad con el art. 43.1 LOTC y lo había hecho a propósito de la STC 67/1982, de 15 de noviembre, en un litigio en el que las demandantes consideraban vulnerado el principio de igualdad ante la ley por falta de cómputo del tiempo transcurrido en excedencia forzosa por matrimonio, a efectos del premio de constancia por antigüedad y derechos de Seguridad Social (y ello a pesar de la entrada en vigor de la Ley 56/1961, sobre igualdad de derechos civiles, políticos y de trabajo de la mujer cuando suceden los hechos). En dicha sentencia, el TC considera que el proceso ante la jurisdicción laboral ordinaria puede y debe ser la vía judicial previa que necesariamente ha de agotarse para la interposición del recurso de amparo y ello cuando, por razón de la atribución de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales, a pesar de tratarse de actos de entidades públicas (en este caso, de actos de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social en relación al personal a su servicio) la competencia para el conocimiento y resolución sobre los mismos esté atribuida, no a órganos de la jurisdicción contenciosa, sino de la laboral[19]. Las sentencias del Tribunal Constitucional comenzarían reconociendo la vía laboral como "vía judicial previa" para la interposición del recurso de amparo, avanzando después en la consideración de la jurisdicción laboral ordinaria como el cauce natural para la protección de los derechos fundamentales laborales, reiterando en su sentencia 47/1985, de 27 de marzo, que "la única vía de acceso para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales laborales es el proceso laboral, al no tener la LPJDF una vía de garantía específica para la tutela de esos derechos"[20].

El TC realizó una necesaria "labor integradora" de la LPJDF, subsanando la omisión de la garantía social y configurando el proceso laboral como el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona al que se refiere el art. 53.2

reconocidos en el art. 14 y la sección primera del capítulo II, es doctrina de este tribunal que el cauce natural de dicha protección en la jurisdicción ordinaria es el procedimiento laboral. Con esta acción integradora con respecto a la mencionada ley 62/1978, el proceso laboral se convierte también en proceso de protección jurisdiccional de los derechos laborales de carácter fundamental, y la denegación de tutela producida en casos como el presente viola tanto el art. 24 de la C.E. como el 28, que resulta desprotegido en la vía judicial". En dicha sentencia el TC se pronuncia frente a la decisión del Magistrado de no entrar a resolver sobre las discriminaciones y vulneraciones del derecho de libertad sindical alegadas por el trabajador, al entender que el objeto del proceso laboral no alcanzaba a esos extremos, sino que quedaba limitado a una cuantificación, delimitación y liquidación de cantidades.

[19] STC 67/1982, de 15 de noviembre, FJ 3º: "...la laguna así creada debe ser colmada en el sentido de que en este y análogos casos el proceso ante la jurisdicción laboral ordinaria puede y debe sustituir a la contencioso-administrativa como previa al recurso de amparo y agota la «vía judicial procedente» a que se refiere el art. 43.1 de la LOTC en relación con el 53.2 de la C.E".

[20] En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F., "El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales," en CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coords.), *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral,* Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 464 y ALBIOL MONTESINOS, I, *La tutela de la libertad sindical... op*. cit., pág. 20.

C.E (además de como vía previa que es necesario agotar para la interposición del recurso de amparo, según exigencia del art. 43.1 de la LOTC)[21].

Ahora bien, una vez admitida la jurisdicción laboral ordinaria como el cauce natural para la tutela de los derechos fundamentales cuando eran violentados en el ámbito laboral, quedaba por determinar qué modalidad procesal era la procedente para su ejercicio. El Tribunal Central de Trabajo (en adelante, TCT) consideró que procedía la aplicación del proceso laboral que resultase adecuado a la cuestión litigiosa "sin alteración alguna", lo que contradecía la doctrina ya mencionada del TC [22]. Esta doctrina sería modificada más tarde permitiendo la aplicación de las notas de preferencia y sumariedad en las modalidades procesales. En esa misma línea se excluiría la necesidad de agotamiento de la vía previa [23]para la interposición de demanda en reclamación de la tutela de derechos fundamentales o se reputaría necesaria la intervención del Ministerio Fiscal.

El "giro doctrinal" del Tribunal Central de Trabajo era "inevitable" a la vista de los pronunciamientos que se seguían en esta materia por parte del Tribunal Constitucional y que culminaron en la sentencia 81/1992, de 28 de mayo, en la que se declara "la innecesariedad del acto de conciliación como presupuesto procesal de las demandas que tengan por objeto el restablecimiento de un derecho fundamental", resultando además "la exigencia derivada del art. 53.2 de la C.E., en virtud del cual los procesos ordinarios de amparo han de estar presididos por los principios de preferencia y de sumariedad"[24].

No obstante, la ausencia de una modalidad procesal especial suponía una indudable falta de seguridad jurídica. La Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 1989 trató de acabar con dicha situación mediante una expresa regulación del proceso de tutela en el texto articulado de desarrollo (arts. 174 a 181 LPL 1990), bajo la denominación "De la tutela de los derechos de libertad sindical". A pesar del título con el que se nombraba la modalidad procesal, con ella se protegían todos los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en el art. 53.2 CE (por previsión expresa del art. 180, que extendía

[21] A esta doctrina del Tribunal Constitucional se referirá la LOLS, en su Exposición de Motivos, al pretender recoger en el Título V de la Ley, sobre Tutela de la libertad sindical "la más progresiva doctrina moderna del Tribunal Constitucional en esta materia, que en síntesis consiste en establecer la legitimación sindical específica de los sindicatos frente a actos individuales de un empresario, incluso aunque no incidan directamente sobre la personalidad jurídica de aquél; posibilitar la acción judicial de los sindicatos como coadyuvantes y garantizar la eficacia de la protección mediante un mecanismo procesal preferente y sumario conectado con eventuales responsabilidades penales". Serán estos preceptos junto a la doctrina del Tribunal Constitucional los que irán llenando el vacío existente en la LPJD y a la que BAZ TEJEDOR, *op.* cit., pág. 50 se ha referido como parte de una "operación de política legislativa tardía y deficiente".

[22] MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *op.* cit., *pág. 6.*

[23] STCT de 30 de abril de 1987 y del TC 81/1992 de 28 de mayo.

[24] El Tribunal Constitucional alude a las notas de preferencia y sumariedad (entendidas como prioridad absoluta en el despacho de asuntos y "rapidez", en su significación vulgar) que hacen innecesario el agotamiento de la vía previa, añadiendo en su fundamentación y ya, desde un punto de vista teórico, el límite del interés u orden público: «la conciliación, como los demás medios autocompositivos, desde siempre ha tenido como límite infranqueable la propia vigencia del principio dispositivo» y «dentro del estándar "orden público" hay que reputar hoy incluidas las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales»

.

a las demandas de tutela “de los demás” derechos fundamentales, la tramitación prevista para la tutela de la libertad sindical).

Con posterioridad, la regulación de esta modalidad procesal por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL1995), en sus arts. 174 a 182, siguió suscitando muchos interrogantes, empezando por su propia denominación (que se mantuvo inalterada como “De la tutela de los derechos de libertad sindical”), si bien se ha tratado de dar respuesta a los mismos, con más o menos acierto como se verá, por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social y sus posteriores reformas.

CAPÍTULO SEGUNDO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES LABORALES EN MATERIA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

I. ÁMBITO DEL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Consideraciones previas

Como se ha indicado, la modalidad procesal para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas referida en el art. 53.2 CE, en lo que a materia social concierne, se recoge en los arts. 177 a 184 de la LRJS, encuadrados en su Capítulo XI ("De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas") dentro del Título Segundo ("De las modalidades procesales") del Libro Segundo ("Del proceso ordinario y las modalidades procesales").

El art. 177 LRJS no hace sino unificar el ámbito objetivo o material de este proceso que andaba diseminado en los arts. 175 y 181 de la LPL de 1995.

En su redacción inicial, la LPL de 1995 regulaba esta modalidad procesal bajo la rúbrica "De la tutela de los derechos de la libertad sindical" en sus art. 175 y ss.; si bien dicho título no era expresivo del ámbito material del proceso pues, después de hacer una primera delimitación de su objeto ciñéndolo a la libertad sindical en el art. 175, extendía su ámbito en el art. 181 a la protección de "todos los derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de trato discriminatorio".

Con posterioridad, el art. 40.2 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social amplió el objeto del proceso introduciendo la referencia a la protección del acoso. Y será en 2009 cuando, a propósito de la implantación de la nueva oficina judicial, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial se modificará la rúbrica de este título, pasando a denominarse "De la tutela de los derechos fundamentales", reflejando así de manera correcta la extensión del mismo, en cuanto que comprensivo de todo su ámbito material.

Por su parte, la LRJS mantendrá dicha denominación, añadiendo la referencia a "las libertades públicas", haciéndola así coincidir con la de la Sección Segunda del Título I de la CE. A su vez, aúna en un solo artículo, el 177.1, el ámbito de cognición de esta modalidad especial.

En una primera aproximación al objeto material del proceso, este abarca "la tutela de los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso". Por tanto, la extensión de este proceso viene determinada, en primer lugar, por los derechos fundamentales que son objeto de protección (lo que requerirá hacer referencia a estos, al menos de forma somera).

Continúa el precepto indicando que la tutela se otorga cuando la lesión de los anteriores derechos se haya producido "en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas,

incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios".

El ámbito material del proceso sigue definiéndose por el ámbito al que se extiende la competencia del orden jurisdiccional social, pues las lesiones de esos derechos deben producirse "en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas"[25].

Las atribuciones competenciales del orden jurisdiccional social se definen en los arts. 2 y 3 LRJS, por vía de inclusión y exclusión respectivamente.

En segundo lugar y después de esta primera determinación positiva, será necesario tener en cuenta su delimitación negativa, a través de la excepción que impone el art. 184 (anterior art. 182 LPL de 1995), que introduce una serie de excepciones constitutivas[26], de modo que, aun tratándose de pretensiones en las que se solicite la tutela de derechos fundamentales que han sido lesionados en el ámbito de las materias atribuidas al conocimiento del orden social, no resultará aplicable esta modalidad procesal, debiendo ejercitarse la pretensión "necesariamente" a través de los procesos especiales que se enumeran (demandas por despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, disfrute de vacaciones, materia electoral, impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, movilidad geográfica, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, impugnación de convenios colectivos y sanciones impuestas por los empresarios a las personas trabajadoras).

Estas excepciones reducen enormemente el ámbito funcional del proceso de tutela de derechos fundamentales, pues cuando la lesión de los derechos fundamentales "vicia actos jurídicos cuya protección está prevista a través de esos procedimientos"[27] habrá de seguirse inexcusablemente la tramitación a través de aquellos.

Por último, existiría una restricción adicional derivada del carácter opcional de esta modalidad procesal ya que los interesados pueden acudir al proceso ordinario o especial que corresponda, para obtener un conocimiento completo y plenario de la cuestión

[25] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical…op.* cit., pág. 65: "… pues la naturaleza del acto productor de la lesión puede determinar que sean otros los órdenes jurisdiccionales (contencioso administrativo, civil, penal) y otros los procedimientos que se ocupen de este tipo de reclamaciones".
[26] GÁRATE CASTRO, J., *op.* cit., pág. 40, se refiere a las excepciones constitutivas del artículo 182 de la LPL, que someten, por expresa previsión legal, esas pretensiones de tutela de los derechos fundamentales a otro proceso especial, "el que corresponda a la materia sobre la que incida la lesión de que se trate".
[27] STS de 25 de noviembre de 1994 (rco. 161/1994).

planteada, en lugar del conocimiento sumario de cognición limitada que proporciona este proceso especial de tutela de derechos fundamentales[28].

Por tanto, la delimitación completa e integral del ámbito material de este proceso especial requiere el estudio de varios tipos de cuestiones:

- La primera, la determinación de los derechos fundamentales cuya vulneración se pueden conocer a través de este proceso y en su caso qué contenido de los mismos es objeto de protección, especialmente en el caso del derecho de libertad sindical.
- En segundo lugar, delimitar las pretensiones cuyo conocimiento corresponde al orden jurisdiccional social o que se encuentran en conexión directa con ellas (lo que requerirá efectuar el deslinde de competencias entre el orden social y los restantes órdenes jurisdiccionales, especialmente en los casos en los que existen "zonas grises").
- En tercer lugar, el análisis de las restricciones a su ámbito material, en los casos de necesario ejercicio de la tutela a través de otras modalidades procesales (art 184 LRJS) y por el carácter opcional de esta modalidad procesal.

2. Derechos susceptibles de protección

El art. 177 LRJS señala los siguientes derechos susceptibles de protección: el derecho de libertad sindical, el derecho de huelga y cualesquiera otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de trato discriminatorio y el acoso.

1.1. El derecho de libertad sindical y de huelga

Los primeros derechos susceptibles de protección a los que se hace referencia por el precepto son los derechos fundamentales laborales "por excelencia" o específicamente laborales, cuyo nacimiento y ejercicio están intrínsecamente vinculados a la existencia de la relación laboral, como son el derecho de libertad sindical y el de huelga (art. 28 CE).

1.1.1. El derecho de libertad sindical

El contenido del derecho de libertad sindical, según el art. 28.1 CE, comprende el derecho a fundar y constituir sindicatos y a afiliarse al de su elección, la prohibición de sindicación de forma obligatoria y el derecho de los sindicatos ya constituidos de formar confederaciones y fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Por tanto, abarca tanto la dimensión individual, como la colectiva del ejercicio del derecho y tanto la vertiente positiva de las libertades de afiliación (constitución, fundación y afiliación a sindicatos o a confederaciones y organizaciones sindicales internacionales) como la negativa ("nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato").

[28] El actual artículo 177 de la LRJS sigue indicando que el legitimado "podrá recabar la tutela a través de este procedimiento", tal y como lo hacía el artículo 174 LPL,1995.

A pesar de la enumeración realizada en dicho precepto, la misma no es ni mucho menos exhaustiva ni omnicomprensiva del contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical y a ello se ha referido en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional, entre otras, en las sentencias 23/1983, de 25 de marzo y 61/1989 de 3 de abril[29]: "por muy detallado y completo que parezca el enunciado del art. 28.1 de la CE, a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerársele como exhaustivo o limitativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad".

A estos derechos de carácter asociativo y orgánico que enumera el precepto de la CE han de añadirse, según reiterada doctrina integradora del TC, los derechos de carácter funcional, necesarios en el ejercicio de la actividad y acción sindical, tanto en su dimensión individual como colectiva: "…que, como hemos reiterado desde las primeras Sentencias, el derecho a la libertad sindical reconocido en el art. 28.1 C.E., en su faceta colectiva, no se agota en los aspectos meramente organizativos o asociativos expresamente aludidos en este precepto, sino que también comprende los derechos de actividad relativos a los medios de acción necesarios para que el sindicato pueda cumplir las funciones a las que es llamado por el art. 7 C.E., (SSTC 70/1982, 39/1986, 127/1989 y 30/1992, entre otras muchas). Del mismo modo, en su faceta individual, este derecho no incluye sólo los aspectos meramente organizativos o asociativos explicitados en el art. 28 de la C.E. -derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección o a no afiliarse-, sino también a adherirse y participar en las actividades lícitas promovidas por los sindicatos en ejercicio de su derecho a la libertad sindical y, entre ellos, la adhesión y la participación en actividades sindicales que puedan convocar los sindicatos"[30].

La actividad sindical requiere como medios de acción o expresión el derecho de información a las personas trabajadoras, afiliadas o no[31], el ejercicio de los derechos de

[29] También STC 127/1995, de 25 de julio.

[30]STC 134/1994, de 9 de mayo. En idénticos términos, STC 213/2002, de 13 de noviembre: "Centrándonos, por tanto, en el art. 28.1 CE, es preciso recordar que aunque de su tenor literal pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, este Tribunal ha declarado reiteradamente, en virtud de una interpretación sistemática de los arts. 7 y 28 CE efectuada según el canon hermenéutico del art. 10.2 CE, que llama a los textos internacionales ratificados por España —Convenios de la Organización Internacional del Trabajo núms. 87 y 98—, que su enumeración de derechos no constituye un numerus clausus, sino que en el contenido de este precepto se integra también la vertiente funcional del derecho, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden". Vid. también, por todas, SSTC 94/1995, de 19 de junio, FJ 2; 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 6; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6, 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 5 y 64/2016, de 11 de abril.

[31] STC 94/1995, de 19 de junio, FJ 3: "Como expresión de la acción sindical, el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, puesto que la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores es el

huelga, negociación colectiva y promoción de conflictos colectivos que, en cuanto que instrumentos imprescindibles para el desarrollo de dicha actividad, forman parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical. Los dos últimos derechos (negociación colectiva y promoción de conflictos colectivos) se regulan en el art. 37 CE fuera de la Sección dedicada a la regulación de los derechos fundamentales, pero ello no impide que adquieran dicha consideración al formar parte del concepto de acción sindical[32].

Además, el art. 2.2.d) LOLS, cuando se refiere al ejercicio de la actividad sindical por los sindicatos indica que esta "comprenderá, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva, el ejercicio del derecho de huelga, el planteamiento de conflictos individuales y colectivos y la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas". También forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical la creación de secciones sindicales, en cuanto que instancias organizativas del propio sindicato en la empresa y que conectan directamente "tanto con la actividad sindical como medio indispensable para el logro de los fines sindicales, como con las facultades autoorganizativas del sindicato", de modo que la constitución de una sección sindical forma parte del núcleo indisponible del 28.1 CE[33]. Por ello, la negativa al reconocimiento de la existencia de la sección sindical "vulnera el derecho de libertad sindical, en su contenido esencial"[34].

Distinto del contenido esencial del derecho de libertad sindical es su contenido adicional del que formaría parte la participación en las elecciones a representantes del personal, las funciones de representación institucional de las organizaciones sindicales o el derecho al crédito horario retribuido[35].

---

fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales". La libertad de información puesta al servicio del ejercicio del derecho de libertad sindical interpretada en el sentido más favorable para la eficacia de ese derecho (derecho al uso de medios preexistentes en la empresa y eficaces para la transmisión de la información) se encuentra también recogida en la STC 281/2005, de 7 de noviembre.

[32] Vid. STC 17/2005, de 1 de febrero: "Entre estos derechos de actividad y medios de acción que constituyen el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical este Tribunal ha venido incluyendo el derecho a la negociación colectiva, a la huelga y a la promoción de conflictos". Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 73, 2008, págs. 247 a 312, donde se realiza un recorrido por la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad sindical y, especialmente, respecto a la delimitación del contenido esencial y adicional del derecho, en las págs. 267 a 273.

[33] STS de 26 de junio de 2008, rcud. 18/2007.

[34] STS de 9 de abril de 2024, rcud. 2862/2021.

[35] Sobre el contenido adicional del derecho de libertad sindical, vid STC 70/2000, de 13 de noviembre: "En numerosas ocasiones hemos declarado que el art. 28.1 CE integra, además de la vertiente organizativa de la libertad sindical, los derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos -huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos- que constituyen el núcleo mínimo, indispensable e indisponible de la libertad sindical. Pero, junto a los anteriores, los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales atribuidos por normas legales o convenios colectivos que pasen a engrosar o a añadirse a aquel

El contenido esencial del derecho de libertad sindical constituye su núcleo mínimo, necesario e indisponible. El contenido adicional está formado por todas aquellas otras facultades reconocidas por normas estatales o convenios colectivos, que son "de creación infraconstitucional y que deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical"[36].

A ellos hay que añadir las facultades que tengan como fuente una asignación unilateral del empresario, en cuyo caso, "a diferencia de lo que ocurre con el contenido adicional de fuente legal o convencional, que resulta indisponible para el empresario, este sí podrá suprimir las mejoras o derechos de esa naturaleza que previamente haya concedido"[37], siempre y cuando dicha supresión no responda a una motivación antisindical. Ello no supone que las decisiones empresariales de supresión de las facultades previamente reconocidas no estén sujetas a control constitucional, pues también "cuando la voluntad empresarial haya ampliado los derechos sindicales legales o reconocidos por convenio colectivo, se encuentra limitada por el derecho de libertad sindical constitucionalmente garantizado por el art. 28.1 CE"[38].

Con todo lo indicado, cabe concluir que ese contenido adicional (ya sea de origen legal, convencional o por atribución unilateral empresarial) se "añade" a ese núcleo mínimo e indisponible del derecho constitucional de libertad sindical. De ahí que los actos contrarios, impedimentos u obstaculizaciones a su ejercicio serán también susceptibles de infringir el art. 28.1 CE[39] y tanto aquellas violaciones del contenido esencial como del adicional serán susceptibles de protección a través de esta modalidad procesal.

Con arreglo a este artículo, el objeto de este proceso queda limitado al "conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad". Sobre la base de dicha prohibición se entendió por el Tribunal Supremo, respecto del art. 176 de la LPL 1995 (con redacción idéntica al

---

núcleo esencial, como los de representación institucional y de promoción y presentación de candidaturas en las elecciones para órganos de representación de los trabajadores en las empresas y en las Administraciones públicas". Respecto al encuadramiento del crédito horario como contenido adicional del derecho de libertad sindical vid., entre otras, STC 64/2016 de 11 de abril: "Según la jurisprudencia constitucional, el derecho al crédito de horas retribuidas forma parte del contenido adicional del derecho a la libertad sindical y es de libre reconocimiento y configuración por el legislador y, en su caso, por la negociación colectiva (STC 241/2005, de 10 de octubre, FJ 3)".

[36] Por todas, SSTC 201/1999, de 8 de noviembre, FJ. 4 y 44/2004, de 23 de marzo, FJ. 3.

[37] SSTC 132/2000, de 16 de mayo y 269/2000, de 13 de noviembre.

[38] Vid. la ya mencionada STC 269/2000, de 13 de noviembre.

[39] Así, respecto del derecho de promoción de elecciones y presentación de candidaturas, vid. STC 125/2006, de 24 de abril: "Los derechos de los sindicatos de presentar candidaturas y de promoción, en su caso, de aquéllas, pese a derivar de un reconocimiento legal, constituyen facultades que se integran sin duda en la libertad sindical**,** tanto en su aspecto colectivo como en su aspecto individual. De ahí que cualquier impedimento u obstaculización al sindicato o a sus miembros de participar en el proceso electoral puede ser constitutivo de una violación de la libertad sindical

actual 178 LRJS) que no cabría el conocimiento por esta modalidad procesal de otras lesiones que no fueran aquellas que afectaran al contenido esencial del derecho (en su configuración constitucional) debiendo quedar fuera las que se produzcan en torno al contenido adicional del mismo, que han podido ser adicionadas por normas infraconstitucionales y a las que se denomina como fundamentos diversos[40]. La razón de ser de ello está directamente conectada con el carácter de cognición limitada de este proceso, que impide el conocimiento de infracciones de legalidad ordinaria (legal o convencional) y mucho menos si te trata de una decisión o una práctica de empresa, pues el cauce procesal para ello debe ser el proceso ordinario.

Sin embargo, se ha impuesto doctrinalmente una interpretación extensiva del ámbito del proceso que abarcaría también el contenido adicional del derecho de libertad sindical[41] basada en los siguientes argumentos:

- El contenido adicional del derecho de libertad sindical también es objeto de protección a través del recurso de amparo, de modo que las lesiones de esos derechos, aun cuando su origen es infraconstitucional, también tienen acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pues "sería absurdo que la infracción de una de estas facultades adicionales pudiera ser impugnada en amparo y no pudiera solicitarse en cambio su reparación y restitución a través de proceso legalmente implementado en el orden social para la tutela de la libertad sindical"[42].
- Aunque la demanda de tutela ha de estar fundada en la vulneración de preceptos constitucionales, la propia doctrina constitucional considera que los actos contrarios al contenido adicional del derecho de libertad sindical implican también violación de este al añadirse a ese núcleo mínimo e indisponible, sin el cual el derecho no sería recognoscible, de modo que "dicha legalidad ordinaria no hace sino establecer derechos o facultades que han de entenderse integrados en ese contenido esencial"[43].
- Por último, ha de tenerse en cuenta también el propio límite que establece el T.C. al control que puede realizarse a esos impedimentos u obstáculos del contenido

[40] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela*…cit. Un amplio estudio de esta cuestión en págs. 73 a 77.
[41] GÁRATE CASTRO, J, *op.* cit., pág. 62, ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A., *Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997 págs. 14 y 58.
[42] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela… op* cit., pág. 75.
[43] Y esa doctrina constitucional también ha sido recepcionada por el Tribunal Supremo. Véase entre muchas, SSTS de 14 y de 18 de julio de 2006, rcud. 1005/2005 y 5111/2004, respectivamente, y de 30 de junio de 2011, rcud. 3511/2010. En esta última se afirma: "El contenido esencial se configura como un núcleo permanente e indisponible para el legislador, mientras que ese otro contenido añadido aparece como una manifestación histórica del derecho, en el que hay una cierta libertad de configuración por parte del legislador, y en este sentido sería variable en el tiempo, aunque, con esos límites, forma parte del contenido constitucional y desempeña un papel relevante pues a través se produce la adaptación del derecho a las exigencias de la realidad social de cada momento. El contenido constitucional comprende, por tanto, el contenido esencial del derecho y su contenido histórico o variable, que introduce la ley orgánica y ambos entran dentro del ámbito del proceso de tutela".

adicional del derecho de libertad sindical, ya que solo procederá cuando esas "eventuales restricciones sean arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley y no respondan a razones atendibles de protección de derechos constitucionales"[44]. De modo que el propio canon del control que puede realizarse a través de este proceso delimita el ámbito de este, sin que quepa hablar de que en estos casos se esté conociendo, sin más, de cuestiones de mera legalidad ordinaria o que no estén "teñidas de constitucionalidad"[45].

Por todo ello, cabe concluir que si bien el contenido esencial de un derecho fundamental opera, con carácter general, de límite a la actividad del legislador, lo cierto es que en el caso del derecho de libertad sindical, la doctrina constitucional ha operado en sentido diferente, como una especie de habilitación a través del contenido adicional del derecho para incluir aquellas facultades que quedaban fuera del "limitado" carácter, meramente asociativo, que presenta este derecho en el precepto constitucional[46].

Esa extensión del contenido mínimo del derecho de libertad sindical no puede llevar al extremo contrario, de modo que toda la materia relacionada con la actividad sindical permita el acceso al proceso de tutela, pues ello implicaría la constitucionalización de todo el derecho colectivo del trabajo; de modo que "habrá que ponderar en cada caso lo que constituye una lesión de la actividad sindical en sí misma y lo que son litigios que afectan a la interpretación de las normas ordinarias"[47] .

Y teniendo en cuenta la doctrina existente, el TS ha reconducido los conceptos de contenido esencial y adicional del derecho de libertad sindical a los de contenido constitucional del derecho y contenido adicional "en sentido estricto"[48].

El contenido constitucional del derecho sería aquel incluido en el artículo 28 CE y en la LOLS (libertad de constitución de organizaciones sindicales, libertad de afiliación positiva y negativa, el derecho a la actividad sindical- negociación colectiva, huelga y

---

[44] STC 200/2006, de 3 de julio.

[45] La ya citada STC 200/2006, de 3 de julio, FJ.1, respecto del control del contenido adicional del derecho de participación en procesos electorales: «Respecto de ese contenido adicional de la libertad sindical hemos declarado reiteradamente que "la función revisora de este Tribunal debe limitarse a examinar el carácter motivado, razonable y no indebidamente restrictivo de la resolución impugnada, así como la justificación finalista de las normas que considera aplicables", entendiendo que "la violación del derecho fundamental se dará cuando se impida u obstaculice al sindicato o a sus miembros participar en el proceso electoral por causas que no obedezcan a razones atendibles de protección de derechos o intereses constitucionales que la norma legal o reglamentaria hayan tomado en consideración al establecer la regulación del proceso electoral».

[46] CARRIZOSA, PRIETO, E., *Derechos de libertad sindical y principio de igualdad*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009, pág.79.
Recuperado de: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/carlportalportlets/documentos?nombre=33_1125_3.pdf.

[47] CAVAS MARTÍNEZ, F., "La libertad sindical en la jurisprudencia del T.S…", cit., pág. 360.

[48] STS de 14 de julio de 2006, rcud. 5111/2004, FJ 3: "El contenido constitucional comprende, por tanto, el contenido esencial del derecho y su contenido histórico o variable, que introduce la ley orgánica y ambos entran dentro del ámbito del proceso de tutela. El contenido adicional en sentido estricto, que no está en la Constitución , ni en la ley orgánica , es el que queda fuera del proceso de tutela".

planteamiento de conflictos colectivos y los actos de injerencia o discriminación por motivos sindicales) y no en otras normas inferiores a ley orgánica (leyes ordinarias, reglamentos, convenios colectivos…).

Son facultades que integran el derecho de libertad sindical y que se encuentran reguladas en la LOLS las siguientes: el derecho de las organizaciones sindicales a la presentación de candidaturas para la elección de miembros de los comités de empresa y delegados de personal y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas (art. 2.2.d); el derecho a designar delegados sindicales (art. 8 y 10 LOLS); los derechos de participación institucional de aquellos sindicatos más representativos a nivel estatal o de Comunidad autónoma (art. 6 y 7 LOLS); el derecho a disfrutar de permisos retribuidos de aquellos que ostenten cargos electivos a nivel estatal, autonómico o provincial en los sindicatos más representativos (susceptibles de limitaciones por las necesidades del proceso productivo) para el desarrollo de las funciones sindicales propias de dicho cargo (art. 9.1 LOLS)[49] y el derecho a permisos retribuidos de los representantes sindicales para su participación en las comisiones negociadoras del convenio colectivo (art. 9.2 LOLS).

En la propia LOLS hay facultades que no derivan directamente del precepto constitucional, "en particular, las que establecen deberes de prestación para el empresario (concesión de excedencias, permisos retribuidos, horas sindicales) de modo que no forman parte de ese contenido esencial. Este es el caso del derecho a la utilización del tablón de anuncios, del régimen de permisos y excedencias del artículo 9 y de las garantías de los delegados sindicales en el artículo 10. A ese contenido se le denomina histórico, pues es variable en el tiempo y en él hay cierta libertad de configuración por parte del legislador, pero no queda fuera del contenido constitucional, sino que forma parte de él"[50].

En definitiva, el TS viene a superar la tradicional distinción entre contenido esencial del derecho y contenido adicional con un intento de establecer uniformidad y claridad en la doctrina existente sobre el contenido del derecho de libertad sindical.

El contenido constitucional del derecho es protegible a través del proceso de tutela de derechos fundamentales.

El contenido adicional "en sentido estricto" que no está en la Constitución ni en la LOLS es el que queda fuera de esta singular modalidad procesal. Y todo ello sin perjuicio de que el legislador ordinario, los convenios colectivos o el propio empresario puedan añadir garantías adicionales, que en caso de ser desconocidas arbitraria o injustificadamente puedan vulnerar la libertad sindical. Por ejemplo, a pesar de que el derecho a convocar asambleas de trabajadores (arts. 4.1.f) y 77.1, párrafo 2º ET) no forma parte del derecho de libertad sindical, ni está contenido en la LOLS (que lo que reconoce en su art. 8.1.b) es el derecho de "reunión sindical" de los afiliados a un sindicato), si se encuentra

[49] Véase CAVAS MARTÍNEZ, F., "La libertad sindical en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 143, 2019, pág. 359.
[50] En la ya citada STS de 14 de julio de 2006, rcud. 5111/2004.

regulado por convenio colectivo pasa a formar parte del "contenido adicional ampliado" del derecho de libertad sindical[51].

La delimitación del contenido del derecho de libertad sindical, requiere hacer referencia, además, a los "contornos" tanto temporales como subjetivos del mismo:

- Respecto al ámbito temporal al que se extiende la tutela del derecho, a través de este procedimiento cabe proteger los denominados actos preparatorios para el ejercicio del derecho de libertad sindical, realizados en una fase que cabría denominar de "presindical", adelantando y extendiendo el ámbito del proceso a actos que no son en sí mismos de ejercicio del derecho, pero que están directa e intrínsecamente encaminados al ejercicio del haz de facultades que integran este. Así, en la STC 97/1990, de 29 de diciembre se protege a "una trabajadora despedida por convocar una reunión dirigida a tratar problemas laborales pendientes comunes a las personas trabajadoras y a elegir el hasta entonces inexistente órgano de representación electiva de los trabajadores", pues dicha acción en un contexto determinado, como el del supuesto concreto, en el que no existe ni representación electiva de las personas trabajadoras, ni cauces propiamente sindicales (que puedan defender los derechos de las personas trabajadoras), "conlleva dificultar irrazonablemente y hacer innecesariamente arriesgada la efectiva elección del órgano electivo de representación, con frustración de la importante función que los Sindicatos tienen atribuida en dicha elección (art. 2.2 d) L.O.L.S "[52].
- Respecto al elemento subjetivo (titularidad) y sin perjuicio de un mayor desarrollo al tratar de la legitimación activa en este proceso especial, cabe hacer referencia aquí a dos cuestiones tradicionalmente controvertidas, como son las relativas a la titularidad de este derecho por las asociaciones empresariales y por la representación unitaria de las personas trabajadoras.

[51] STS de 5 de febrero de 2004 (rcud. 83/2003): "Tales previsiones normativas del Convenio Colectivo de empresa [...] constituyen sin duda una clara manifestación de las posibilidades de ampliación del contenido del derecho constitucional a la libertad sindical, y por lo tanto forma parte de su contenido adicional aun cuando se entienda que ese derecho de convocatoria a una asamblea de trabajadores por parte de las Secciones Sindicales no forma parte del contenido esencial de aquel derecho fundamental, como sostiene la doctrina del Tribunal Constitucional 9/1983, de 18 de octubre o 76/2001, de 28 de marzo". La SAN de 18 de octubre de 2024, proc. 228/2024 (que remite a la doctrina sentada en la anterior sentencia) declara vulnerado el derecho de libertad sindical del sindicato USO (en su vertiente de derecho a la actividad sindical en la empresa del art. 2.2.d) LOLS) por la negativa de la demandada a la celebración de las asambleas de trabajadores convocadas por el sindicato demandante. Negativa que se entiende injustificada p al no concurrir ninguna de las limitaciones al ejercicio de ese derecho establecidas por convenio colectivo (celebración fuera del horario de trabajo, que tuvieran como objeto tratar cuestiones generales que afectaran a toda la plantilla y que no se hubieran producido con anterioridad alteraciones o daños aún sin resarcir).

[52] Véase también STSJ de Madrid, de 24 de febrero de 2014, rsu. 154/2014, que aplica la doctrina de los actos preparatorios al caso enjuiciado de una trabajadora que, por medios electrónicos, realiza una convocatoria general para la elección de un Comité de Empresa inexistente y que es posteriormente despedida. Reconoce la Sala que dichos actos preparatorios y previos de una acción propiamente sindical, en ocasiones se configuran como presupuesto de esta última, "de suerte que si se coartan y sufren represalias los participantes en los mismos se hace difícil igualmente aquella acción propiamente sindical".

En el caso de las **asociaciones empresariales**, la posibilidad de ser titulares del derecho de libertad sindical encontraría apoyo en su carácter "promocional" de los fines del Estado social y democrático de Derecho, función que le atribuye el art. 7 de la Constitución conjuntamente con los sindicatos, en cuanto que organizaciones ambas que "contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios"; así como en el art. 37 CE, al reconocer el derecho a la autonomía colectiva. Más concluyente resulta la previsión de la Disposición Derogatoria de la LOLS cuando se refiere a "las asociaciones empresariales cuya libertad de sindicación se reconoce a efectos de lo dispuesto en el artículo 28.1 de la Constitución española y de los convenios internacionales suscritos por España"[53].

A pesar de tan incuestionable afirmación de la "libertad de sindicación empresarial"[54], la doctrina del Tribunal Constitucional es clara: «la "sindicación de los empresarios" (términos antagónicos) se sitúa extramuros del art. 28.1 de la Constitución, encontrando su acomodo en la genérica libertad de asociación del art. 22 de la misma (ATC 113/1984). Es preciso insistir en que la libertad sindical es predicable tan solo de los trabajadores y sus organizaciones, sin que pueda incluirse en la misma el asociacionismo empresarial, dado que es incompatible con la propia naturaleza del derecho de libertad sindical, que es siempre una proyección de la defensa y promoción del interés de los trabajadores»[55].

En definitiva, la libertad sindical como derecho remite a la institución del "sindicato" y este es, "histórica y conceptualmente, una organización de trabajadores asalariados, de modo exclusivo y excluyente (a salvo de las asimilaciones que pueda establecer la ley)"[56].

Distinta de la titularidad del derecho de libertad sindical es la legitimación activa que se les reconoce a las asociaciones empresariales en esta modalidad procesal para ejercitar acciones colectivas antidiscriminatorias, cuando la causa de la discriminación sea la

[53]Igualmente, en su Preámbulo, la LOLS se refiere al "derecho de libre sindicación de los empresarios", que no se ocupa de regular, al mantener la plena vigencia de lo establecido en materia de asociacionismo empresarial por la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de Asociación sindical y continuando con la confusión creada por esta última que, en su artículo 2.2, equipara a trabajadores y empresarios como sujetos titulares del derecho de libertad sindical: "Los trabajadores y los empresarios gozarán de protección legal contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo o función".

[54] Vid. sobre esta cuestión, PALOMEQUE LÓPEZ. M. C., "Sobre la libertad sindical de los empresarios", en *Documentación Laboral,* núm. 17,1985, págs. 31 a 44. También, MARTÍNEZ EMPERADOR, R.., "La tutela judicial de la libertad sindical (I)", *Actualidad laboral,* núm. 1, 1991, págs. 39 y 40. El autor realiza un repaso de los distintos textos internacionales que deben ser aplicados, con arreglo al artículo 10 de la C.E para la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la misma, para concluir que en todos ellos la libertad sindical incluiría al asociacionismo empresarial. Entre los tratados internacionales mencionados: la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 23.4, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8), el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 11); la Carta Social Europea en su parte I, artículo 5, y los Convenios números 87 y 98 de la O.I.T.

[55] STC 52/1992, de 8 de abril.

[56] PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 49.

orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales; así como para intervenir como coadyuvantes en el proceso individual de tutela junto a la persona afectada y con su autorización expresa (art. 17.5 LRJS).

Y aunque las asociaciones empresariales no tengan reconocida la titularidad del derecho de libertad sindical, sí son titulares del derecho de asociación (art. 22 de la C.E), que puede resultar vulnerado, por ejemplo, a través de la resolución que deniegue el depósito de los estatutos de la asociación empresarial o su modificación. No obstante, en estos casos, por remisión del art. 184 LRJS, la modalidad procesal en la que deberá impugnarse dicha resolución y en su caso, alegar la vulneración de derechos fundamentales vinculada a ella es la de "impugnación de los estatutos de los sindicatos o su modificación" (arts. 167 a 175 LRJS, a los que a su vez remite el art. 176 LRJS, cuando se trate de asociaciones empresariales)[57]. Conjuntamente también podrá reclamar la indemnización por daños y perjuicios derivada de la vulneración del derecho de asociación.

En cuanto a los **representantes unitarios de las personas trabajadoras** (delegados de personal y comité de empresa), estos no son titulares del derecho de libertad sindical en cuanto que tales. Así lo ha indicado reiteradamente el TC, para el que "la titularidad originaria del derecho fundamental contemplado en el art. 28.1 C.E. pertenece a los sindicatos y no a otros sujetos colectivos, como los comités de empresa y los delegados de personal"[58].

La CE se refiere exclusivamente al sindicato en su art. 7, mientras que los comités de empresa y delegados de personal, que son creación de la ley (arts. 61 a 68 E.T). Estos órganos de representación son una forma de participación de las personas trabajadoras en la empresa que "los poderes públicos tienen la obligación de promover", con arreglo al art. 129.2 de la C.E, encuadrado en el Título VII de la Constitución (Economía y Hacienda), siendo su origen constitucional muy distinto al de la representación sindical de las personas trabajadoras (Título Preliminar).

Los comités de empresa y delegados de personal son una forma de representación colectiva que no excluye "otras formas de participación". Por tanto, siendo aquellos solo una de las formas reguladas legalmente de participación de las personas trabajadoras en la empresa, las conductas contrarias al desarrollo de su actividad no pueden ser, sin más, consideradas lesivas del derecho de libertad sindical.

[57]Artículo 176 LRJS: "Los procesos de impugnación de las resoluciones administrativas que denieguen el depósito de los estatutos de las asociaciones empresariales, o de sus modificaciones, así como las de declaración de no ser conforme a Derecho dichos estatutos, o sus modificaciones, se sustanciarán, respectivamente, por los trámites de las modalidades procesales reguladas en las secciones anteriores".

[58] Entre muchas, SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, 134/1994, de 9 de mayo, 95/1996, de 29 de mayo, 100/2014, de 23 de junio, que recoge la doctrina de las anteriores y 8/2015, de 22 de enero: "el fundamento constitucional último de los delegados de personal y comités de empresa no se encuentra en el artículo 7 de la C. E., como sucede con los representantes sindicales, sino en los artículos 9.2 y 129.2 de la C. E."

La jurisprudencia constitucional sobre la titularidad del derecho de libertad sindical de los representantes unitarios cuenta con un cuerpo de doctrina muy consolidado que se ha recogido por el TS y que distingue entre la actividad sindical propiamente dicha, que desarrolla el sindicato y la actividad desplegada por los órganos de representación unitaria, "sindical" en sentido amplio, pero cuyo fundamento no es constitucional, sino exclusivamente legal[59].

En la práctica, los órganos de representación unitaria se encuentran de forma muy generalizada, "sindicalizados", de modo que no se encuentran ni mucho menos desconectados de las organizaciones sindicales, sino que se confunden con estas.

Los sindicatos gozan de legitimación para promover elecciones a delegados de personal y miembros de comité de empresa (art. 67.1 ET) y para la presentación de candidaturas a dichas elecciones (acciones estas que forman parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical) y a su vez, el grado de representatividad de los sindicatos depende de los porcentajes de audiencia obtenidos en las elecciones a estos órganos de representación unitaria, lo que en su caso les faculta en mayor o menor grado para el desarrollo de otras facultades que integran el contenido del derecho de libertad sindical.

Asimismo, el derecho de las secciones sindicales de contar con representación a través de delegados sindicales se limita a aquellas que cuenten con presencia en los órganos de representación unitaria en las empresas o, en su caso, centros de trabajo que ocupen a más de doscientos cincuenta trabajadores (art. 10.1 y 3 LOLS).

Por tanto, resulta evidente la interrelación y "dependencia" entre ambas formas de representación de las personas trabajadoras, pudiendo afirmarse que los órganos de representación unitaria constituyen "instancias organizativas de los sindicatos en la empresa" (con mayor proyección incluso que las propias secciones sindicales, que tienen reservada la elección de representantes en empresas o centros de trabajo de una determinada dimensión). A ello se une que la representación unitaria lleva a cabo una actividad de defensa y promoción de los intereses de las personas trabajadoras calificada "latu sensu como sindical" por el propio Tribunal Constitucional, teniendo reconocidas facultades para el desarrollo de actividades propias del concepto de "acción sindical", como el derecho de huelga, la negociación colectiva de los convenios de empresa o la legitimación para el planteamiento de conflictos colectivos.

"En la medida en que los órganos de representación unitaria hayan resultado elegidos por integrar listas presentadas por un sindicato, al atentar contra estos se estará atentando también contra el ejercicio del derecho de libertad sindical del sindicato al que pertenecen, impidiéndoles el ejercicio a este último de su función constitucional"[60]. Se considera en

[59] SSTS de 17 julio de 1996, rcud. 538/1996, de 16 marzo de 1998, rco. 1884/1997, de 19 de enero de 2004, rcud. 617/2003 y de 10 de diciembre de 2013, rcud. 82/2013.

estos casos lesionado el derecho de igualdad y no discriminación (art. 14 C.E.), en relación con su derecho a la libertad sindical (art. 28.1 C.E.).

Por tanto, distinguiendo entre la titularidad colectiva e individual del derecho de libertad sindical se llega a conclusiones diferentes. Respecto a la libertad sindical colectiva, el TC niega que sean titulares de la misma los comités de empresa y los delegados de personal[61], pero no así cuando el ejercicio de la actividad sindical se ejerce a título individual. En estos casos, cuando los miembros de dichos órganos lo sean por su pertenencia a una determinada organización sindical podrán, como "cualquier trabajador", solicitar la tutela de su derecho de libertad sindical a través de este proceso por resultar discriminados o lesionados con ocasión del ejercicio de sus funciones.

Así, por ejemplo, se ha reconocido legitimación para promover el proceso de tutela al representante unitario que, a título individual, reclama frente a la negativa de la empresa

[60] Vid. STC 82/1997, de 22 de abril, sobre un miembro del Comité de empresa en representación del sindicato Comisiones Obreras que percibía una menor retribución respecto a la media de su grupo profesional. También la STC 74/1996, de 30 de abril, en la que se invoca la titularidad de la libertad sindical por el Comité de Empresa, concluye "los Comités de empresa no son titulares del derecho a la libertad sindical (...) el Comité de empresa está invocando la vulneración de un derecho fundamental ajeno, pues sólo los Sindicatos —a los que la Constitución otorga un protagonismo singular como mediadores en las relaciones laborales— son titulares del derecho a la libertad sindical a la hora de defender la primacía de la autonomía colectiva frente a eventuales conductas de corte antisindical".

[61]SERRANO ESPINOSA, G.M., *El nuevo proceso judicial de conflicto colectivo* , Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, formato electrónico, págs. 153-154. Para el autor, la doctrina que niega la titularidad del derecho de libertad sindical colectiva a los representantes unitarios "puede contrastarse, en términos muy interesantes, con la posterior —pero cercana en el tiempo— en torno a la configuración del comité de empresa como titular de un patrimonio jurídico con utilidades subjetivas y objetivas, y con la vinculación, en términos de protección del derecho a la libertad sindical, de la representación legal y unitaria con la sindical", con referencia a la STC 17/2005, de 1 de febrero. En la misma, se resuelve el recurso de amparo interpuesto por el sindicato CCOO, por indicios racionales de discriminación contra delegados del personal pertenecientes a este sindicato, indicando que: "no cabe negar la relevancia constitucional de los actos contra la representación unitaria de los trabajadores, a la vista, al menos, de tres circunstancias principales: la utilización mediata de las representaciones unitarias en la empresa para la acción sindical de las organizaciones sindicales; la necesidad de aquéllas para obtener las organizaciones sindicales la implantación exigida por la ley en punto a desarrollar desde una singular posición determinadas facultades sindicales (mayor representatividad, señaladamente, art. 7 LOLS); y los derechos de las organizaciones sindicales sobre esos órganos electivos (promover elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa y presentar candidatos a tales elecciones, art. 2.2.d LOLS y arts. 67.1 y 69.3 LET), derechos considerados como integrantes del contenido adicional de la libertad sindical en su vertiente colectiva (SSTC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4; 145/1999, de 22 de julio, FJ 3; 132/2000, de 16 de mayo, FJ 2; y 257/2000, de 30 de octubre, FJ 4, por todas). De modo que una actuación empresarial contra los delegados de personal constituye un indicio de vulneración de la libertad sindical no sólo de éstos a título individual, sino también de la organización sindical a la que pertenecen, por la afectación de tal conducta empresarial a la acción sindical como manifestación del derecho fundamental del sindicato". Si bien, en este caso, el TC no se está pronunciando sobre la titularidad del derecho de libertad sindical del Comité de empresa como tal, sino sobre la vulneración del derecho de libertad sindical individual de los representantes unitarios pertenecientes a un sindicato y de forma mediata o indirecta (y a través de esas lesiones individuales) del derecho de libertad sindical de la organización sindical. En definitiva se está haciendo referencia a las conductas pluriofensivas: "la organización sindical defiende un interés propio que es distinto y autónomo del que constituye la pretensión que hayan podido formular a título personal los delegados de personal (SSTC 257/2000, de 20 de octubre, FJ 3, y 66/2002, de 21 de marzo, FJ 2)", por lo que realmente no supone ningún cambio relevante en la doctrina general en esta materia.

al uso del crédito horario sindical[62]; a los Delegados de prevención (a los que el art. 37.1 LPRL extiende las garantías del art. 68 ET), en la medida en que la elección de los mismos se hace "por y entre los representantes de personal" (art. 35.2 LPRL) e incluso a los Delegados de prevención que no sean representantes de personal, sino elegidos por los sistemas de designación establecidos en los convenios colectivos (art. 35.4 LPRL)[63], considerando también, en este último supuesto, vulnerado el derecho de libertad sindical. En este último caso, la lesión del derecho de libertad sindical a título individual ya no se vincula con la afiliación sindical, sino por la consideración de la defensa de la seguridad y salud de las personas trabajadoras como "ejercicio de la acción sindical". El TS hace prevalecer en este caso "la relevancia de las tareas asignadas al Delegado de prevención, en cuanto que defensor de un bien jurídico de relevancia constitucional" (derecho a la seguridad y salud en el trabajo y a la vida y a la integridad física), sobre la circunstancia de la afiliación o no del sujeto. Con ello se amplía el ámbito de sujetos titulares del derecho de libertad sindical a título individual, entendiendo vulnerado este derecho cuando el sujeto, representante de las personas trabajadoras (ya sindical, unitario o representante específico en materia de prevención) desarrolla una actividad propiamente sindical, como es la prevención de riesgos laborales.

Esa misma línea de "extensión" de la titularidad del derecho de libertad sindical, por razón de la obstaculización que ello supone de la acción sindical en sentido amplio, permitiría otorgar protección a la persona trabajadora no afiliada que se une a las actividades realizadas o promovidas por un sindicato o al representante de las personas trabajadoras "independiente" (no integrado en la candidatura de ningún sindicato)[64] que se adhiere a

[62] CAVAS MARTÍNEZ, F., "La libertad sindical y la jurisprudencia…", *op*. cit., pág. 362:"…Y ello desde el momento en que no se insta en la demanda el reconocimiento del derecho al desempeño de las labores de representación de los trabajadores que le atribuye el artículo 68. e) ET, sino que se funda en el art. 28 CE y en la propia LOLS, por vulneración del derecho a la acción sindical en la empresa que le reconoce su art. 2.1.d)".

[63] STS de 16 noviembre de 2016, rcud. 3757/2014. En este caso, la razón de atribuir a los delegados de prevención, que no son representantes legales, la facultad de reclamar a través del proceso de tutela de derechos fundamentales ante la negativa al reconocimiento de su crédito horario se justifica por cuanto: "En el caso de los delegados de prevención que no son representantes legales, el derecho a la aplicación de las garantías del art. 68 ET no tiene su origen en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, sino, como ya hemos dicho, en la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales, pero esto no es óbice para que puedan reclamarlo en el ejercicio de una acción individual de tutela de derechos fundamentales como la ejercitada en el presente supuesto". Y considera la sentencia la vulneración del crédito horario como infracción del derecho de libertad sindical, pues "sería un sinsentido negar que se está en el ejercicio de la acción sindical cuando se trata de proteger un bien jurídico tan importante y sensible como el de la salud y seguridad laboral de los trabajadores, y en cambio se admita que forma parte de la misma la defensa de otro tipo de derechos e intereses referidos a bienes jurídicos de menor relevancia".

[64] Así se ha pronunciado en alguna ocasión el Tribunal Constitucional, como en su sentencia 134/1994, de 9 de mayo: "Desde un punto de vista individual, las facultades que, en su vertiente organizativa y de actividad, integran el derecho de libertad sindical tienen, en principio, como titulares a los afiliados a los sindicatos. A ellos les corresponde el derecho de afiliarse o de no afiliarse al sindicato y, una vez que hayan optado por la afiliación, el de participar en la actividad sindical. Sin embargo, este derecho no ha de ser entendido en modo tal que se excluya en todo caso de la titularidad del derecho de actividad sindical a los trabajadores no afiliados a un sindicato"; por tanto "Cuando una actividad de un sindicato tiene proyección externa y se dirige a todos los trabajadores, afiliados y no afiliados, el derecho constitucional a la libertad de acción sindical debe proteger a todos los trabajadores que participen en la misma".

las acciones propuestas por una organización sindical y que sufre represalias, discriminación o menoscabo de sus derechos por tal motivo[65]. En definitiva, la postura más restrictiva (titularidad colectiva del derecho de libertad sindical exclusiva de los sindicatos) o menos restrictiva (la titularidad se extiende a quien, estando "fuera del sindicato", se adhiere a la actividad desplegada por este) a la hora de atribuir la titularidad del derecho de libertad sindical dependerá de si esta se entiende desde un punto de vista orgánico y, por tanto, solo atribuible a las organizaciones sindicales, o desde un punto de vista funcional, "lo que permitiría incluir a los órganos de representación de personal en la medida en que también ejercen funciones de representación de los intereses de las personas trabajadoras y en cuanto que se adhieran, cooperen o participen en las promovidas por dichas organizaciones"[66] La perspectiva funcional también resulta más coherente con el principio de interpretación más favorable del ámbito del derecho fundamental de libertad y acción sindical que nace del art. 28 CE[67].

2.1.2. El derecho de huelga

A nivel internacional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, en su art. 8.1.d) reconoce el derecho de huelga, remitiendo en cuanto a su ejercicio a lo dispuesto en la legislación de cada país.

Por su parte, paradójicamente, la Organización Internacional del Trabajo, ni en su Constitución (1919), ni en el Convenio núm. 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, ni en el núm. 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva mencionan expresamente el derecho de huelga, pero se considera implícito en la referencia al derecho de las organizaciones de trabajadores a "formular su plan de acción" con la finalidad de "defender los intereses de los trabajadores"[68]. Aun sin

---

[65] BLASCO PELLICER, A., "Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo" en *XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 2014, pág. 18. Considera vulnerado el derecho de libertad sindical (28.1 de la C.E.) en estas situaciones: "Así ocurrirá cuando la conducta discriminatoria tenga por móvil la participación del trabajador no afiliado en las actividades promovidas o propiciadas por un sindicato o por una representación sindical; o cuando se vulnere el derecho a la igualdad de trato del trabajador representante independiente que se une a las actividades acordadas o promovidas por un sindicato o por los órganos de representación que, a su vez, se unen a las diseñadas por el sindicato".

[66] CARRIZOSA, PRIETO, E., *op. cit*., págs. 46 a 49. La autora realiza un recorrido por la incipiente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la que ve atisbos de una lectura funcional de la titularidad del derecho de libertad sindical, si bien resulta enseguida desechada por la perspectiva orgánica del derecho y el reconocimiento como titulares colectivos del derecho de libertad sindical exclusivamente a los sindicatos. Véase también, GARCÍA MUÑOZ, M., *El carácter sindical de la representación unitaria,* Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016.

[67]Principio recogido, entre otras muchas, en SSTS de 9 de junio, rcud. 263/2021 y de 8 de mayo de 2019, rcud. 42/2018.

[68] NOGUEIRA GUSTAVINO, M., "La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel" en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Dir.), *El derecho de huelga en el derecho internacional,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 9. En concreto, el Convenio 87 de la OIT "contempla, en el artículo 3, el derecho de las organizaciones de trabajadores, entre otras cosas, a "organizar sus actividades" y "formular su programa de acción". Asimismo el art. 10 declara que el término organización significa toda organización que tenga por objeto "fomentar y defender los intereses de los trabajadores y empleadores".

reconocimiento explícito, el contenido y límites del derecho de huelga ha sido desarrollado por los diferentes Comités de expertos y Comisiones constituidas en el seno de la OIT, como la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, el Comité de Aplicación de Estándares y especialmente, en el caso del derecho de huelga, el Comité de Libertad sindical (CFA Committee on Freedom of Association)[69].

En el ámbito europeo, se reconoce el derecho a la huelga de manera expresa en el art. 6.4 de la Carta Social Europea (revisada)[70] y en el art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[71], en ambos casos junto al derecho a la negociación colectiva.

A pesar de ese reconocimiento explícito, a tenor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, "razones de índole competencial no permiten que la Unión dicte un marco jurídico común que garantice y estandarice el ejercicio de este derecho (art. 153.5 TFUE), lo que no impide su eficacia directa como derecho fundamental europeo"[72].

Nuestra LRJS se refiere a la huelga como un derecho susceptible de protección a través de este proceso especial de tutela de derechos fundamentales.

El derecho de huelga, junto al derecho de libertad sindical, son derechos específicamente laborales y regulados en el mismo precepto constitucional (art. 28 CE). Como ya hemos visto al tratar el derecho de libertad sindical, el derecho de huelga se considera integrado en el contenido constitucional del primero. Su referencia expresa no habría sido necesaria (no se realizaba en la anterior ley de procedimiento laboral), por evidentes motivos: porque forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical y porque por su ubicación en el mismo precepto constitucional le confiere el carácter de derecho fundamental y, por tanto, tutelable a través de este proceso.

En cuanto al concepto de huelga, el art. 28 de la CE no incluye una definición, tampoco lo hace el RD-Ley de 4 de marzo de 1977 que la regula, si bien el TC[73] ha desarrollado

---

[69] *Ibidem*, págs. 11 a 13.
[70] Carta Social Europea (revisada) hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, firmada por España el 23 de octubre de 2000 y ratificada el 29 de abril de 2021, con entrada en vigor el 1 de julio de 2021.
[71] Hecha en Niza, el 7 de diciembre de 2000.
[72] AYALA SÁNCHEZ, A., "Comentario a la STC 130/2021, de 21 de junio. El derecho de huelga: derecho subjetivo fundamental y algunos de sus límites", *Temas laborales*, núm.162, 2022, págs. 255-279.
[73]STC 11/1981, de 8 de abril de 1981, en resolución del recurso de inconstitucionalidad 192/1980, contra diversos preceptos del Real Decreto Ley 4 de marzo de 1977, ofrece una definición amplia del contenido del derecho fundamental de huelga, de modo que se configura como "una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso, pudiendo tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas, o, en general, en las condiciones de trabajo, consistiendo el contenido esencial del derecho de huelga en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir. Tal cesación, no obstante, puede llevarse a cabo con objetivos muy variados y puede organizarse de muy distintas maneras. No solo merecen el calificativo de huelga las motivadas por

una definición amplia del mismo y por lo que aquí interesa cabe realizar unas breves precisiones sobre su contenido:

- El derecho de huelga tiene una faceta colectiva e individual y en este sentido se suele afirmar que "su uso es singular, pero su ejercicio colectivo"[74]. A través de este proceso especial se protegen las lesiones, discriminaciones o menoscabos que sufran las personas trabajadoras al ejercitar el derecho de huelga o con ocasión de este, pues ellas son las titulares de este derecho y quienes deciden si secundan o no la huelga convocada por los sujetos colectivos.
- En cuanto al contenido esencial del derecho de huelga, el TC ha señalado que "la CE garantiza el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma, por lo que no se exige al empresario una conducta de omisión o abstención, de modo que no utilice los medios ya existentes a fin de no comprometer el objetivo de la huelga y en idénticos términos respecto a los restantes trabajadores no huelguistas que no están obligados a contribuir al éxito de la protesta"[75]. El establecimiento de servicios mínimos para garantizar el mantenimiento de servicios públicos esenciales supone además límites en el ejercicio del derecho de huelga, derivados tanto del "derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales" que se considera "prioritario respecto del derecho a la huelga"[76], así como del derecho de huelga que asiste a aquellos no huelguistas que acuden voluntariamente a prestar sus servicios en la condición de servicios mínimos, que se considera también preeminente respecto de aquellos trabajadores y trabajadoras que sí querrían sumarse a la huelga, pero han sido asignados a la realización de servicios mínimos[77].

---

cuestiones laborales o profesionales, sino también las que se hacen como protesta contra determinadas actuaciones empresariales, como puede ocurrir, por ejemplo, para protestar respecto de las condiciones de seguridad en que se verifica el trabajo".

[74] STC 11/1981, de 8 de abril: "… el ser un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos". Vid. también SSTS de 22 de septiembre de 2020, rcud. 185/2018, de 25 de enero de 2011, rcud. 7/2010 y de 4 de julio de 2023, rcud. 224/2021.

[75] STC17/2017, de 2 de febrero. Véase sobre los límites del derecho de huelga, MONEREO PÉREZ, J. "Derecho de huelga y límites de los poderes de reacción empresariales: esquirolaje interno", *Revista de jurisprudencia laboral, núm. 10,* Editorial BOE, 2024 (on line).

[76] SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18; 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3, y 43/1990, de 15 de marzo, FJ 5.

[77] HIERRO HIERRO, F.J., "La posibilidad del ejercicio del derecho de huelga de las personas trabajadoras no huelguistas: inconcreción temporal necesitada de protección. Comentario a la STC 45/2016, de 14 de marzo (BOE de 22 de abril de 2016)", en MONEREO PÉREZ, J.L., *Libertad sindical, negociación colectiva y huelga. Homenaje al profesor Juan García Blasco,* Editorial BOE, Madrid, pág. 562. El autor se refiere a los problemas derivados de la necesidad de designar a los trabajadores para la realización de servicios mínimos y la posibilidad de adherirse en cualquier momento al ejercicio del derecho de huelga. En la colisión entreel derecho de huelga de los trabajadores y trabajadoras huelguistas que son asignados a la atención de los servicios mínimos y la facultad de los no huelguistas de adherirse a la huelga en cualquier momento de su desarrollo ha de prevalecer esta última, pues no pesa obligación alguna en este caso prestación de los servicios mínimos, de modo que se estaría impidiendo el ejercicio del derecho de huelga a quien acude voluntariamente al trabajo pero puede decidir ejercer su derecho en cualquier otro momento, dada la inconcreción temporal de este último.

- Las intromisiones en el derecho de huelga pueden provenir del empresario (mayoritariamente) pero también de terceros (autoridad gubernativa que dicta el Decreto u orden de servicios mínimos, en el supuesto de empresas que prestan servicios públicos esenciales). Aparte del supuesto prototípico de lesión del derecho de huelga que supone el esquirolaje, que puede adoptar muy diferentes formas[78], el ejercicio del derecho de huelga puede verse también vulnerado como consecuencia de otro tipo de conductas empresariales de naturaleza muy diversa: como la imposición unilateral de servicios mínimos, el cierre patronal ilegal durante la huelga o los actos coercitivos o de presión empresarial, como las amenazas de adopción de medidas empresariales perjudiciales para el trabajador"[79].

- El sindicato convocante de la huelga o que tenga "implantación en el ámbito laboral al que la huelga se extienda"[80] podrá recurrir a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales para demandar a la empresa en caso de intromisiones ilegítimas y en reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por dicha lesión. Igualmente estará legitimado activamente para impugnar el decreto de servicios mínimos, por abusivo, no así las personas trabajadoras.

- No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social de la tutela del derecho de huelga afectante a los funcionarios públicos, personal estatutario de los servicios de salud y al personal al que se refiere el art. 1.3.a) ET, tal y como establece el art.

---

de los no huelguistas que debe ser protegida prevaleciendo, por tanto, el derecho de huelga de los no huelguistas no asignados a la realización de servicios mínimos a que no sea eliminada su facultad de adherirse a esta en cualquier momento de su desarrollo, frente al derecho de huelga de aquellos trabajadores que han sido designados para la atención de los servicios mínimos.

[78] No solo las tradicionales formas de esquirolaje interno y externo (de sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de la misma empresa o por otros no vinculados a la empresa en la fecha de la declaración de la huelga), también el esquirolaje mecánico y tecnológico, así como el encubierto a través de medidas indirectas adoptadas en días precedentes a la huelga con la finalidad de minimizar sus efectos (como ofrecer la realización de horas extras días antes del inicio de la huelga, o la modificación del sistema de turnos habitual en la empresa durante la huelga).Vid. SIRVENT HERNÁNDEZ, N., "Actos empresariales vulneradores del derecho de huelga y responsabilidad por daños y perjuicios", *Relaciones Laborales,* Editorial La Ley digital, 2013, pág. 4.

[79]Véase la monografía MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P.G., *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2019. Los autores señalan que la posición de la empresa se caracteriza por un acusado elemento de "negatividad", o como situación jurídico-subjetiva pasiva "refleja": no podrá sustituir a los huelguistas, no podrá neutralizar los efectos de la huelga mediante un cierre patronal de retorsión y en general, no podrá utilizar medidas de presión previas a la huelga o sancionadoras posteriores que tengan como destinatarios a los huelguistas por el solo hecho de su participación en la misma.

[80] La STS de 1 de febrero de 2023, rcud. 2978/2019, recuerda que debe existir un vínculo concreto entre el sindicato y el objeto del debate en la controversia de que se trate y que «...incluso para convocar huelgas, el art. 3.2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, requiere que los sindicatos tengan "implantación en el ámbito laboral al que la huelga se extienda"». Así lo indicó el TC desde su sentencia 11/1981, 8 de abril, que examinó la compatibilidad del Real Decreto-ley 17/1977 con el artículo 28.2 CE. La STS de 15 de enero de 2020, rec. 166/2018 reitera que la implantación requerida en estos casos no tiene que alcanzar la exigida para impugnar un despido colectivo (art. 124.1 LRJS). Ese vínculo se entiende existente o bien por ser uno de los sindicatos convocantes de la huelga "en la empresa demandada", o por tener en esta, delegados sindicales, miembros del Comité de empresa, del Comité de huelga o afiliados a su sindicato.

3.b) LRJS (como tampoco lo hacen cuando se trata del derecho de libertad sindical), punto este sobre el que se incidirá más adelante.

2.2. OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Tradicionalmente, se viene distinguiendo entre derechos constitucionales específicamente laborales (libertad sindical, huelga, negociación colectiva, derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo..) que solo surgen cuando existe una relación laboral y están indisolublemente unidos a la condición de persona trabajadora por cuenta ajena ("no siendo posible técnicamente su ejercicio extramuros de la relación laboral")[81] y el resto de derechos constitucionales que cabría denominar de "inespecíficos" o "neutros", que corresponden a la persona en cuanto que tal, aunque no forme parte o deriven de la relación laboral, pero que se ejercitan en ese ámbito y por tanto, en él deben ser protegidos[82].

Dicha clasificación, ya clásica, fue acuñada por el profesor Palomeque López[83] al poner de manifiesto que existen derechos fundamentales no específicamente laborales, atribuibles a todos los ciudadanos pero que, al ser ejercidos por los sujetos de la relación laboral en el ámbito de esta, adquieren dimensión laboral y "se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos"[84].

La protección de los mismos a través de este procedimiento especial generó dudas en su momento[85] por la posible extralimitación del texto articulado de la LPL 1990 (que en su art. 180 extendía el ámbito del proceso de tutela de libertad sindical a los demás derechos fundamentales y libertades públicas) respecto a la ley de Bases de Procedimiento Laboral (Base Trigésima). La doctrina mayoritaria resolvió la cuestión mediante una interpretación acorde a la necesidad de dar cumplimiento al mandato constitucional del art. 53.2 C.E. La LPL no podía omitir su el desarrollo del mandato legislativo y no estando contemplada en la delegación legislativa de la LBPL de 1989 la posibilidad de creación

---

[81] PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución...* cit., pág. 31.

[82]SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L. y MAURANDI GUILLÉN, N., "Comentarios al artículo 2 de la LRJS" en FOLGUERA CRESPO, J.A, SALINAS MOLINA, F. y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L., (Dirs.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* Lex Nova, Valladolid, 2011, pág.60. Se hace referencia a una tercera categoría, junto a los derechos específicamente laborales y los derechos inespecíficos o neutros, que serían estos últimos cuando se ejercen y sobre todo, cuando son objeto de limitaciones en el seno de la relación laboral.

[83] Véase PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución...,* cit. págs. 31 a 34, donde realiza esta propuesta terminológica y conceptual. Enumera como los ejercitados intensamente en el ámbito de las relaciones laborales los siguientes: igualdad y no discriminación, honor, intimidad personal y a la propia imagen, libertad de expresión, derecho de reunión, a la tutela judicial efectiva, principio de legalidad en materia penal o sancionadora (artículo 25.1 de la C.E.).

[84] PALOMEQUE LOPEZ, C., "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", en MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord..), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2003, pág.11.

[85] MARTÍNEZ EMPERADOR, R., "Tutela de la libertad sindical", en AAVV, *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, CGPJ, Madrid, 1991, pág. 250. También en "La tutela judicial de la libertad sindical (I)", *Actualidad laboral,* núm. 1*,* Editorial La Ley. 1991, pág. 37.

de nuevas modalidades procesales, la única modalidad que respondía a los principios constitucionales de preferencia y sumariedad era la de tutela del derecho de libertad sindical, por lo que se concluyó "que no había extralimitación alguna en su ampliación al resto de derechos fundamentales y libertades públicas, antes bien al contrario, no hacerlo habría supuesto incurrir en inconstitucionalidad por omisión"[86]

A todo ello hay que unir que las razones de que la delegación legislativa de la Base 30 de la LBPL versara exclusivamente sobre el derecho de libertad sindical responde a los antecedentes normativos. La LOLS es la única que estableció especialidades para la tutela judicial del derecho de libertad sindical en un contexto de ausencia de una garantía social; no obstante, generó el equívoco de presuponer que en el ámbito laboral el derecho de libertad sindical debía ser objeto de una protección especial, perdiendo de vista que el motivo de ello no era otro que su naturaleza. Con esa ampliación se "subsanaba" ese efecto y además resultaba coherente con la propia doctrina del TC sobre el proceso laboral como el "cauce natural" para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (de todos) en el ámbito laboral.

En la LRJS se ha superado ese desajuste entre la denominación legal y el objeto del proceso, de modo que ya no ofrece duda alguna de la extensión de su ámbito material a todos los derechos fundamentales y libertades públicas, sin perjuicio de que el art. 177 LRJS siga haciendo una referencia expresa a los derechos de libertad sindical y de huelga (art. 28 C.E.) por su carácter específicamente laboral.

Como viene indicando desde los inicios el TC la protección de los derechos fundamentales del ciudadano no es objeto de excepción porque este se halle inmerso en una relación contractual laboral. La relación inter-privatos, entre empresario y persona trabajadora que se crea como consecuencia de un contrato de trabajo (con el haz de obligaciones para el trabajador que impone el poder de dirección empresarial) "no puede implicar, en modo alguno, privación a la persona trabajadora de los derechos que le corresponden como ciudadano· Las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima que, quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional"[87].

[86]CRUZ VILLALÓN, J., "Las modalidades procesales de carácter colectivo y sindical..."cit., pág. 365, sobre la modalidad procesal de tutela de libertad sindical como la única que responde en toda su extensión a los principios de preferencia y sumariedad, por lo que "este proceso especial resulta aplicable mutatis mutandis y sin mayores inconvenientes a cualquier otra imputación de lesión de un derecho fundamental".
[87] STC 88/1985 de 19 de julio, a propósito del derecho fundamental a la libertad de expresión en la relación de trabajo. Doctrina reiterada posteriormente por otras muchas, 6/1988, de 21 de enero, sobre la libertad de información, 129/1989, de 17 de julio, a propósito de la alegada vulneración del derecho a la educación, 90/1997, de 6 de mayo, a propósito del derecho a no ser discriminado por el ejercicio del derecho de huelga

El ejercicio del poder de dirección empresarial reconocido en el ámbito de la relación de trabajo no puede ser excusa para el desconocimiento por el empresario de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, actuando estos como límites al poder de dirección empresarial y su tutela se presenta como "una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador"[88]. No cabe duda de que prácticamente todos los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional, en los arts. 14 a 29 CE pueden ejercitarse en el ámbito laboral y adquirir esa dimensión[89].

Cabría hacer a esta afirmación genérica las siguientes precisiones:

- A través de esta modalidad son tutelables todos los derechos fundamentales y libertades públicas, pero siempre que la lesión de los mismos se produzca en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento de la jurisdicción social o "en conexión con estas". Como se ha indicado, junto a los derechos específicamente laborales coexisten derechos inespecíficos que adquieren dimensión laboral al ejercitarse en el seno de la relación laboral. Ahora bien, hay derechos fundamentales que por su propia naturaleza no son susceptibles de adquirir esa dimensión laboral, como el derecho de habeas corpus (art. 17 CE), el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) o el derecho de petición (art. 29 CE)[90].
- No todos los derechos fundamentales despliegan la misma eficacia, pues cabe distinguir entre una eficacia vertical (exigibilidad del derecho frente a los poderes públicos) y una eficacia horizontal (en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, como la que une a empresario y trabajador). Hay derechos fundamentales con exclusiva eficacia vertical, como el derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el art. 24 de la C.E. Se trata de un derecho que tiene como destinatarios a los órganos jurisdiccionales en cuanto que posibles causantes de la lesión y que por su propia naturaleza no resulta objeto de tutela a través de este procedimiento. Comprende el derecho de los justiciables a hacer efectivos sus derechos e intereses legítimos, con prohibición de indefensión; a acceder al proceso en cada una de sus instancias; a obtener una resolución fundada en derecho congruente con las pretensiones de las partes y a obtener el cumplimiento de las mismas[91].

---

[88] STC 90/1997, de 6 de mayo.

[89] Sin perjuicio de que los mismos necesiten algunos matices o precisiones cuando se ejercitan en el ámbito del contrato de trabajo. Véase al respecto, GARCÍA MURCIA, J., "Derechos fundamentales y contrato de trabajo: algunos puntos críticos" en *Jornada sobre derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias, 2017, págs. 9 -30.

[90] MOLINER TAMBORERO, G., "El proceso de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales", en AAVV, *Constitución y justicia social*, Cuadernos de Derecho Judicial V-2003, Madrid, CGPJ, pág. 175.

[91] Desde la temprana sentencia 19/1981, de 8 de junio, el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende fundamentalmente "el derecho de todos a la jurisdicción, es decir, a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas".

Las lesiones a la tutela judicial efectiva pueden producirse en cualquier proceso judicial y durante el curso del mismo, por lo que la reparación de la lesión se llevará a cabo dentro de ese mismo proceso (a través del incidente de nulidad de actuaciones, en su caso) y no mediante la interposición de una demanda tendente a su protección en otro proceso posterior[92]. No obstante, existe una excepción y es la vertiente del derecho a una tutela judicial efectiva que supone la garantía de indemnidad, pues por su propia naturaleza sí resulta invocable a través de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales. La garantía de indemnidad supone la protección de la persona trabajadora frente a las represalias empresariales por cualquier "actuación tendente al ejercicio de sus derechos de defensa"[93]; entendiendo estas actuaciones de forma amplia y no restringida como se venía haciendo con anterioridad. Los actos activadores de la garantía de indemnidad se amplían con la Ley de Defensa a "cualquier actuación efectuada ante la empresa o ante una actuación administrativa o judicial destinada a la reclamación de sus derechos laborales". Este derecho será objeto de tutela a través de otro proceso distinto a aquel que haya motivado la represalia empresarial o sin que este se haya llegado a iniciar , frente a las represalias empresariales por una actuación del trabajador o trabajadora tendente a la reclamación de sus derechos laborales.

- Que los derechos fundamentales no deban ser desconocidos en el ámbito de la relación laboral no quiere decir que su ejercicio pueda ser ilimitado, llegando con ello al extremo opuesto. Por ello "no pueden ser invocados ni utilizados por el trabajador para eludir sin más el cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato, como si de cláusulas de excepción se trataran, utilizadas a su arbitrio u oportunidad"[94].
- Por último, cabría a modo de simple apunte indicar que, en la enumeración de derechos fundamentales de nuestra Constitución "son todos los que están, pero no están todos los que son". Una visión actual de los derechos fundamentales inespecíficos no nos permite poner el punto final a esta cuestión con la afirmación de que todos los derechos fundamentales son objeto de tutela a través de este proceso, sin hacer, aunque sea una simple mención a las limitaciones de la enumeración del texto constitucional, a falta de una construcción unitaria del concepto de derecho fundamental. Todo ello debe ir unido de la mano de una reformulación general de los derechos fundamentales a la luz de los textos internacionales y de la jurisprudencia tanto del TJUE como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (lo que podría dar entrada a algunos derechos que no

[92] MOLINER TAMBORERO, G. *op.* cit., pág. 173.
[93] Art. 12.3 y Disposición adicional tercera de la Ley 5/204, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa.
[94] RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., "La necesaria observancia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales como límite inexcusable del poder de dirección empresarial*", IUS Labor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball,* núm. 2, 2018, pág. 181. *https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2018.i02.04.* 2018.

constan en la Sección I del Capítulo II del Título I como, entre otros, el derecho a un trabajo decente o a la protección social)[95].

2.3. LA PROHIBICIÓN DE TRATO DISCRIMINATORIO

La mención expresa de la prohibición de trato discriminatorio en el art. 177 LRJS se justifica desde una perspectiva formal, por la falta de incorporación de dicho principio en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la C.E., donde se recogen los derechos fundamentales. El principio de no discriminación se encuentra reconocido en el art. 14, fuera de dicha Sección Primera, pero dentro del Capítulo II "Derechos y libertades" y justo antes de dicha Sección. El art. 53.2 de la C.E. al regular el procedimiento preferente y sumario para la tutela de los derechos fundamentales equipara y extiende dicho procedimiento también a la tutela del principio de no discriminación.

La doctrina constitucional sobre la vulneración del derecho de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, ya desde la sentencia del TC 22/1981, de 2 de julio (recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) señala que "…aunque es cierto que la igualdad jurídica reconocida en el art. 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo, como se deduce de los arts. 9 y 53 de la misma, ello no quiere decir que el principio de igualdad contenido en dicho artículo implique en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El art. 14 del Convenio Europeo -declara el mencionado Tribunal en varias de sus Sentencias- no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos

[95]GOÑI SEIN, J. L., "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?" en AAVV, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la seguridad Social*, Editorial Cinca, Madrid, 2014, pág. 11: "es probable que una reconstrucción general del contenido de la expresión terminológica no pueda prescindir de da entrada a algunos de los derechos que no constan en la Sección Primera, Capítulo I, y que pueden entrar a título pleno y sin dificultad en el núcleo esencial de los derechos inherentes a la condición humana. Sin pretensión de exhaustividad, y por lo que interesa al objeto de nuestra reflexión, bien podrían merecer la calificación de fundamentales, entre otros, el derecho fundamental a la dignidad humana (recogido en la Constitución, pero no como derecho fundamental), el derecho de propiedad (reconocido en el artículo 1 del Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos), el derecho a un trabajo decente, el derecho a la salud o el derecho a la protección social en situaciones de pobreza o de necesidad, alguno de los cuales no tiene ni siquiera el reconocimiento teórico de derecho subjetivo en la Carta Magna". Sobre el derecho a la protección social como derecho fundamental, vid. CARMONA, CUENCA, E., *El derecho fundamental a la protección social. Tutela multinivel,* Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, págs.119 a 128. De especial interés, la referencia a la protección "indirecta" de los derechos sociales por el TEDH mediante la aplicación de la prohibición de discriminación del art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o la interpretación "evolutiva" de otros derechos reconocidos, como el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (incluyendo aquí la pobreza extrema) o incluso el derecho a la propiedad privada (considerando el derecho a percibir una prestación social de urgencia como un "derecho patrimonial").

y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida". Por tanto, lo que veda el principio de igualdad es la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable a la hora de introducir consecuencias jurídicas diferentes a supuestos de hecho iguales, no así cuando dichas diferencias estén basadas en criterios objetivos y proporcionados a la finalidad perseguida. En definitiva, para el TC el principio de igualdad prohíbe al legislador configurar los supuestos de hecho de la norma de modo que se dé trato distinto a personas que se encuentran en la misma situación, pues no cabe otorgar relevancia jurídica a circunstancias prohibidas por la Constitución o que no guardan relación alguna con el sentido de la regulación[96].

Al efectuarse en la LRJS la regulación de esta modalidad procesal se llevó a cabo un cambio de "enfoque" respecto de la anterior normativa, que se centraba en el derecho de libertad sindical, (el art. 175 LPL "comenzaba" con la referencia a la tutela de la libertad sindical, teniendo que esperar al penúltimo artículo del Capítulo XI, el art. 181, para encontrar referencia a los demás derechos fundamentales y libertades públicas, el principio de no discriminación y el acoso como objeto de protección también a través de esta modalidad). La LRJS lleva a cabo una más ajustada delimitación[97] del objeto del proceso de tutela que ya, desde el principio, lo es de los derechos fundamentales, con especial relieve del principio antidiscriminatorio, tanto a propósito de esta modalidad procesal como en el art. 2 LRJS.

La importancia del principio de no discriminación en el ámbito laboral se manifiesta claramente por la extensa regulación del mismo, tanto de carácter internacional como interna, donde cabe destacar: la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI) fruto de la integración de las dos Directivas europeas sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres (la derogada Directiva 2002/73/CE, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y la vigente Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro); la Directiva

[96]GARCÍA RODRÍGUEZ, B., *Jurisprudencia constitucional en materia sociolaboral* (2006-2017), Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018. Vid. págs. 42-49, sobre el principio de igualdad y no discriminación.

[97]BALLESTER PASTOR, M.A., "El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social", *Relaciones Laborales*, núm. 2**,** Editorial Wolters Kluwer, 2012, pág.3: "El efecto resaltado del principio antidiscriminatorio, tanto en el art. 2 LRJS como en el propio proceso especial de tutela de derechos fundamentales, sirve para evidenciar la importancia que, en la actual configuración de este proceso especial han tenido la normativa y la jurisprudencia sobre temas de naturaleza antidiscriminatoria".

2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición); el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (entre cuyos objetivos está la trasposición de manera más adecuada de las Directivas 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la Directiva 2000/43, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico)[98]; la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, así como la última y más reciente Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres.

La Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato, además de ampliar la enumeración de causas o motivos de discriminación (nacionalidad, mayoría o no de edad, residencia o no legal en España, nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social) ha supuesto el reconocimiento legislativo de los diferentes tipos de discriminación, no solo la discriminación directa o indirecta, también la discriminación por asociación o vinculación, por error, múltiple e interseccional (art. 6). A pesar de ello, no se aprovechó en sus disposiciones finales para modificar los preceptos correspondientes del ET y la LRJS. Sería la Ley 4/2023, para la protección del colectivo LGTBI, la que modificaría el art. 4.2.c) y el 17.1 del ET, así como el art. 17.5 LRJS. Ninguna modificación se introdujo en los preceptos que regulan la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, por lo que ello ha generado incoherencias normativas y dificultades interpretativas, como se indicará más adelante, a propósito de la legitimación activa en el proceso.

Por último, conviene hacer algunas precisiones en cuanto a la tutela antidiscriminatoria:

- Como ha afirmado el TC en reiteradas ocasiones, la alegación de vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación "resulta retórica y redundante respecto de la del art. 28.1 de la C.E., ya que, según criterio de este Tribunal, que no es ocioso recordar, cuando se alegan discriminaciones perturbadoras del ejercicio del derecho a la libertad sindical, las hipotéticas violaciones del derecho a la igualdad (art. 14 CE) quedan subsumidas en aquel derecho, salvo que la discriminación impugnada

[98] En el Preámbulo de la ley y en el apartado de la justificación de la norma se indica: "a fin de trasponer de manera más adecuada los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, lo que solo se hizo parcialmente en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

concierna a alguna de las determinaciones explícitamente proscritas por el art. 14 CE"[99]. Resulta por tanto innecesaria, por reiterativa, la alegación conjunta de la violación de la igualdad y la vulneración del derecho de libertad sindical.

- La discriminación puede serlo por alguna de las causas prohibidas en el art. 14 CE y a las que, en la normativa laboral se hace referencia en el art. 4.2.c) del ET (que establece el derecho de la persona trabajadora a no ser discriminado "directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación o no a un sindicato, por razón de lengua dentro del Estado español, discapacidad, así como por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral")[100]; así como en el art, 17 del E.T. y 12 de la L.O.L.S. Se trata de un conjunto de factores de discriminación de carácter heterogéneo, que ha llevado en el ámbito comunitario a un distinto grado de construcción, si bien se aprecia una tendencia en las Directivas y jurisprudencia comunitaria hacia la convergencia reguladora. Al mismo tiempo, esos factores de discriminación admiten otros "directamente conectados a aquéllos", como es el caso del embarazo y la maternidad (así, el art. 8 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres indica: "constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o maternidad")[101]o la tutela frente a otros factores de

[99] SSTC 308/2000, de 18 de diciembre, 55/1983, de 22 de junio, FJ. 1 y 197/1990, de 29 de noviembre, FJ. 1.

[100] El artículo 4.2.c) del ET ha sido objeto de dos modificaciones en escaso intervalo de tiempo para ampliar las causas de discriminación, ambas en 2023. La primera por Ley 4/2023, de 28 de febrero para la para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, a fin de introducir junto a la orientación sexual ya existente en el texto original, la identidad sexual, la expresión de género y las características sexuales. La segunda, por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, que modifica el apartado nuevamente para hacer referencia al trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral, como una manifestación de la discriminación por razón de sexo.

[101] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo", *Revista del Ministerio del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* 2004, pág. 189: «Es el caso del embarazo y de la maternidad, que el legislador identifica como "subtipos" del factor sexo y previendo al efecto que todo trato desfavorable a las mujeres en el ámbito de las relaciones laborales relacionado con alguna de esas circunstancias personales constituye "discriminación directa por razón de sexo».

discriminación, como es el caso de la transexualidad[102] o el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral[103].

- Lo que resulta proscrito es la discriminación por alguna de dichas causas, no debiendo confundir estas últimas con un derecho fundamental en sí mismo. Así, la negativa o limitación en el ejercicio del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral no implica de manera automática la existencia de discriminación por dicha causa, ni siquiera por vía indirecta[104]. No hay confundir la causa de discriminación con el derecho fundamental en sí mismo.

- Desde la perspectiva de la normativa y jurisprudencia europea, la prohibición de discriminación supone la prohibición de aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes[105]. Situaciones comparables no son idénticas, sino que basta que sean análogas[106]. A propósito de la legislación nacional, en materia de jubilación y tratándose del complemento de maternidad por aportación demográfica reconocido a las mujeres con dos o más hijos biológicos o adoptados, la STJUE de 14 de septiembre de 2023, asunto C-113/22, ha considerado situaciones comparables la de hombres y mujeres a propósito del cuidado de los hijos, pues ambos realizan esa

[102] NAVARRO NIETO, F., "El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria", *Temas laborales,* núm. 130/2015, pág. 91. La transexualidad ya ha recibido un tratamiento legislativo expreso mediante la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

[103] Como se ha indicado, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, modifica la letra c) del artículo 4.2 del ET y con ello da cumplimiento (tal y como indica su Preámbulo) a lo establecido en el artículo 11 de la Directiva 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que establece la obligación de los Estados miembros de configurar mecanismos para que no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio las personas que ejerzan sus derechos de conciliación.

[104] Vid. STS 25 de mayo 2023, rcud.1602/2020, donde se afirma que la mera denegación de la concreción horaria que interesa la persona trabajadora, con indicación de las causas que lo impiden, no implica, por sí sólo, que se esté vulnerando el derecho de no discriminación por razón de sexo ni siquiera por discriminación indirecta.

[105] SSTJUE de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-342/93, apartado 16 y de 8 de mayo de 2019, Praxair MRC, C-486/18, apartado 73.

[106]Vid. la STJUE de 26 de junio de 2018, MB contra Secretaría de Estado para las pensiones de Reino Unido, asunto C-451/16, considera análogas y comparables la situación de una persona que ha cambiado de sexo después de haberse casado, con la de aquella que ha conservado su sexo de nacimiento y está también casada, a efectos del cobro de la pensión de jubilación, o la de 9 de marzo de 2017, asunto C-406/2015, Abercrombie y Bordonaro, que considera comparables, "para la aplicación de las disposiciones como las controvertidas en el litigio principal" (condiciones de acceso al empleo y despido de trabajadores menores de 25 años), la situación de un trabajador despedido por la única razón de que ha cumplido 25 años con la situación de los trabajadores pertenecientes a otra categoría de edad. También la de 12 de diciembre de 2013, C- 267/2012, asunto Frédéric Hay contra Maritime et des Deux-Sèvres, que considera comparable, a efectos del cobro del permiso y la prima por razón de matrimonio, la situación de los trabajadores que contraen matrimonio, respecto a la de los trabajadores que celebran un pacto civil de convivencia, al no ser legalmente posible el matrimonio entre personas del mismo sexo.

aportación demográfica, de modo que ambos presentan la misma cualidad de progenitores[107].

- A la causa de la discriminación hay que añadir la forma de llevar a cabo la desigualdad de trato carente de justificación, pues cabe distinguir entre discriminación directa e indirecta, en función de que esta sea realizada directamente o "por medio de una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, un criterio o práctica o una decisión unilateral de la empresa, aparentemente neutros, pero que puedan ocasionar una desventaja a una persona respecto de otras por razón de alguna de las causas de discriminación prohibidas"[108] . Puesto que en la discriminación indirecta siempre existirá una "cobertura" del trato desigual bajo un manto de aparente neutralidad, a la hora de realizar su enjuiciamiento habrá de ponerse el énfasis especialmente en la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida[109]. A las dos formas anteriores cabe añadir la discriminación por asociación, por error, múltiple e interseccional.

2.4. El acoso

El trabajador podrá recurrir también a esta modalidad procesal en los supuestos de acoso. No indica el precepto qué tipo de acoso es tutelable a través de esta modalidad procesal, si bien ha de entenderse incluida cualquier modalidad de acoso (sexual, por razón de sexo o psicológico). Hay que tener en cuenta que nuestra legislación está huérfana de una definición de este último, del acoso psicológico, moral o laboral (mobbing, en su expresión anglosajona y más popular), laguna que habrá de colmarse una vez que España ha ratificado el Convenio 190 de la OIT (2019) sobre la violencia y el acoso.

La transposición en España de las Directivas Europeas 2000/43/CE y 2000/78/CE se llevó a cabo (parcialmente) por el art. 28.1.d) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, definiendo el acoso como "toda

[107]CASAS BAAMONDE, M.E., "Proceso de tutela de derechos fundamentales y acción procesal de condena al abono de prestaciones de Seguridad Social (del complemento de maternidad solicitado por un varón).", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, Agencia Estatal del BOE, 2023. BOE.es - Proceso de tutela de derechos fundamentales y acción procesal de condena al abono de prestaciones de Seguridad Social (del complemento de maternidad solicitado por un varón). Ni las razones de política social, como el objetivo de reducción de la brecha de género en las pensiones por la mayor dedicación de las mujeres al cuidado de la familia (reflejado mediante datos estadísticos que mostraban las diferencias cuantitativas entre las pensiones de hombres y mujeres), ni la protección de las mujeres por motivos de maternidad son argumentos que impidan considerar "comparables" la situación de un hombre que haya tenido dos o más hijos y se haya dedicado al cuidado de los mismos, con la de una mujer en idéntica circunstancia. Y ello porque la norma nacional no añade ningún requisito relativo a que la mujer haya disfrutado del permiso de maternidad o haya dejado de trabajar y cotizar a la Seguridad Social después de su maternidad (biológica o adoptada), por lo que el objetivo y finalidad del artículo 60 LGSS no se puede conectar con la protección de la mujer durante el embarazo y/o la maternidad.

[108] El concepto de discriminación indirecta, recurrente en la doctrina del TJUE, aparece por primera vez en la sentencia del caso Jenkins, STJUE 96/1980, de 31 de marzo de 1981.

[109] NAVARRO NIETO, F., *op.* cit., págs. 97 y 98. El autor se refiere a la necesidad y adecuación de la conducta como "centro de gravedad" del enjuiciamiento que se haga de ellas, especialmente en las discriminaciones indirectas, realizando un estudio de la jurisprudencia comunitaria.

conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo". La recepción de la normativa comunitaria introduce en nuestro derecho una definición del acoso "discriminatorio". Posteriormente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres definirá el acoso sexual y por razón de sexo, indicando respecto de ambos, que "se considerarán en todo caso discriminatorios".

Por tanto, cabe distinguir un acoso causal o discriminatorio (donde la creación de un entorno intimidatorio u hostil lo es por razón de alguna de las causas de discriminación prohibidas)[110] un acoso sexual (donde la creación del entorno intimidatorio y hostil deriva de la existencia de un comportamiento de naturaleza sexual, verbal o físico realizado con la finalidad de atentar contra la dignidad de la víctima) y un acoso moral o genérico. Si bien los dos primeros se "consideran en todo caso discriminatorios", "el acoso moral no implica conducta de naturaleza discriminatoria, sino persecución contra una determinada persona independientemente de su pertenencia a un determinado colectivo y sin que dicha persecución tenga por objeto la satisfacción sexual del ofensor, razones por las cuales el acoso moral no está vinculado al principio antidiscriminatorio" [111].

Sigue faltando en nuestro ordenamiento una definición normativa del acoso moral o mobbing. El Defensor del Pueblo, en Recomendación de 5 de marzo de 2014 dirigida al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social ya manifestaba la necesidad de modificar la LISOS (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social) para "incluir la tipificación del acoso laboral, en consonancia con la definición contenida en la Carta Social Europea,[112] en el Acuerdo

[110] La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, aunque tiene por objeto "garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales (en adelante, LGTBI), así como de sus familias", aprovecha en su apartado 3 para incluir una serie de definiciones que resultan aplicables cualquiera que sea la causa de discriminación, como el acoso discriminatorio, en su apartado d) "Acoso discriminatorio: cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en esta ley, con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo".

[111] Vid. BALLESTER PASTOR, M.A., "El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación... *"* cit., págs. 5 y 6. Para la autora, "la falta de conceptualización del acoso moral hace que las referencias generales al acoso en la LRJS adolezcan de una gran imprecisión técnica", de modo que la LRJS estaría haciendo referencia exclusivamente a los acosos normativizados, que son solo los causales o discriminatorios y los sexuales, pues de lo contrario, el texto procesal estaría incorporando "un concepto indeterminado e indeterminable conforme al actual ordenamiento jurídico".

[112] La Carta Social Europea (revisada), abierta a la firma el 3 de mayo 1996, firmada por España el 23 de octubre de 2000 y ratificada el 1 de julio de 2021 proporciona una definición del acoso moral o psicológico como aquellos "actos censurables o explícitamente hostiles y ofensivos dirigidos de manera reiterada contra cualquier trabajador en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo" imponiendo a las partes firmantes la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores contra dichas conductas, considerando las mismas lesivas del "derecho a la dignidad en el trabajo".

marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo y demás disposiciones de aplicación"[113]. Igualmente se refería a la falta de una definición legal del mismo, apuntando como concepto el siguiente: "actos o conductas realizadas de modo reiterado por una o varias personas en el entorno laboral, mediante la que se ejerce una presión psicológica sobre la víctima, a quien se hostiga, se humilla y se menoscaba en su dignidad". La única referencia normativa del acoso psicológico en nuestro ordenamiento jurídico la encontraríamos en el ámbito penal donde, dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, se incrimina el acoso en el ámbito laboral, entendiendo este como "el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcionarial que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad"[114].

El hecho de que se haga referencia al "acoso" en el art. 177 LRJS, sin distinciones entre acoso discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales y acoso moral o mobbing no ha de llevar a excluir este último y ello por los siguientes motivos:

- En primer lugar, porque lo más habitual en la práctica es que el acoso aparezca como una conducta pluriofensiva[115] que suele llevar aparejada ataques a uno o varios derechos fundamentales, como el derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen (art. 18.1 C.E.) o a la integridad física o moral, así como la prohibición de trato degradante (art. 15 de la C.E.), de manera que a través de él también se lesionan estos otros derechos fundamentales.
- En segundo lugar, porque el acoso, aun no siendo discriminatorio ni atentando contra otros derechos fundamentales en concreto, siempre es por definición un ataque contra la "dignidad humana" (todas las definiciones legales de acoso tienen en común la "creación de un entorno intimidatorio, humillante, hostil, degradante y ofensivo para la víctima") y si bien la dignidad no es un derecho fundamental en sentido propio[116], "ello no implica que la cláusula de salvaguarda de la dignidad de la persona del art.

[113] El Acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, firmado el 26 de abril de 2007 por los interlocutores sociales europeos, tras consulta realizada por la Comisión Europea, define el acoso en el trabajo como aquel que se produce "cuando se maltrata a uno o más trabajadores o directivos varias veces y deliberadamente, se les amenaza o se les humilla en situaciones vinculadas con el trabajo". Si bien se trata de un instrumento jurídicamente no vinculante, proporciona pautas de actuación en el marco de trabajo, fruto del consenso y diálogo a nivel europeo.

[114] Definición contenida en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y se introduce el tipo penal de acoso laboral.

[115] Entre otras muchas, por ejemplo, la STSJ Cataluña 3 de octubre 2019 , rec. 3316/2019: "el centro sobre el que gravita el concepto de acoso moral en el trabajo es el de afectación a la dignidad personal, sin perjuicio de que, de forma asociada y dado el carácter pluriofensivo del acoso moral en el trabajo, puedan verse comprometidos otros derechos fundamentales de la persona, como el derecho a la no discriminación, a la integridad física y moral, al honor, a la intimidad personal, a la propia imagen, etc."

[116] Así se deriva de la doctrina del TC que, en su sentencia 64/1986, de 21 de mayo, al referirse a la dignidad humana la excluye del recurso de amparo: "la norma contenida en el artículo 10.1 de la Constitución, con independencia de que pueda servir de criterio de interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas en general, no puede servir de base a una pretensión autónoma de amparo, por impedirlo lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución".

10.1 de la C.E esté desprovista de sentido (antes bien, al contrario, ha de ser objetivo y fin último a realizar y garantizar por el Estado democrático y constituye clave de bóveda del resto de derechos fundamentales)"[117].

- Desde el punto de vista de la interpretación del precepto, porque en él se hace referencia al acoso sin distinción de modalidades o tipos y sin que quepa interpretar que la tutela solo es proyectable sobre aquel acoso que lleve implícito la discriminación o incluso la vulneración de un derecho fundamental en concreto, pues si así fuera no sería necesaria la referencia al mismo. A ello cabe añadir un criterio de interpretación sistemática, pues si se rastrea en otros preceptos de la LRJS encontramos, por ejemplo, que el art. 286.2 de la LRJS, al mencionar los despidos nulos que tienen como causa el acoso, enumera tanto el acoso sexual, como el acoso por razón de sexo y "el laboral"[118] o el art. 79.7 de la misma[119].

Resulta de interés a propósito de la falta de definición del acoso laboral, hacer referencia a la STC 56/2019, de 6 de mayo, en la que el Tribunal recuerda que es al legislador ordinario al que le corresponde elaborar un concepto de acoso laboral, siendo su función sólo la de interpretar el concepto de "trato degradante" y el más amplio de lesión de la integridad moral. Y advierte que el concepto de acoso laboral que establezca la legislación ordinaria puede ser más amplio que el de trato degradante o más estricto. Continúa el TC interpretando qué requisitos deben concurrir para entender vulnerado el derecho a la integridad moral (art. 15 C.E.): "si la conducta enjuiciada es deliberada o, al menos, está adecuadamente conectada al resultado lesivo (elemento *intención*); si ha causado a la víctima un padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo (elemento *menoscabo*) y si respondió al fin de vejar, humillar o envilecer o era objetivamente idónea para producir o produjo efectivamente ese resultado (elemento *vejación*)". Si faltara ese último elemento, no se podrá apreciar la existencia de trato degradante, pero solo se puede descartar la vulneración del art. 15 C.E. si la conducta

[117] Véase GOÑI SEIN, J. L., *op.* cit., sobre la reconstrucción de los derechos fundamentales inespecíficos a partir del principio de dignidad. También PACHECO ZERGA, L., *La dignidad humana en el derecho del trabajo,* Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 151 a 158, sobre la dimensión constitucional de la dignidad y los derechos fundamentales.

[118] Artículo 286.2 de la LRJS: "En los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la víctima del acoso podrá optar por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación, en su caso, conforme al apartado 2 del artículo 281". También el artículo 151.5 de la LRJS, a propósito de los litigios sobre sanciones administrativas, se hace referencia a las impuestas "en materia de acoso laboral, sexual o por razón de sexo".

[119] MONEREO PÉREZ, J.L., (Dir.), *Manual de Derecho Procesal Laboral,* Editorial Tecnos, Madrid, 2020, pág. 408. Para el autor la cuestión más incierta del ámbito material del proceso de tutela es "la llamada que hace a la «prohibición de acoso», en la medida en que sigue quedando en un cierto limbo o indefinición si se trata de todas las modalidades de acoso, como podría sugerir el que no se adjetive dicho término, o bien se refiere a la modalidad de acoso discriminatorio, como se entendía respecto del artículo 181 LPL, artículo redactado conforme a la Ley Orgánica 3/2007". Concluye haciendo también una interpretación sistemática de la regulación de la LRJS, al contemplar esta conjuntamente todas las modalidades de acoso en diferentes preceptos, como en el artículo 286.2 o el 79.7 (medidas cautelares para toda extinción debida a conductas que lesionen la dignidad o la integridad moral).

del empleador supera el juicio de proporcionalidad (responde a un fin legítimo, constituye la alternativa menos restrictiva y produce más beneficios sobre otros bienes o derechos que perjuicios en el derecho a la integridad moral).

Por último, cabe hacer mención al Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso,[120] que en su art. 1º define la "violencia y el acoso en mundo del trabajo" como "un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género". Resulta de interés dicha definición pues no exige un comportamiento "repetido" o "continuado" para poder apreciar el acoso, si bien la equiparación entre las expresiones "violencia" y "acoso" generan cierta confusión, pues el primero se identifica tradicionalmente en nuestro derecho con la violencia "física". No obstante, el precepto continúa, en su apartado 2, aclarando que "la violencia y el acoso se pueden definir en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados".

2.5. Referencia a la dignidad humana

La dignidad de la persona aparece reconocida en nuestro texto constitucional en el art. 10.1, como "fundamento del orden político y de la paz social". A pesar de la trascendencia de la misma y de ser inherentes a ella el conjunto de derechos inviolables de los que somos titulares[121] no alcanza la protección jurídica propia de los derechos fundamentales como se ha tratado en el apartado anterior. Y ello a pesar de su referencia como derecho de la persona trabajadora en el apartado 2.e) E.T: "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo".

El concepto de dignidad humana no está incluido en la enumeración de derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 14 a 29), a pesar de ser la fuente de la que estos nacen, a lo que han contribuido varios motivos:

- Su carácter de concepto jurídico indeterminado. En su determinación, "la doctrina del Tribunal Constitucional español, en línea con la del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, adolecería de un significativo exceso de retórica ético-jurídica"[122].

[120] Ratificado por España el 25 de mayo de 2022.
[121] Véase la STC 53/1985, de 11 de abril, sobre la dignidad como razón de ser de todos los derechos fundamentales, como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes».
[122] MOLINA NAVARRETE, C., "La dignidad de los trabajadores como un "derecho" ¿"fundamental"?: ¿de su "retórica ético-jurídica" a sus "garantías de efectividad"?", en MONEREO PÉREZ,J.L., TÚLIO BARROSO, F. y LAS HERAS, H., (Dirs.) *El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: desafíos para el trabajo decente,* Ediciones Laborum, Murcia,

- Su configuración en el texto constitucional como cláusula general, pero sin carácter normativo.
- "La identificación del todo con la parte", el concepto de dignidad se identifica en gran medida con otros específicos derechos fundamentales, por ejemplo el derecho a la no discriminación, el derecho a la intimidad o a no sufrir acoso (véase la referencia que hace el art. 4.2. e) del ET a la "consideración debida a la dignidad", para seguidamente hacer referencia a la protección frente al acoso)[123].
- La falta de un reconocimiento expreso como derecho fundamental en los textos internacionales. Ni en el Convenio europeo de salvaguarda de los derechos humanos y libertades fundamentales (Convenio de Roma de 1950), ni en la Carta Social Europea existe una mención específica a la dignidad humana. Sí aparece en el Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)[124], en su art. 1. A pesar de esa ausencia en los textos internacionales, el TEDH ha hecho uso de este concepto para el reconocimiento como fundamentales de otros derechos, especialmente sociales, de la persona trabajadora, al identificar su contenido con "la protección de la intangibilidad física y moral de la persona" así "como la exigencia de unas condiciones de vida digna"[125]. Todo ello lleva a que la lesión de la dignidad acabe en la práctica reduciendo su efectividad a la de los otros derechos vulnerados en cada caso (intimidad, no discriminación, integridad…) "con las consiguientes reservas de la doctrina a su utilización en la resolución de problemas concretos, siendo más destacable su función de anticipar nuevas garantías de protección de la persona trabajadora"[126].Y este es el sentido en el que se ha pronunciado el TC, de modo que aun cuando se alegue en amparo la vulneración de

2018, pág. 1254. El autor hace referencia a la excesiva retórica ética del Tribunal Constitucional a la hora de aproximarse al concepto jurídico de dignidad humana, que la hace vacía de contenido, "salvo en lo que podría salvarse como un puñado de casos (ej. la STC 194/2003)".

[123] Vid. LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual,* Editorial Comares, Granada, 1996, págs.125 a 128, sobre la dignidad de la persona (junto a la intimidad) como fundamento de la protección frente al acoso sexual y con referencias a su carácter de derecho madre o de derecho omnicomprensivo del resto de derechos fundamentales.

[124]YSÀS MOLINERO, H., *"*El derecho a la dignidad de la persona trabajadora ante las tecnologías emergentes para la organización y el control empresarial", *Trabajo y Derecho, núm. 112*, La ley digital, 2024*: "*con las limitaciones propias de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)-, en concreto, más allá de la mención que en el Preámbulo se hace a la dignidad humana como uno de los valores indivisibles y universales sobre los que se funda la Unión, junto con la libertad, la igualdad y la solidaridad, el artículo 1 de la Carta, titulado «dignidad humana» y encabezando el capítulo I, «dignidad», establece que «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida», de tal forma que se configura como un derecho subjetivo, aunque sin que la Carta aporte mayor precisión sobre su contenido".

[125] STEDH de 10 de abril de 2007, asunto núm. 6339/05, Evans contra. Reino Unido.

[126] MOLINA NAVARRETE, C., "La dignidad de los trabajadores como un "derecho" ¿"fundamental"?:. cit., pág. 1267, donde el autor destaca la capacidad de la dignidad para anticipar un nuevo derecho, "o, mejor, una nueva garantía que, con el transcurrir del tiempo, termina especificándose o concretándose en un derecho fundamental. Y así sucedió respecto del derecho a la vida privada y la libertad informática, a la integridad y la protección frente al acoso, o la no discriminación". También con el más reciente "derecho a la desconexión digital", derivado del derecho a la autodeterminación de la privacidad ex art. 18 de la CE y el derecho a la protección de la salud (arts. 15, 40 y 43 CE).

la dignidad humana (art. 10 CE) junto a otros derechos fundamentales, el enjuiciamiento de si ha existido o no la vulneración de la primera ha de realizarse sobre los derechos en los que se proyecta.

3. Pretensiones en materia de derechos fundamentales atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social

El segundo criterio de delimitación del ámbito material de este proceso lo constituye la "necesidad de que la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas". Puesto que la pretensión de protección frente a la lesión del derecho fundamental exigirá que esta se produzca en el ámbito de relaciones jurídicas atribuidas a la jurisdicción social será necesario determinar el ámbito conocimiento de este orden.

La primera delimitación competencial del orden social se realiza por el art. 9.5 de la LOPJ en el que se puede distinguir la atribución de dos tipos de pretensiones: "las que se plantean en la rama social del derecho tanto en conflictos individuales como colectivos y las reclamaciones en materia de Seguridad Social o de responsabilidad del Estado".

El art.1 LRJS se pronuncia en idénticos términos, refiriéndose igualmente a las "pretensiones que se muevan dentro de la rama social del derecho, en conflictos individuales o colectivos, aquellas que versan sobre materias laborales y de seguridad social y con carácter general el conocimiento de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias (es decir, sobre materia laboral y de Seguridad Social)"[127].

Tanto el art. 1 LRJS como el 9.5 LPOJ realizan una primera delimitación del ámbito jurisdiccional social meramente gráfica refiriéndose a las materias que, bien de forma directa o por conexión, puedan incluirse en la "rama social del derecho"; expresión clásica que abarca tanto aquellas que se produzcan en el ámbito del derecho del trabajo como de la seguridad social.

De esta primera delimitación en abstracto podemos afirmar que la pretensión de tutela debe de producirse en el ámbito de la rama social del derecho en el "contexto"[128] de una relación jurídica que esté atribuida al conocimiento del orden jurisdiccional social (art. 9.5 LOPJ y art. 1 y 2 LRJS). En el caso de que se produzcan en el ámbito de relaciones jurídicas atribuidas a los restantes órdenes jurisdiccionales (art. 9, apartados 2, 3 y 4 LOPJ y art. 3 LRJS) la vulneración del derecho fundamental deberá ser conocida por esos otros

[127] Cuestiones que el art. 3.1.c) de la LPL de 1995 excluía del conocimiento de la jurisdicción social. Y aunque establecía excepciones a la excepción, como la competencia en materia de expedientes de regulación de empleo y de impugnación de las sanciones administrativas en el orden social, atribuidas a los órganos de lo social, el proyecto de ley regulador de las modalidades procesales para el conocimiento de dichas cuestiones y que habría de determinar la fecha de entrada en vigor de esas atribuciones competenciales no llegó a elaborarse.

[128] A "relaciones jurídicas atribuidas al orden jurisdiccional social o en conexión directa con estas" se refiere el art. 177 LRJS.

tribunales. Y no resulta ocioso incidir en ello pues precisamente esta delimitación entre los distintos órdenes jurisdiccionales ha sido fuente de no pocos conflictos. Ello es así incluso en el supuesto de vulneraciones de derechos genuinamente laborales (como los derechos de libertad sindical o de huelga) pues no toda vulneración de los mismos será objeto de conocimiento por la jurisdicción social, sino solo cuando así proceda por la "naturaleza del acto productor de la lesión"[129].

El art. 2.f) LRJS atribuye a la jurisdicción social competencia para conocer de las cuestiones "sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios; sobre las reclamaciones en materia de libertad sindical y de derecho de huelga frente a actuaciones de las Administraciones públicas referidas exclusivamente al personal laboral; sobre las controversias entre dos o más sindicatos, o entre éstos y las asociaciones empresariales, siempre que el litigio verse sobre cuestiones objeto de la competencia del orden jurisdiccional social, incluida en todos los supuestos de este apartado la responsabilidad por daños; y sobre las demás actuaciones previstas en la presente Ley conforme al apartado 4 del art. 117 de la Constitución Española en garantía de cualquier derecho".

Dicho artículo, a diferencia de su precedente, la letra k) del art 2 LPL de 1995 (que se refería exclusivamente a la atribución a la jurisdicción social de las cuestiones "sobre tutela de los derechos de libertad sindical") contiene una delimitación mucho más precisa y concreta de las pretensiones cuyo conocimiento corresponde al orden social de la jurisdicción, cuando en ellas se haya vulnerado un derecho fundamental.

La entrada en vigor de la LRJS trajo, como una de sus principales novedades, la unificación de materia laboral antes atribuida a otros órdenes jurisdiccionales[130] en un objetivo de expansión del orden jurisdiccional social, a lo que se añade la "asignación al juez de lo social de la función de garante ordinario de los derechos fundamentales, tanto en las relaciones de trabajo como en el proceso social".

La delimitación del ámbito de la jurisdicción social se realiza por la LRJS, de forma positiva (art. 2) y de forma negativa, por vía de exclusión en su art. 3.

Partiendo de lo dicho, resultará ineludible para continuar con la delimitación del ámbito de esta modalidad procesal realizar el esfuerzo de trazar fronteras de separación con otros órdenes jurisdiccionales, especialmente el civil y el contencioso administrativo.

---

[129] GÁRATE CASTRO, J., *op.* cit*.,* pág. 22; MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos fundamentales...* cit*.,* pág. 14, se refieren como criterios de atribución de la materia al orden social al acto productor de la lesión y al fundamento de la pretensión, "cuando por su naturaleza figuren atribuidos a la competencia de la jurisdicción social". A la "naturaleza de la conducta lesiva" para la identificación de la jurisdicción competente se refiere CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela....* cit*.,* pág. 103.

[130] Como ocurría con las distintas cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo.

Por tanto, el art. 2. f) concreta la atribución a la jurisdicción social de la materia de tutela de derechos fundamentales y lo hace mediante una enumeración que nos permite distinguir cuatro bloques:

a) Tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios.

   El actual apartado f) del art. 2 de la LRJS ha ampliado el ámbito del precedente 2.k) de la LPL de 1995, añadiendo al derecho de libertad sindical, cuyo contenido es netamente laboral[131], el derecho de huelga y los demás derechos fundamentales y libertades públicas, así como la no discriminación y el acoso.

   La pretensión de tutela se atribuye al conocimiento del orden social cuando se dirija "contra el empresario o terceros vinculados a este por cualquier título y la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios".

   Los derechos fundamentales protegidos no son solo los específicamente laborales, sino todos los derechos fundamentales y la persona que los lesiona y frente a quien se puede dirigir la acción no queda limitada a la empresa, sino que se extiende a terceros vinculados al empresario "por cualquier título"; por tanto no solo unidos por un título laboral (otros trabajadores o trabajadoras) sino también civil o mercantil. En cualquier caso la lesión del derecho fundamental ha de producirse en el ámbito de las relaciones atribuidas al orden social o en conexión directa con estas, lo que se reitera tratándose del tercero que ha sido el causante de la lesión, pues esta ha producirse en conexión directa con la prestación de servicios.

   Lo decisivo es que la producción de la lesión se produzca en el ámbito de la prestación de servicios o en conexión directa con esta. Si las lesiones se realizan por terceros vinculados al empresario, pero sin conexión directa con la prestación de servicios (fuera de la relación jurídica laboral y sin relación directa con esta) o por sujetos no vinculados al empresario por título alguno, pero dentro de la jornada laboral y en el centro de trabajo, el conocimiento corresponderá a otros órdenes, civil o penal, en su caso.

b) Tutela de libertad sindical y de derecho de huelga frente a actuaciones de las Administraciones públicas referidas exclusivamente al personal laboral. Aunque el art. 2.1.f) LRJS se refiere exclusivamente a la tutela de la libertad sindical y el derecho de huelga, ha de considerarse extendido al resto de derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de trato discriminatorio y el acoso, pues

[131] ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A., *op.* cit., pág. 16, con cita de la STS -3ª- de 18 de mayo de 1995: "dentro de la vaguedad que comporta la expresión rama social del derecho, si alguna parcela de la legislación tiene encaje dentro de esta rama, por su propia caracterización, ella es la legislación referida al derecho sindical".

no parece admisible una interpretación literal del precepto que remita a la jurisdicción contenciosa la tutela de estos cuando se trata de personal laboral [132]. Y no hay duda de que ello es así, pues esta previsión lo que viene es a confirmar "por vía positiva" la exclusión que realiza el art. 3.c) LRJS de la tutela de derechos de libertad sindical y de huelga relativa a los funcionarios públicos, personal estatutario y asimilado, que se atribuyen a la jurisdicción contenciosa.

c) Controversias entre dos o más sindicatos, o entre éstos y las asociaciones empresariales, siempre que el litigio verse sobre cuestiones objeto de la competencia del orden jurisdiccional social. Dicha atribución se completa con los apartados j) y k) del mismo artículo que establecen la competencia del orden social para conocer de las cuestiones litigiosas que se susciten "sobre constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos, impugnación de sus estatutos y su modificación" y "en materia de régimen jurídico específico de los sindicatos, tanto legal como estatutario, en todo lo relativo a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus afiliados".

d) Las demás actuaciones previstas en la presente Ley conforme al apartado 4 del art. 117 de la Constitución Española en garantía de cualquier derecho.

La delimitación del ámbito del orden jurisdiccional social en materia de derechos fundamentales se realiza por vía de inclusión y de exclusión, por la primera a través de la enumeración que realiza el art. 2.1.f) de la LRJS a la que se acaba de hacer referencia, pero también por vía de exclusión, mediante la delimitación de competencias entre el orden social y los restantes órdenes jurisdiccionales, lo que nos llevará al estudio de las zonas de roce o fricción entre el orden social y el contencioso, el civil y el penal, para excluir aquellas cuestiones que corresponden a estos últimos y que pasamos a estudiar en los siguientes apartados.

II. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL ENTRE LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES SOCIAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La Base 1ª, apartado 3 de la Ley 7/1989, de 12 de abril, de bases del Procedimiento Laboral excluyó del orden social el conocimiento de las cuestiones sobre libertad sindical que afectasen a los funcionarios públicos y al personal estatutario de la Administración. En desarrollo de dicha Base, el art. 3.c) de la LPL de 1990 y los posteriores art. 2.k) y 3.1.a) de la LPL, 1995 excluyen de la jurisdicción social los pleitos para la protección del derecho de libertad sindical y de huelga que afecten a los funcionarios públicos y al personal a que se refiere el art. 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores, es decir, el

[132] ÁLVAREZ MORENO, A.," Las disposiciones generales en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Análisis de las cuestiones más relevantes" en TRILLO GARCÍA, A.R., (Coord.), *Análisis de la nueva ley reguladora de la jurisdicción social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 32.

"personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias"; cuyo conocimiento corresponderá a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso, a través del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona de los arts. 114 a 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El art. 3.c) LRJS recoge idéntica exclusión que sus precedentes, haciendo referencia a que no conocerán los órganos de la jurisdicción social de la tutela de dichos derechos en el caso de funcionarios públicos y personal al que se refiere el art. 1.3.a) del ET, incluyendo también al personal estatutario de los servicios de salud.

Por lo que respecta a la jurisdicción contencioso administrativa, el ámbito jurisdiccional viene delimitado por el art. 9.4 LOPJ, que atribuye a dichos órganos el conocimiento de las "pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el art. 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción". El art. 1 LJCA reproduce el anterior precepto. También resulta competente esta jurisdicción para conocer de "la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos" (art. 2.a) LJCA). Y por vía de delimitación negativa, el art. 3 LJCA excluye de su conocimiento "las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública".

De dichos preceptos cabe extraer las siguientes conclusiones:

- Que la jurisdicción social es competente para el conocimiento de los litigios que cabe denominar como "litigios sindicales", relativos a la "vida" del sindicato, tanto desde la creación misma de este, hasta su régimen jurídico, en materia de funcionamiento interno o de relación con sus afiliados. Estas competencias se atribuyen a la jurisdicción social desde la LPL de 1990, a raíz de la entrada en vigor de la LOLS y responden a la clara y no discutible pertenencia a la rama social del derecho de las materias relacionadas con las organizaciones sindicales.
- Dichos litigios abarcan los referidos a la creación misma del sindicato (constitución y reconocimiento de su personalidad jurídica) pero también sobre su modificación y disolución[133], la impugnación de sus estatutos y su modificación. El conocimiento de

[133] CASAS BAAMONDE, E., "Jurisdicción y competencia del orden social", en AAVV, *Lecciones de jurisdicción social*, NOGUERA GUASTAVINO, M. y GARCÍA BECEDAS, G (Coord.) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 49, donde indica que, aunque el artículo 2.j) de la LRJS no lo mencione expresamente, el orden jurisdiccional social también será competente para conocer de las cuestiones relativas a la disolución del sindicato.

estas pretensiones se llevará a cabo a través de las modalidades procesales especiales de los arts. 167 a 172 ("impugnación de la resolución administrativa que deniegue el depósito" de los estatutos) y arts. 173 a 175 ("impugnación de los estatutos de los sindicatos"). Los sindicatos, para adquirir la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, de conformidad con el art. 4.1. LOLS, deben depositar sus estatutos en la oficina pública competente, que puede acordar su publicidad o rechazar el depósito por razones fundadas exclusivamente en la carencia de alguno de los requisitos mínimos. Aunque la creación del sindicato requiere de resolución administrativa que acuerde la publicidad de sus estatutos, el conocimiento de la impugnación de dicha resolución, en el caso de ser denegatoria del depósito y publicidad corresponde a los órganos de la jurisdicción social, haciendo prevalecer la naturaleza social de la materia sobre la naturaleza administrativa del acto impugnado[134]. En el caso de la impugnación de los estatutos o su modificación, se trata de someter al control judicial la legalidad de estos. En cualquiera de estos casos es competente la jurisdicción social, aunque el sindicato solo esté constituido por funcionarios[135].

- La competencia se extiende a las cuestiones sobre régimen jurídico específico de los sindicatos, tanto legal como estatutario, en lo relativo a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus afiliados. De todos los litigios que puedan surgir sobre estas cuestiones conocerá la jurisdicción social con independencia del carácter de personal laboral o funcionario de los afiliados y afiliadas al sindicato, incluso aunque este estuviera exclusivamente constituido por funcionarios y funcionarias[136].Tanto la impugnación de actos de los sindicatos (relativos a cuestiones de provisión electiva de sus cargos, régimen económico, destino de los recursos o cualquier otro relativo a su funcionamiento interno) como aquellos que surjan en las relaciones entre sindicato-afiliados entran en la esfera de la jurisdicción social y su conocimiento se llevará a cabo a través del procedimiento ordinario de los arts. 76 y ss. LRJS, al no existir ninguna modalidad procesal especial al respecto (salvo que la actuación del

[134]MONTOYA MELGAR, A., "Comentario al artículo 2", en SEMPERE NAVARRO, A.V, (coord.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social,* Editorial Aranzadi, (Cizur Menor), Navarra, 2013, pág. 80.
[135] CRUZ VILLALÓN, J., "Las modalidades procesales de carácter colectivo y sindical en el nuevo texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral…", *op.* cit., pág. 387. A propósito de la modalidad procesal de impugnación de estatutos sindicales o de su modificación, el autor indica que también se han de tramitar a través de ella las impugnaciones de estatutos de los sindicatos de funcionarios públicos, pues la exclusión del conocimiento de las pretensiones relativas a la libertad sindical de los funcionarios públicos (entonces art. 3.c) LPL, 1995) no es óbice para ello; ya que la misma "viene referida solo a las diversas manifestaciones de la libertad sindical que se instrumentan a través de las reglas del proceso especial correspondiente".
[136] STS, 10 de noviembre de 2009, rcud. 2745/2008, declara que el orden social es el competente para "conocer de los litigios intrasindicales, cualquiera que sea su condición -laboral o funcionarial- de los afiliados al sindicato". CASAS BAAMONDE, E.," Jurisdicción y competencia del orden…"*op.* cit*.,* pág. 50*:*"La jurisdicción del orden social en materia de régimen jurídico sindical no se limita a los sindicatos de trabajadores, sino que se extiende a los sindicatos de funcionarios y personal estatutario de los servicios de salud, pues el régimen jurídico sindical es materia perteneciente a la "rama social del Derecho" (STS, Social, de 12 de junio de 1998, rcud. 4864/1997)".
.

sindicato fuere vulneradora de un derecho fundamental del afiliado o afiliada, en cuyo caso la modalidad procesal aplicable será la de tutela de derechos fundamentales).

- En cambio, resulta competente la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las cuestiones sobre tutela de la libertad sindical y del derecho de huelga del personal funcionario y estatutario cuando las actuaciones lesivas provengan de la Administración pública, las cuales se tramitarán a través del procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona previsto en los arts. 114-122 LJCA, de conformidad con la excepción prevista en el art. 3. c) LRJS. Esta excepción (que ha sido objeto de múltiples críticas y disensiones) refleja la separación entre el régimen funcionarial o estatutario y el laboral, incluso en la protección de derechos como los de libertad sindical y huelga, a pesar de su carácter de derechos laborales específicos y su clara identificación con la "materia social".
- Por último, también son objeto de fricción entre la jurisdicción contenciosa y administrativa los atentados a los derechos fundamentales laborales que puedan proceder de disposiciones generales y actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social.

1. La tutela de los derechos de libertad sindical y huelga del personal funcionario y estatutario al servicio de las Administraciones Públicas

1.1. El derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos y personal asimilado

El personal funcionario y el estatutario al servicio de las Administraciones públicas y su relación con las Administraciones Públicas en las que prestan sus servicios quedan fuera del ámbito de conocimiento de los órganos de la jurisdicción social y sometido al conocimiento de la jurisdicción contenciosa.

El art. 2.a) LRJS determina que el orden social es competente para conocer los litigios que se susciten "entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo" por lo que el ámbito material de esta atribución queda determinado por el ámbito de aplicación del ET, que en su art. 1.3.a) excluye "la relación de servicio de los funcionarios públicos, así como la del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público", que se regirán por normas administrativas o estatutarias. Desde el punto de vista sustantivo, quedan fuera de la "rama social del derecho" a la que se refiere el art. 9.5 LOPJ y el art. 1 LRJS, las pretensiones que se ejerciten por los funcionarios públicos o personal estatutario frente a las Administraciones públicas, a propósito de esas relaciones de servicio, que serán conocidas, con carácter general, por los órganos de lo contencioso-administrativo.

Sin embargo, el régimen jurídico del derecho de libertad sindical y del derecho de huelga (su contenido, alcance, ejercicio y regulación) pertenecen, sin lugar a dudas, a la rama

social del derecho, para cuyo conocimiento son competentes los órganos del orden social. Dentro de los derechos del personal funcionarial y asimilado hay que distinguir entre los derechos de carácter individual regulados por la legislación administrativa[137] y los derechos de carácter colectivo (denominados por la propia normativa como derechos individuales ejercidos colectivamente), que en parte se regulan por la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas[138]. Y decimos en parte, porque esta última norma no incluye el derecho de libertad sindical, que resulta regulado de manera general y unitaria para funcionarios públicos y para personal en régimen laboral en la LOLS, a los que considera "trabajadores" a los efectos de dicha ley en su art. 1.2. A pesar de ello, desde la LPL de 1990 se viene excluyendo del orden social el conocimiento del derecho de libertad sindical y del derecho de huelga de los funcionarios públicos.

Esta excepción fue objeto de numerosas críticas desde un primer momento, comenzando por el cuestionamiento de su constitucionalidad. La LBPL y el art. 3.c) de la LPL de 1990 que cumple con la delegación legislativa de aquella, fue tachada de inconstitucional, ex art. 28.2 LOTC, al resultar contraria al art. 9.5 de la LOPJ y 1.2 LOLS, ya que contradecía la regulación unitaria del derecho de libertad sindical (y por tanto de desarrollo del precepto constitucional que lo regula) que se realiza con independencia del carácter del agente pasivo de la lesión y del tipo de relación de servicio que uniera a este con el sujeto activo de la misma[139]. Se hace residenciar la inconstitucionalidad de la excepción en el carácter eminentemente social de la materia sindical, así como por el carácter orgánico de su regulación que no podría, por tanto, ser objeto de contradicción por la normativa procesal. No obstante, el Tribunal Supremo, al pronunciarse sobre la necesidad de plantear la cuestión de constitucionalidad respecto a la Base Primera de la Ley 7/1989 y del art. 3.c) LPL, 1990, en sentencia de 5 de octubre de 1995 consideró que la necesidad de dar "un tratamiento unificado en un texto legal único al derecho de libertad sindical, de modo que incluya el derecho de sindicación de los funcionarios públicos a que se refiere el art. 103.3 de la C.E., no vincula en modo alguno los conflictos en torno a la libertad sindical al orden social, ya que el único artículo de la LOLS que se refiere a la

[137] Regulados en el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, para el personal funcionario y el artículo 17 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, para el personal estatutario de los servicios de salud.

[138] Así, los derechos de negociación colectiva, de participación en la determinación de las condiciones de trabajo y de reunión.

[139] Vid. CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., "La problemática delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de la jurisdicción: criterios de delimitación", en AAVV, *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXIV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 55. Para el autor la exclusión del entonces artículo 3.c) de la LPL de 1990 sería contraria a la LOLS e incluso al principio de igualdad, si bien con menor claridad en este último caso.

competencia jurisdiccional, su artículo 13, ni siquiera atribuye la competencia a la jurisdicción social, sino a la jurisdicción competente"[140].

Junto al argumento de la inconstitucionalidad, la crítica más frecuente de esta excepción alude al criterio de atribución competencial utilizado, que no está basado en la materia o el objeto litigioso (que el asunto pertenezca o no a la "rama social" del derecho), sino en la naturaleza del acto que se impugna (acto administrativo) y en quienes sean los sujetos activos y pasivos de la lesión (la Administración pública como agente activo causante de la lesión y el personal funcionarial y estatutario como agente pasivo de la misma)[141].

El criterio de atribución de competencias del orden social tradicionalmente ha sido el de la materia, mientras que la atribución de competencias en la jurisdicción contencioso-administrativa se ha realizado en función del acto que se impugna. El carácter administrativo o no del acto se determina por la calidad de los sujetos que intervienen y la naturaleza de su regulación[142](actos de la administración pública dictados en cumplimiento de normas de carácter administrativo).

Y así se ha realizado en este supuesto, haciendo prevalecer la calidad de los sujetos intervinientes, obviando el contenido del acto (la pretensión de tutela de la libertad sindical) y rompiendo así la unificación "expresa" que realiza la legislación sustantiva al regular la materia sindical.

La exclusión de competencia del orden social para conocer de estos pleitos por razón de la naturaleza pública del empleador carece de justificación, pues "también concurre esta cualidad cuando el titular del derecho presuntamente lesionado es un trabajador que mantiene una relación laboral con la Administración y, pese a ello, la competencia la retienen los tribunales sociales"[143].Y si en materia de libertad sindical y huelga se ha roto la unidad de fuero en detrimento del orden social y a favor del contencioso-administrativo no ha ocurrido así en materia de prevención de riesgos laborales, ámbito en el que el criterio ha sido el opuesto.

---

[140] Vid. a propósito de la fundamentación de dicha sentencia, CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela...* cit., pág. 109. Para el autor el hecho de que una misma norma, la LOLS haya establecido una regulación unitaria con independencia del carácter de la relación de servicio de sus destinatarios no implica que haya de ser un solo orden jurisdiccional el que conozca de todos sus aspectos y sin que quepa deducir sin más del artículo 13 de la LOLS y su referencia en singular a la "jurisdicción competente", la existencia de prohibición alguna de la pluralidad de jurisdicciones.

[141] Así lo han manifestado entre otros, SALA FRANCO, T., "Las relaciones laborales en el sector público", en AAVV, *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público,* cit*.,* pág. 342.; VALDES DAL-RÉ, F., "El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales", en AA.VV., *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral,* Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid,1991, págs.478 y 479 y CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., "La tutela de la libertad sindical en la función pública" en *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública,* Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Instituto Andaluz de Administración Pública, Huelva, 1989, pág. 259.

[142] MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas*... cit., pág. 39.

[143] CAVAS MARTÍNEZ, F*., El proceso laboral....* cit*.,* pág. 112.

La LRJS ha dado un paso más en el sentido de atribuir al orden social el conocimiento de todas las cuestiones litigiosas que surjan sobre las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, pasando a ser la jurisdicción que conoce de ellas "con carácter pleno"[144], de conformidad con el art. 2.e) LRJS. En materia preventiva de los riesgos laborales y a diferencia de la solución adoptada en materia de tutela de la libertad sindical y del derecho de huelga de los funcionarios públicos, se ha optado por aplicar el criterio delimitador de competencias de tipo objetivo (contenido jurídico-laboral de la materia) y no el subjetivo (carácter público del empleador y tipo de vínculo subyacente con el empleado) y ello incluso "rompiendo la unidad de fuero a favor del contencioso administrativo que domina en materia de responsabilidad patrimonial de la administración"[145]; pues también serán los órganos de lo social competentes para conocer de la responsabilidad por daños sufridos a consecuencia del incumplimiento de la normativa preventiva de riesgos en el trabajo por parte de la Administración. Dicha solución evita los indudables problemas prácticos que se planteaban y daban lugar a un indeseable "peregrinaje de jurisdicciones" (entre los juzgados civiles, contencioso y social) en esta materia. Con la atribución de la misma a una única jurisdicción se consigue mayor seguridad jurídica, al evitar escindir en distintas jurisdicciones las impugnaciones sobre aspectos y cuestiones concurrentes en materia de riesgos laborales, al tiempo que "una mayor calidad en las respuestas judiciales al resolverse por órganos cada vez más especializados en dichas materias"[146].

---

[144] CASAS BAAMONDE, E., "Jurisdicción y competencia del orden social…" cit., *pág. 46*: "la asignación expresa de la materia preventiva a las atribuciones competenciales de la jurisdicción social lo es "con carácter pleno", incluyendo a los funcionarios y personal estatutario de los servicios de salud [arts. 3 LPRL, 14.l) TREBEP, 17.1.d) EMPESS."

[145] Vid. QUINTANA LÓPEZ, T. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., "Límites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social", *Revista Jurídica de Castilla y León,* nº 26, Junta de Castilla y León, 2012, pág.87. Edición electrónica disponible en http://www.jcyl.es/revistajuridica

[146] Vid. STS (Social) de 24 de junio de 2019, rcud. 123/2018. Declara la competencia del orden jurisdiccional social en materia de prevención de riesgos laborales, incluso en los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones en materia de salud laboral por el Consejo General del Poder Judicial, respecto de Jueces y Magistrados y ello a pesar del "fuero especial", establecido por el art. 638.2 LOPJ para los acuerdos de la Comisión Permanente del CGPJ, a favor de la Sección especial de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo. Resulta de especial interés dicha sentencia (que cuenta con dos votos particulares) pues continúa manteniendo la figura del Juez social como "Juez garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos por tales incumplimientos", así como la atribución plena de competencia al orden social en materia de riesgos laborales y ello a pesar de la modificación operada en la LOPJ por la L.O. 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, norma "orgánica" y "posterior" a la LRJS. A pesar de ello, no se considera que dicha ley haya "vaciado de contenido" las competencias en materia de riesgos laborales ex artículo 2. e) LRJS, cuando interviene la Comisión Permanente del C.G.P.J. En la mencionada sentencia se hace referencia a la conversión del orden jurisdiccional social en el" orden especializado, de manera realmente exclusiva y excluyente, para el conocimiento unificado de las materias afectantes a riesgos laborales en sentido amplio, directamente o por conexión" y "con amplia afectación de colectivos que no siempre pueden ser calificados de trabajadores y/o de empresarios en sentido técnico". Véase también el Auto de fecha 6 de mayo de 2019, núm. 22/2018, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo: "la nueva perspectiva introducida por la LRJS, que racionaliza la competencia en el ámbito de las relaciones laborales, permite afirmar que compete a la jurisdicción social cualquier impugnación frente a la actuación de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales, aunque el afectado sea un funcionario público, según el art.2. e) LRJS".

Los mismos argumentos que se utilizan para justificar la atribución al orden social del conocimiento de las pretensiones sobre aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales nos llevan a censurar esa escisión jurisdiccional en materia de libertad sindical y huelga de los funcionarios públicos, y no solo desde el punto de vista teórico, sino por los evidentes problemas prácticos que conlleva. Dada la asimilación que realiza el art.1.2 LOLS del personal funcionario a la persona trabajadora "a efectos de dicha ley", no cabe duda de que el Título IV de la misma (sobre la acción sindical) es plenamente aplicable a los funcionarios públicos. De hecho, el art. 8 LOLS se refiere a las secciones sindicales de los sindicatos con presencia "en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas"[147]. Por tanto, las secciones sindicales de los organismos y entes públicos podrán estar integradas, de forma mixta, por todo el personal afiliado al sindicato, ya sea este funcionario o personal laboral[148]; los representantes de esas secciones sindicales mixtas (delegados o portavoces) podrán ser funcionarios públicos o personal laboral; las acciones de los mismos podrán implicar tanto a uno como a otro tipo de personal y, por último, las decisiones de la Administración podrán afectar indistintamente a ambos colectivos, funcionario y laboral[149]. A pesar de que es más que evidente ese discurrir "entrelazado" de la actividad sindical en los organismos públicos, en la práctica, dichos colectivos deberán recurrir ante unos mismos hechos a jurisdicciones distintas para la tutela de su libertad sindical, con el riesgo de resoluciones contradictorias.

Adviértase que los anteriores problemas no se producen en el ámbito de la prevención de riesgos laborales respecto de los órganos de representación de las personas trabajadoras en la materia (Delegados de Prevención y Comités de Seguridad y Salud), pues con arreglo al Preámbulo de la LRJS "se asigna al orden social la competencia sobre las cuestiones relativas a los órganos de representación de personal en materia relacionada con la prevención de riesgos en el trabajo, a través, en su caso, de los Delegados de Prevención y los Comités de Seguridad y Salud, con independencia del tipo de personal que intervenga en su designación o composición"[150]. Ninguna duda cabe del carácter

[147] SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 159. Los autores se refieren a la falta de técnica normativa de la LOLS: "Ello no obstante, no siempre la LOLS es consciente del doble ámbito de aplicación —funcionarial y no sólo laboral— de sus preceptos, siendo una normativa técnicamente deficiente que necesita de interpretaciones no sólo por sus ambigüedades sino también por sus olvidos o ausencias."

[148] SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *últ. op. cit.,* pág.169. Algunas sentencias, sobre todo en el orden contencioso se mostrarían contrarias al carácter mixto de las secciones sindicales, así la STS (CA) de 13 de marzo de 1991, rec. 237/1989: "una vez promulgadas las normas correspondientes no es posible mezclar las respectivas (se refiere a las representaciones sindicales de trabajadores y funcionarios) al antojo de cada cual". En el mismo sentido, la STS (Contencioso) de 23 de diciembre de 2002, rec.4944/1999.

[149] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela...,* cit., pág. 113.

[150]SALA FRANCO, T., "La prevención de riesgos laborales respecto del personal laboral de las administraciones públicas", en BLASCO PELLICER, A. y LÓPEZ BALAGUER, M. (Dirs.): *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 664-667, sobre la aplicación de la LPRL en el sector público y las especialidades de los Delegados de Prevención y el Comité de Seguridad y Salud.

mixto de dichos órganos, pues los Delegados de Prevención serán designados por los representantes unitarios de personal y entre los funcionarios y funcionarias miembros de la Junta de personal y el personal laboral miembro del Comité de empresa o delegados de personal. [151]. Si no resultare posible de esta forma completar el número de delegados y delegadas de prevención podrán ser elegidos entre los delegados sindicales. A pesar de este carácter mixto, la competencia lo será del orden social sea cual fuere la clase de personal que intervenga en su composición.

Tal es la atracción al fuero social cuando están "en juego" pretensiones de protección de la salud y seguridad laboral, que incluso este criterio ha prevalecido sobre el subjetivo de protección de tutela de la libertad sindical, en ciertos supuestos, como en el acoso a personal funcionario o asimilado o en la negativa al reconocimiento del derecho del sindicato accionante a tener un representante en el Comité de Seguridad y Salud.

Así, la STS de 22 de noviembre de 2017, rcud. 230/2016 considera que la jurisdicción competente es la social en el caso enjuiciado, en el que se solicita la tutela del derecho de libertad sindical de los sindicatos demandantes (Sindicato Único de Sanidad e Higiene de la Comunidad Autónoma de Madrid- S.U.S.H y Sindicato de Sanidad de Madrid-CGT), al no haberles sido reconocido el derecho a tener un representante en el Comité de Seguridad y Salud del Hospital 12 de octubre. Considera la Sala que, en estos casos, no se trata de la violación de la libertad sindical en abstracto, sino de la lesión de ese derecho con la consiguiente exclusión de los sindicatos a formar parte del Comité de Seguridad y Salud, es decir, del órgano que vela por la prevención de riesgos laborales, entorpeciendo esta labor, por lo que nos situamos en el ámbito de la materia de riesgos laborales con la consiguiente competencia exclusiva de los juzgados sociales[152].

Por tanto, en los casos en los que la violación del derecho de libertad sindical de los recurrentes se haya producido con ocasión o en relación al ejercicio del derecho a la

[151] Véase el artículo 5 y siguientes del Real Decreto 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado.

[152] Como indica la mencionada sentencia: "el engarce que existe entre el ejercicio de la libertad sindical por los sindicatos demandantes y la defensa de la seguridad y salud de sus votantes y demás empleados en ese centro, da lugar a que estemos ante un pleito en materia de riesgos laborales y a que la competencia sea exclusiva del orden social de la jurisdicción, conforme al art. 2-e) de la LJS, cual ha declarado también esta Sala en sus sentencias de 8 de julio de 2014 (rec. 282/2013) y 14 de junio de 2017 (rec. 130/2016) de forma más concreta". En el mismo sentido, la STSJ de Madrid de 5 de febrero de 2021, rsu. 771/2020 , en la que se produce el cese de los delegados sindicales del sindicato accionante antes de la expiración de su mandato en Junta de Personal, con la única finalidad de excluir como delegados de prevención a los ya existentes que habían sido propuestos y estaban afiliados al sindicato y sustituirlos por los que fueran propuestos por los demás sindicatos. El TSJ considera que negar a la cuestión planteada la naturaleza de materia propia de la prevención de riesgos laborales supone asumir un criterio excesivamente reduccionista de esta última "… ya que por prevención de riesgos laborales no es posible entender solamente aquellos aspectos que se anuden específicamente al cumplimiento de los derechos y obligaciones atinentes a la protección y vigilancia de la seguridad y salud de los trabajadores", sino también "cuanto esté conectado con el control de la debida satisfacción de la normativa -legal, reglamentaria y también de índole convencional- sobre prevención de riesgos laborales, y en este extremo no cabe duda que la designación y extinción del mandato de los Delegados de Prevención como miembros del órgano colegiado y paritario de representación en la expresada materia participa de la naturaleza indicada".

protección de la seguridad y salud laborales, impidiéndolo, lesionándolo u obstaculizándolo, la competencia para conocer de la tutela solicitada es de la jurisdicción social, ya se dirija la pretensión frente al empresario, Administración pública o frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente en materia de prevención de riesgos laborales (como pueden serlo otros sindicatos, miembros de la Junta de Personal, otros delegados de prevención…)[153].

Y esta misma línea, de atender al criterio objetivo (por razón de la materia) para la delimitación competencial entre ambos órdenes contencioso y social, cuando se encuentren implicados la Administración pública y su personal funcionarial o estatutario es la aplicada en supuestos de acoso en el ámbito de la Administración pública[154]. Las pretensiones de tutela frente al acoso de funcionario público y personal asimilado se sustancian actualmente a través del proceso de los arts. 177 a184 de la LRJS (modalidad procesal prevista para la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas), si bien con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS, las demandas sobre acoso cuando el acosado era empleado público debían tramitarse ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Tras la entrada en vigor de la LRJS y la consideración del juez social como juez en materia preventiva, en el caso de situaciones de acoso en el ámbito de la Administración pública y con independencia de la naturaleza laboral o funcionarial de la víctima, la jurisdicción competente ha pasado a ser la social, de conformidad con el apartado e) del art. 2 LRJS. En materia de acoso, en concreto, se ha venido a afirmar que las conductas acosadoras lo que no cabe duda es que constituyen, "en todo caso", una vulneración de los derechos de la persona trabajadora vinculados a las condiciones del trabajo, y por tanto a la normativa de prevención de riesgos laborales[155], de modo que con independencia del tipo de personal afectado, la cuestión litigiosa giraría en torno a la infracción de la normativa preventiva[156].También es competente la jurisdicción social (y

[153] Cfr. la ya citada STSJ de Madrid de 5 de febrero de 2021, rsu. 771/2020.

[154] MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "La competencia del orden jurisdiccional social en la materia de seguridad y salud en el trabajo", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº138, 2018, pág. 535: "En este sentido se ha considerado que todo acoso laboral en el ámbito de la Administración Pública es consecuencia de una falta de diligencia por parte de ésta, ya que tiene la obligación de velar por la seguridad y protección física, psíquica y moral de sus trabajadores en el ámbito empresarial". Vid. también DOGANOC DE LEON, M**.,** **"**Orden jurisdiccional competente en materia de acoso laboral a un funcionario público", *Actualidad Administrativa, Nº 9, Sección Personal y Recursos Humanos*, Wolters Kluwer, 2017. Orden jurisdiccional competente en materia de acoso laboral a un funcionario público

[155] SALINAS MOLINA, F*, "*La nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*-CEF, núm. 395, febrero 2016, pág. 135.

[156] Véase las SSTS de 28 de septiembre de 2017, rcud. 3017/2015, de 1 de marzo de 2018, rcud. 1422/2016, de 11 de octubre de 2018, rcud. 2605/2016, de 5 de mayo de 2021 rcud. 1634/2019, de 19 de julio de 2021, rcud. 2282/2020 o de 10 de noviembre de 2021, rcud. 2061/2019. En todas ellas, la Sala Cuarta ha declarado expresamente que "la jurisdicción social es la competente para conocer de demandas de personal funcionario o estatutario en la que denuncian situaciones de acoso laboral que se relacionan con incumplimientos por parte de las entidades empleadoras de la legislación de prevención de riesgos laborales".

no solo en el contexto de una situación de acoso) cuando se ejercite una acción tendente a exigir el cumplimiento de la normativa en materia de seguridad por inactividad u omisión del empleador, alegando vulneración de otros derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física o moral-art. 15 CE) aun cuando el afectado fuera funcionario público o asimilado[157].

Ahora bien, tanto en las demandas por acoso de personal funcionario o asimilado, como en aquellas en las que solicite la tutela de otros derechos fundamentales de ese mismo personal, el criterio de atribución de competencia a la jurisdicción social radica en que se "aduzca expresamente el incumplimiento de la legislación de prevención de riesgos laborales"[158]. En caso contrario, la acción en reclamación por acoso o de tutela de derechos fundamentales de dicho personal será conocida por la jurisdicción contenciosa[159].

Procede hacer referencia a la decisión de la Sala de Conflictos de competencia del TS, en auto núm. 12/2019, de 6 de mayo de 2019, que declara la competencia de la jurisdicción social (y no de la jurisdicción contencioso- administrativa) en el supuesto de demanda promovida por funcionaria pública en solicitud de reconocimiento del carácter profesional de su incapacidad temporal, por origen en el acoso laboral sufrido y que, a su entender, se desarrolló por la inactividad de la Administración pública en materia de prevención de la seguridad y salud de las personas trabajadoras y que indica: "con independencia del grado de concreción de esa argumentación (se refiere a la invocación de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales), en especial, de cuales fueron dichas infracciones, lo cierto es que, a los solos efectos de determinar la competencia, dicha invocación de la normativa de prevención de riesgos laborales (…) justifica en este caso, por aplicación del art. 2. e) LRJS considerar competente al orden social, sin que a la vista de las circunstancias concurrentes, sea posible excluir su competencia con base en el art. 3.f) LRJS".

---

[157] Véase la STS de 22 de abril de 2021, rco. 94/2020, en la que se ejercita demanda por el sindicato ERNE de funcionarios/as de la Ertzaintza por vulneración de su derecho a la integridad física ante el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco, al no haberles proporcionado mascarillas, gafas y guantes desechables, según los Protocolos de Sanidad. Se declara la competencia del orden social pues el sindicato demandante articula su pretensión en la infracción de normas de prevención de riesgos laborales cuya omisión ha generado riesgo grave a la integridad física del personal de la Ertzaintza.

[158] El TS en sentencia de18 de mayo, rcud. 624/2019, en relación al acoso de personal estatutario establece que el criterio de atribución competencial radicaría en el incumplimiento de normas en materia de prevención de riesgos laborales por parte de la entidad empleadora, pues en otro caso, la pretensión quedaría "…fuera del artículo 2 e) LRJS y dentro de la órbita del artículo 2 f) LRJS, que se circunscribe -señala la STS (4ª) 544/2018, 17 de mayo de 2018-al personal laboral". También, en idéntico sentido, respecto al acoso de personal funcionario se pronuncian las SSTS de 17 de febrero de 2021, rcud. 129/2020, de 18 de febrero de 2021, rcud. 105/2020 y la de 5 de mayo de 2021, rcud 1634/2019, que aplica la doctrina sentada en las dos anteriores.

[159] STS de 17 de mayo de 2018, rcud 3598/2016 declaró la falta de competencia del orden jurisdiccional social porque en el supuesto enjuiciado de acoso de personal estatutario se accionaba para la protección de un derecho fundamental, pero no se reclamaba por la infracción de la legislación de prevención de riesgos laborales.

Con posterioridad, el Pleno de la Sala del TS, en sentencia de 24 de junio de 2019, rcud. 123/2018, declaró la competencia de la jurisdicción social para conocer, aunque afecten a jueces y/o magistrados, de todas las cuestiones litigiosas que se promuevan para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales.

La competencia de la jurisdicción social también ha sido confirmada, a raíz de la situación de crisis sanitaria generada por la pandemia del coronavirus SARS-CoV-2 sufrida en 2020, a propósito del ejercicio de acciones por parte del personal funcionario y estatutario a través de sindicatos constituidos exclusivamente en defensa de sus intereses y en denuncia de la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida e integridad física (art. 15 de la C.E.) por la omisión de medidas de prevención por la Administración, al no proporcionarles equipos de protección individual y enseres previstos en los protocolos sanitarios (falta de mascarillas, guantes desechables, gafas, contenedores de residuos, test de detección Covid…). En ellas se ha declarado igualmente la competencia de los órganos sociales en aplicación de dicho criterio: la articulación de la acción en torno a la infracción de la legislación en prevención de riesgos en el trabajo, pues dicha infracción se encuentra en la base de la vulneración del derecho fundamental, constituyendo su causa última.

La atracción de la cuestión a la jurisdicción social se encuentra vinculada a la existencia de infracción de la normativa de prevención (en cuanto que causa de la lesión del derecho fundamental), por lo que en el supuesto de alegación de lesiones de varios derechos fundamentales, vinculados a una situación de discriminación (muy frecuente cuando se trata de situaciones de acoso) se ha considerado que los tribunales laborales son los competentes para pronunciarse sobre esta situación y los daños y perjuicios asociados al mismo. Aunque algún TSJ ha considerado que la competencia del orden social lo era exclusivamente para pronunciarse sobre las pretensiones relacionadas con el incumplimiento de la normativa preventiva y sus efectos, pero debía abstenerse de pronunciar sobre el resto de las pretensiones como el acoso, la discriminación o las represalias sufridas, que debían sustanciarse ante la jurisdicción contencioso administrativa[160], dicha sentencia fue casada y anulada por STS de 18 de mayo de 2022, rcud. 624/2019, declarando que la jurisdicción competente es la social para conocer "de las demandas de acoso laboral que se relacionan con el incumplimiento de la legislación de prevención de riesgos laborales por parte de la entidad empleadora".

[160]STSJ del País Vasco de 20 de septiembre de 2018, rsu. 1339/2018, que se declara incompetente “para el conocimiento de las pretensiones ejercitadas relativas a la discriminación de la actora y represalias por su maternidad y a la concurrencia de acoso laboral, así como a la relativa a la asignación a la actora de tareas asistenciales equiparables a la de sus compañeros”, pero sí a las cuestiones relativas al “incumplimiento por la entidad demandada de las obligaciones (…) que le resultaban exigibles en materia de seguridad y prevención de riesgos laborales” y el abono de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de ese incumplimiento.

Como se puede comprobar no son pocos los problemas y fricciones que la excepción del art. 3.c) LRJS continúa produciendo, al haberse mantenido la dicción del art. 3.1.c) LPL y perpetuado así los inconvenientes del mismo. No obstante, dicha excepción tiene a su vez excepciones ("excepción a la excepción") que la delimitan, que son consecuencia de la interpretación restrictiva de la misma y que se expondrán, no sin antes hacer referencia al derecho de huelga de los funcionarios públicos y su atribución competencial a la jurisdicción contenciosa.

1.2. EL DERECHO DE HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Junto al derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos se excluye también de la jurisdicción social la tutela de su derecho de huelga, lo que resulta coherente con la actitud del legislador de asignar a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de los derechos colectivos funcionariales.

No obstante, en su día se planteó la existencia de un desajuste entre el mandato de la Base Primera de la LBPL de 1989 y la LPL de 1990, al haber cometido esta última un exceso ("ultra vires") en su regulación, excediéndose de los términos de la delegación encomendada, al excluir del conocimiento de la jurisdicción social la tutela, no solo del derecho de libertad sindical, sino también el de huelga de los funcionarios públicos.

El Tribunal Supremo anularía el art. 3.c) LPL, 1990 por contradecir la ley delegante, al no incluir el derecho de huelga y no estar este expresamente comprendido dentro la libertad sindical de conformidad con el art. 2.1 LOLS, de modo que "el precepto impugnado iba más allá de los límites previstos en la base que le sirve de fundamento, por lo que debería ser anulado".

A todo ello cabe objetar, en primer lugar, la íntima relación entre el derecho de libertad sindical y el de huelga, que junto a la negociación colectiva y a la promoción de conflictos se considera integrado en el contenido esencial del derecho de libertad sindical según el Tribunal Constitucional, constituyendo manifestaciones imprescindibles y necesarias de la actividad o acción sindical, así como la reiteración que de dicha exclusión realizaría posteriormente la LPL de1995. Por su parte, el legislador impondría nuevamente su criterio sobre el del Tribunal Supremo con la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa[161].

1.3. ALCANCE Y LÍMITES DE LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 3. C) DE LA LRJS

[161]Vid. QUINTANA LÓPEZ, T. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., *op.* cit., págs. 120 y 121. Para estos autores actuando el legislador "con una deplorable técnica legislativa cada vez más extendida, reactiva frente a criterios precedentes del tribunal supremo, cuando tales pautas interpretativas no son del gusto del legislador". Por su parte, CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela....* cit., pág. 115, hace notar que el artículo 3.1.a) LPL, 1995 es fruto de una ley emanada del Parlamento- la LJCA- y no de instrumento de delegación legislativa, no existiendo ya una Ley de Bases respecto de la que hablar de extralimitación. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Distribución y delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la jurisdicción contenciosa,* Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 344 y 345.

1.3.1. Lesiones de la libertad sindical que afectan directamente a un sindicato

El art. 3.c LRJS exceptúa del conocimiento de la jurisdicción social las pretensiones de tutela del derecho de libertad sindical y huelga de funcionarios públicos y asimilados. En una primera delimitación de esta excepción, las pretensiones que quedan excluidas son aquellas de carácter individual, cuando el sujeto pasivo de la lesión sea un funcionario público, no cuando lo sea un sujeto colectivo o sindicato. Y ello por los propios términos literales de la redacción del artículo que habla de "tutela relativa a los funcionarios públicos, personal estatutario de los servicios de salud y al personal a que se refiere la letra a) del apartado 3 del art. 1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores". Con independencia del sujeto activo de la lesión, que sigue siendo una Administración pública, la excepción ha de interpretarse en sus estrictos términos y solo cuando el sujeto pasivo de la lesión sea un funcionario público o asimilado queda la tutela sujeta al conocimiento de la jurisdicción contenciosa; mientras que cuando afecte a sujetos distintos, como un sindicato o sujeto colectivo, el conocimiento corresponde al orden social[162].

Ello ha de entenderse así siempre y cuando el sindicato actúe en nombre e interés propio, es decir, cuando la lesión le afecte "directamente" porque el mismo tenga un interés real y actual en el litigio y no afecte directamente (o solo lo haga indirectamente) a las personas afiliadas al mismo. Este es el criterio apuntado por el TS y reiterado por los Tribunales Superiores de Justicia, a propósito de la competencia del orden jurisdiccional social en estos casos, que no es otro que el hecho de que la tutela de la libertad sindical "afecte directamente al sindicado accionante como organización" [163] y "solo indirectamente a las personas asociadas a los mismos, cualquiera que sea la relación que mantengan con la Administración".

No resulta clara ni fácil la línea de separación entre las lesiones "directas" al sindicato e "indirectas" a sus afiliados y aquellas otras lesiones que afectan de manera "directa" en el derecho de libertad sindical de los afiliados y afiliadas al sindicato.

[162] GÁRATE CASTRO, J, *op.* cit., pág.30. El autor se refiere a la "afectación directa e inmediata" de la lesión al funcionario público o asimilado como presupuesto de la incompetencia del orden jurisdiccional social.

[163] Vid. STS de 22 de octubre de 1993, rcud. 2273/1992, a propósito de la reclamación de tutela planteada por un sindicato que fue excluido de un acuerdo de condiciones de trabajo aplicable a funcionarios públicos, personal estatutario y trabajadores, concluido entre la Administración pública y otros sindicatos, en el que se prevé una cláusula que concede una compensación económica a los firmantes, por la mera firma del acuerdo. En este caso, el Alto Tribunal considera que el sindicato accionante actúa como tal sindicato, tratándose dicha exclusión de una lesión directa al mismo. Como indica la sentencia, la conducta de la Administración "contiene un tratamiento desigual entre Sindicatos suficientemente representativos en cuanto atribuye una compensación económica a los sindicatos firmantes, primando a aquellos que han firmado el Acuerdo, frente a los que legítimamente se opusieron a ello en uso de su libre actividad y estrategia sindical". Por lo que se deduce que el ataque lo es al derecho de libertad sindical del "sindicato" como tal, en el ejercicio de su actividad sindical, al negarse a la firma del acuerdo por motivos de acción y estrategia sindical.

Cuando el sindicato sufre una lesión de la libertad sindical y esta proviene de una Administración pública, la delimitación de competencias se torna compleja. Cuando se trate de negativa o limitaciones de derechos consistentes en disponer de un local sindical, de un tablón de anuncios o el derecho a convocar asambleas o reuniones en el centro de trabajo, los tribunales laborales suelen resolver estos asuntos "sin plantearse su falta de competencia"[164]. En estos casos, la reclamación del sindicato tiene fundamento "en su condición de organización sindical" exclusivamente, sin actuar en defensa de intereses específicos funcionariales (lo que resulta claro dada la naturaleza de los derechos que se lesionan[165]) y frente a actos de la Administración pública en los que esta última actúa en calidad de "empleadora" y en el mismo sentido en el que pudiera hacerlo un empresario privado; no frente a un acto de la Administración pública sujeto al Derecho administrativo.

Más conflictiva es la delimitación de competencias entre ambos órdenes cuando la Administración pública interviene en calidad de poder público, por ejemplo cuando la negativa lo es a que un sindicato participe como interlocutor en las mesas de negociación con las Administraciones Públicas[166] o la conducta supone la obstaculización de la participación institucional de un sindicato o la negativa versa sobre la participación en un reparto de subvenciones[167]. De dichos problemas advierte la SAN de 14 de julio de 1998, proc. 6/1998, en la cuestión planteada por el Sindicato ACAIP (Agrupación de los Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias) contra la Dirección General de Instituciones Penitenciarias por la negativa de esta última a permitirle la participación en la mesa de negociación: "acotar el orden jurisdiccional competente y pertinente para la tutela del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos no es tarea fácil, pues ni la doctrina ni la Jurisprudencia se han mostrado unánimes"[168].Y continúa la

[164] Vid. MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos fundamentales...* cit*.,* pág. 45. La demanda de un sindicato por la negativa de la Administración Pública, en este caso el Ministerio de Defensa, del permiso para convocar una asamblea general de trabajadores en el interior del establecimiento militar en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 4 de septiembre de 2001, rsu. 2225/2001, es conocida por la jurisdicción social sin plantearse incompetencia de jurisdicción.

[165] El sindicato intervendría en estos casos, tal y como indica la STSJ de Murcia de 10 de diciembre de 2001, rsu 681/2001, en su condición de "garante de los intereses generales de los trabajadores, incluyendo tanto a funcionarios como a trabajadores asalariados, sin limitarse a interesar la tutela jurisdiccional de un concreto funcionario público", a propósito de los desalojos y traslados de los locales para uso sindical y la vulneración del derecho de libertad sindical del sindicato demandante.

[166] Las principales cuestiones que se plantean en estos casos que impiden la participación de un sindicato en las mesas de negociación vienen siendo la falta de reconocimiento de su representatividad o la existencia de pactos de otro sindicato con la Administración para evitar la participación. Vid. Maneiro Vázquez, Y*, La tutela de los derechos fundamentales...* cit*.* pág. 46.

[167] Vid. GÁRATE CASTRO, J., *op.* cit*.,* pág. 31: "En fin, la afectación directa del sindicato y la excepción de la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo aparecen nuevamente unidas cuando se impugna como organización sindical, sin actuar en defensa de intereses específicos funcionariales, la oposición a reconocer el derecho a la participación institucional de un sindicato en el órgano rector de una unidad de un ente público; o la denegación de la participación en una subvención destinada a sindicatos en general e incluida en sus presupuestos por la Administración pública demandada".

[168] A ello hay que añadir las dificultades en la delimitación de las áreas que comprenden el interés individual y colectivo que, como indica el Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 18 de febrero de 1994, rcud.

sentencia tratando de establecer un criterio para ello, indicando que "el eje basilar para su determinación en ocasiones oscilante y en otras poco determinable, consiste en saber si nos encontramos ahora ante un acto de la Administración del Estado o ante un acto que se ha generado en el círculo interno de los sindicatos", para resolver el supuesto concreto aludiendo a que el problema se plantea "bajo el manto de un acto administrativo", pero bajo los auspicios del derecho sindical, al decidir sobre una contienda interna sindical, que, "por su propio contenido, está relacionada con el ejercicio del derecho de libertad sindical en el más amplio de los sentidos; pero que, a efectos competenciales, debe entenderse subsumida en el apartado h) del art. 2 de la Ley Procesal Laboral"

La situación se presenta meridianamente clara en los supuestos de sindicatos constituidos exclusivamente por funcionarios públicos, que resultan excluidos de las mesas de negociación[169]o negada su participación institucional. En estos casos, se atribuye su conocimiento al orden contencioso[170], pues la exclusión de la jurisdicción social abarca no solo la tutela de la libertad sindical de los funcionarios y funcionarias públicos singularmente considerados, sino también cuando se trata de impugnaciones de decisiones administrativas sometidas al derecho de la función pública, aun en el caso de afectar a organizaciones sindicales, si estas representan exclusivamente a personal funcionario o asimilados[171]. Así, se ha declarado competente al orden contencioso para conocer del conflicto originado por un acuerdo de la Administración que privaba a un sindicato constituido básicamente por personal funcionario de intervenir y formar parte de la negociación[172]. Y también se ha declarado la competencia de la jurisdicción contenciosa en la reclamación promovida por un sindicato para que la Delegación del Gobierno cumpliera sus obligaciones en relación con el proceso electoral sindical, referido a órganos de representación de los funcionarios públicos. Así, el auto del TSJ de

1735/1992, "es una materia compleja y delicada, al no existir fronteras claras entre una y otra, pues no están separadas por una línea definida sino que en gran medida pueden confundirse constituyendo en algunos casos una realidad dual que, pudiendo ser única, tiene distintas perspectivas o vertientes".

[169] SSTS de 28 de enero de 2004, rco. 51/2003, en la que el Sindicato de Empleados Públicos de Canarias demanda la tutela de su libertad sindical por haber negado la Administración su participación en la Mesa Sectorial de Sanidad de la Comunidad Autónoma. También, STS de 31 de enero de 2006, rco. 202/2004. Ambas declararon la incompetencia del orden social para conocer de demandas de tutela de libertad sindical interpuestas por sindicatos que solicitaban ser convocados a una mesa sectorial de negociación, al tratarse la negociación colectiva de los funcionarios públicos de materia regulada por el derecho administrativo (derecho de la función pública). Dicha competencia no se limita a "la impugnación de los acuerdos colectivos de la función pública por infracciones sustantivas o por vulneración de las reglas sobre la legitimación y el procedimiento de la negociación colectiva, sino que ha de extenderse a las pretensiones que tienden a reconocer una determinada posición en la negociación, como sucede con la pretensión de participar en las sesiones de la Mesa Sectorial de Sanidad".

[170] Vid. también STS de 6 de octubre de 2001, rco.49/2001.

[171] Véase la STS, de 8 de febrero de 1994, Sala 3ª, rec. 11682/1991, a propósito del reparto de subvenciones autonómicas entre las centrales sindicales, de la que queda excluida la central sindical CSIF. Si bien la ejecución presupuestaria es una actividad típica de los órganos administrativos sujeta al Derecho Administrativo, la cuestión litigiosa "…desemboca en definitiva en la ejecución de un concepto presupuestario, pero de modo inmediato se materializa en el ejercicio de un derecho sindical, cuyo contenido consiste en exigir la CSIF el no ser discriminada respecto a otras organizaciones sindicales que participen de la mencionada subvención presupuestaria".

[172] STS de 28 de diciembre de 1999, rco. 3994/1998.

Murcia, de 4 de diciembre de 2006, rsu 4/2006, alude al criterio delimitador consistente en la actuación del sindicato en defensa de intereses funcionariales: "la cuestión litigiosa viene referida a la celebración de elecciones en los órganos de representación de los funcionarios públicos, actuando el sindicato en defensa de intereses funcionariales"[173].

Además y tratándose de la participación de los sindicatos en las mesas de negociación, dichas dudas resultan plenamente superadas (ya se trate de sindicatos específicos de personal funcionarial o no), pues de acuerdo con la doctrina jurisprudencial consolidada es el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el que conoce de los litigios relativos a la negociación colectiva de los funcionarios públicos; entre ellos los derivados de la composición de las mesas de negociación[174].

1.3.2. Lesiones de derechos fundamentales del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas

El orden social está llamado a conocer de todas las discrepancias relativas al régimen jurídico del contrato de trabajo (común, especial o con peculiaridades), con independencia de las características de quien asuma la condición de empleador y al margen de la cualidad pública o privada de quien sea el receptor de la prestación de servicios, de conformidad con el art. 2. a) LRJS. Por tanto, todos los pleitos suscitados en torno al personal laboral al servicio de la Administración pública y otras entidades de derecho público cuyo objeto recaiga dentro de la rama social del derecho serán objeto de conocimiento por la jurisdicción social.

No obstante, siendo el sujeto empleador una Administración pública, el proceso de selección de personal laboral no resulta equiparable al que puede realizar una empresa o particular, puesto que debe estar regido por los principios constitucionales de mérito y capacidad (exigibles en el acceso a la función pública- art. 103.3 de la C.E- y aplicables a la selección de personal laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7 del TREBEP), de modo que ello convierte a la selección de personal en una actuación que supone el ejercicio de potestades administrativas sujetas al Derecho administrativo (y atribuibles, en principio. al orden contencioso, aun tratándose de personal laboral). A la luz de estas consideraciones venía diferenciándose entre una fase previa o preparatoria de selección y designación del personal laboral y otra fase posterior de desarrollo de la relación laboral entre la Administración y el personal laboral. Se partía de la distinción temporal entre la fase previa a la contratación (oferta de empleo público, convocatoria y sus bases, realización de las pruebas, dotación presupuestaria...) y el momento que surgía

[173] También SSTSJ de Castilla y León, de 18 de abril de 2007, rsu. 512/2007 y del TSJ de Aragón, de 7 de febrero de 2007, rsu. 1197/2006.
[174] SSTS de 6 de octubre de 2011, rco. 21/2011.

a partir de dicha contratación, en el que se desarrolla toda la dinámica del contrato de trabajo a partir de esa selección y designación[175].

Las incidencias que podían surgir en esa primera fase se venían atribuyendo a la jurisdicción contenciosa [176]y las segundas, al orden social. Se excluyen los supuestos de concursos de promoción interna (a los que solo pueden concurrir quienes ya son trabajadores de la Administración pública) pues en estos casos, al existir una previa relación laboral entre la Administración y los participantes en dicho proceso selectivo y desarrollarse con posterioridad a su contratación laboral y durante el curso de esta, la jurisdicción competente lo sería la social[177].

A partir de la entrada en vigor de la LRJS se modifica la solución otorgada a "los actos próximos, preparatorios y previos a la relación de trabajo" , a los que se pasa a considerar competencia del orden social, al tratarse de actos de las Administraciones públicas sujetas al derecho administrativo, pero "dictados en el ejercicio de potestades y funciones en materia laboral y sindical"[178].

Se declara como objetivo de la LRJS, según su Preámbulo " racionalizar la distribución competencial entre los órdenes jurisdiccionales en el ámbito de las relaciones laborales", concentrando la materia laboral, individual y colectiva y de Seguridad Social en el orden social [179]. El art. 2.n) LRJS atribuía al orden social el conocimiento de las "demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho

---

[175] STS (Sala 3ª) de 31 de octubre de 2000, rec. 3765/1996.

[176] Véase CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Competencia de la jurisdicción social en la doctrina de unificación*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 37. En la jurisprudencia, son múltiples las sentencias que recogen dicha doctrina. Véase la STS de 11 de julio de 2012, rcud 3128/2011, que cita a su vez la de 17 de julio de 1996: "la regulación administrativa es siempre prevalente, porque la actuación de la Administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo en los términos fijados en la Ley, y a someterse a procedimientos reglados de convocatoria y selección". Por su parte, la STS de 21 de diciembre de 2011, rco. 70/2011, referente a la provisión de puestos en el empleo público atribuyen de manera incuestionable al orden contencioso "el conocimiento de la impugnación de concursos de promoción externa (no interna) para la selección de personal laboral en las Administraciones públicas empleadoras, siendo competencia del orden social la impugnación de concursos internos".

[177] Véase la STS de 3 de marzo de 2011, rco. 91/2010 que declara competente a la jurisdicción social para conocer "el cumplimiento de acuerdos para la reubicación de efectivos personales ya existentes y no tratarse, por tanto, de entrada de personal laboral nuevo", en la que se incluye referencia a la doctrina jurisprudencial anterior, como las sentencias del TS dictadas en Sala General de fecha 4 de octubre de 2000 (rcud. 3647/98 y 5003/98), reiterada posteriormente por SSTS de 7 de febrero de2003 , rcud. 1585/02, 3 de mayo de 2006, rcud. 642/05 o 16 de abril de 2009, rcud.1355/2008.

[178] TODOLÍ SIGNES, A., "El orden jurisdiccional competente en materia de personal laboral al servicio las AAPP y otros entes del Sector Público, en especial, los conflictos en materia de acceso al empleo público" en SALA FRANCO, T. (Dir.), *Problemas actuales del proceso laboral. Homenaje al profesor José M. Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 106, se muestra "cauteloso" respecto a ese cambio de doctrina.

[179] Continúa la Exposición de Motivos: "De esta manera, se pretenden superar los problemas de disparidad de los criterios jurisprudenciales, dilación en la resolución de los asuntos y, en consecuencia, fragmentación en la protección jurídica dispensada. Estos problemas son incompatibles con los principios constitucionales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, así como con el funcionamiento eficiente del sistema socioeconómico".

Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional".

Sobre la base de este apartado n) del art. 2 LRJS se ha producido una evolución en la doctrina de la Sala Cuarta[180], considerando competente al orden social, por ejemplo, en cuanto a la interpretación e impugnación de las bases de una convocatoria de selección de personal laboral en la Administración pública, como en la STS de 11 de junio de 2019, rcud. 2153/2019 [181] y que culmina en el auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencias del TS de 12 de febrero de 2020, rec. 13/2019, que concluye que, "tras la entrada en vigor de la LRJS debiera desaparecer cualquier discordancia porque sus claros mandatos, en concordancia con los de la LRJCA, abocan a que los litigios como el presente deban ventilarse ante los Juzgados y Tribunales del Orden Social"[182].

La reforma de la LRJS operada por la Disposición final 20ª de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2022, reordena las letras f), g) y h) del art. 3 LRJS, que pasan a ser las letras g), h) e i) y añade una nueva letra f), que excluía del conocimiento de los órganos de la jurisdicción social "los actos administrativos dictados en las fases preparatorias, previas a la contratación de personal laboral para el ingreso por acceso libre, que deberán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo". Con ello, se volvía a la interpretación

[180] Véase las SSTS de 28 de abril de 2015, rcud. 90/2014 o la de 5 de octubre de 2016, rcud 280/2015, que al examinar la excepción de incompetencia de jurisdicción del orden social, en supuestos de actos o convocatorias de bolsas de trabajo de personal laboral indican que "esa doctrina de la Sala puede entenderse modificada por la entrada en vigor de la disposición contenida en la letra n), del art. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) ". En idéntico sentido, la de 11 de junio de 2019, rcud. 2153/2019 o la de 10 de diciembre de 2019, rcud. 3006/2017, que entienden modificada la doctrina de la Sala y competente a la jurisdicción social en cuestiones todas ellas consistentes en el derecho preferente del demandante a ser contratado según el puesto que ocupaba en la Bolsa de trabajo de personal laboral de una Administración pública. Hasta el año 2019, fecha de estas dos últimas sentencias, la jurisprudencia fue fluctuante, pues aún estando ya vigente la LRJS, se seguía atribuyendo la competencia al orden contencioso en algunos pronunciamientos, por ejemplo, en la STS de 6 de noviembre de 2018, rcud. 222/2017. Si bien este último es un supuesto que presenta otros matices añadidos: se alega vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación en las ayudas a la financiación de contratos predoctorales, por haber introducido la resolución que se impugna diferencias retributivas entre los nuevos contratados predoctorales y los ya contratados anteriormente. El TS declara la incompetencia del orden social, pues aun tratándose de retribuciones de contratados laborales, lo que se impugna es una disposición normativa de carácter general, plasmada en la resolución por la que se convocan ayudas para la formación de profesorado universitario que, aunque destinadas a financiar contratos-predoctorales, en la medida en que predomina en ella el carácter público en la actuación de la administración en cuestión, ha de plantearse ante el orden contencioso-administrativo.

[181] LASAOSA IRIGOYEN, E., "Comentario al artículo 2 de la LRJS" en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, BARRIOS BAUDOR, G.L.(Dir.), Editorial Aranzadi, Navarra, 2020, pág. 73, hace referencia a dicha sentencia, si bien puntualiza: "...a pesar de que el orden contencioso-administrativo tiene la competencia genérica sobre las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujetas al derecho administrativo, en virtud del artículo 9.4 de la LOPJ".

[182] Además, arguye que el título competencial realmente habilitante es el apartado a) del artículo 2 LRJS, dado los términos en los que está formulado, pues los litigios que discurren entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo son competencia de la jurisdicción social, siendo "del todo indiferente que la naturaleza del empresario sea la de una Administración o la de una entidad del sector público".

realizada bajo la vigencia de la LPL y la atribución de la competencia al orden contencioso de los actos administrativos previos a la contratación de personal laboral (convocatoria, actos selectivos, pruebas y ejercicios, etc.) si bien por poco tiempo, pues la STC de 15 de noviembre de 2022 declara la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición final 20 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, que modificaba este artículo, resultando dicha incorporación nula y suprimida de la ley procesal[183].

Tras estos avatares legislativos ha de concluirse que, de conformidad con el apartado n) del art. 2 LRJS, la jurisdicción competente para el conocimiento de las cuestiones que se susciten en la fase previa de ingreso o acceso a la relación de trabajo con la Administración pública empleadora es la social y en este sentido se ha pronunciado en sus últimas sentencias el Tribunal Supremo[184]: Interesa señalar que la declaración de inconstitucionalidad de la disposición final de la ley presupuestaria no se fundó en su contenido, sino en la falta de habilitación de una norma de presupuestos para modificar el ámbito de la jurisdicción social, por lo que es probable que la doctrina de los actos separables no haya tocado a su fin. Entretanto, teniendo en cuenta la declaración de inconstitucionalidad del precepto, la jurisdicción competente para enjuiciar la impugnación de las resoluciones administrativas por las que se convocan procesos selectivos para ingreso de personal laboral será la social; anulándose las resoluciones judiciales dictadas en aplicación de la letra f) del art. 3 LRJS que estaban en fase de recurso, con devolución de las actuaciones a fin de que resolviera el órgano jurisdiccional social de procedencia[185].

1.3.3. Pretensiones mixtas de tutela que afectan a funcionarios públicos y personal laboral

Cuando la pretensión de tutela del derecho de libertad sindical o de huelga se ejercita por personal funcionario o asimilado, el orden competente es el contencioso, quedando atribuida al orden social el conocimiento de la pretensión de tutela que procede de un trabajador o trabajadora (incluido el personal laboral de la Administración).

---

[183] ESTEBAN MIGUEL, A., "Conflicto de competencia entre el orden contencioso-administrativo y social en los procesos de selección del personal laboral de la Administración: ¿final de la doctrina de los actos separables en el empleo público?", *Trabajo y Derecho,* núm. 102, Editorial Wolters Kluwer, 2023.
Conflicto de competencia entre el orden contencioso...
La declaración de inconstitucionalidad no se produce por una cuestión de fondo, sino de forma, porque «una ley de presupuestos generales no puede contener cualquier clase de normas, o lo que es lo mismo, su contenido no puede ser libremente fijado, por cuanto está sujeto a unos límites materiales, de modo que su regulación de las materias fuera de ese ámbito está constitucionalmente vetada» y resulta incuestionable que el ámbito del orden social de la jurisdicción no forma parte del contenido propio o "núcleo esencial" de las leyes presupuestarias.

[184] Véase las SSTS de 2 de junio de 2021, rcud 1973/2020 y de 7 de septiembre de 2022, rcud. 3718/2019. En ambas se reitera dicha doctrina: "tras la entrada en vigor de la LRJS, los actos próximos, preparatorios y previos a la relación de trabajo en las Administraciones Públicas, al dictarse en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral son de competencia de la jurisdicción social".

[185] STS de 24 de septiembre de 2024, rco. 243/2022. La Sala Tercera del TS participa de este mismo criterio, como puede comprobarse en su sentencia de 13 de mayo de 2024, rco. 1240/2022.

Ahora bien, si dicha delimitación tiene contornos más precisos cuando el ejercicio de la tutela de la libertad sindical o del derecho de huelga tiene carácter individual y es ejercitada por funcionarios y personal asimilado (ante el orden contencioso) o por trabajadores por cuenta ajena o personal laboral de la Administración (ante el orden social), no cabe llegar a la misma conclusión cuando la acción es ejercitada por los sindicatos o las secciones sindicales de las Administraciones públicas, que agrupan a ambos, personal funcionario y personal laboral.

La LOLS reconoce en su artículo primero "a todos los trabajadores el derecho a sindicarse libremente" y a los efectos de dicha ley, como ya se indicó, se consideran trabajadores tanto al personal laboral como al funcionario o estatutario al servicio de las administraciones públicas.

Por su parte, las secciones sindicales de las Administraciones públicas (dada la concurrencia de personal funcionario y laboral en ellas) presentan carácter mixto. Con anterioridad a la actual LRJS, la solución para determinar la jurisdicción competente en supuestos de pretensiones de tutela mixtas, relativas a funcionarios públicos y personal laboral conjuntamente era su atribución al orden social por la llamada *vis attractiva* del mismo y el carácter unificador del mencionado art. 1 LOLS[186].

La excepción del anterior art. 3.1.a) LPL se interpretaba de manera restrictiva, de modo que la jurisdicción contenciosa resultaba la competente en pretensiones de tutela de derechos fundamentales de funcionarios públicos y asimilados, bien por tratarse de una reclamación individual, bien por tratarse de una reclamación promovida por una organización profesional "exclusivamente constituida por funcionarios y asimilados y representativa de intereses específicos de dicho personal y ante un conflicto generado intramuros de la función pública y en torno al ejercicio de derechos sindicales en dicho ámbito"[187]. No obstante, en el caso de secciones mixtas y de reclamaciones que afectaran indiferenciadamente a todos los integrantes de la misma, la competencia correspondía al orden social, justificándose por la "vocación omnicomprensiva del asociacionismo sindical, integrando en su seno a la generalidad de los trabajadores por cuenta ajena -públicos o privados, estatutarios o laborales-, y renuente a su fragmentación en área tan significativa como la resolución jurisdiccional de los conflictos"[188].

El problema se daba en aquellas actuaciones o decisiones que, dada su generalidad, fueran dirigidas a ambos, personal funcionario y laboral, pero principal o mayoritariamente dañaran los intereses del personal funcionario y asimilado, pues en estos casos podría

[186] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela...,* cit*.,* págs. 119 y 120, con examen de la jurisprudencia del TS.
[187] STS (CA) de 8 de febrero de 1994, rec.11682/1991.
[188] *Ibidem.*

resultar más conveniente atribuir la competencia al orden contencioso, según la doctrina[189].

Tras la entrada en vigor de la LRJS, de conformidad con lo dispuesto en el actual art. 2.f) LRJS el orden social es competente para de las reclamaciones de tutela del derecho de libertad sindical y del derecho de huelga frente a las Administraciones públicas que afecten "exclusivamente" al personal laboral. Por tanto, aquellas cuestiones que impliquen conjuntamente a personal funcionario y laboral resultan apartadas del orden social y atraídas al contencioso, por aplicación del art. 2.f.) y 3, letras c), d) y e) LRJS.

Dicha interpretación sistemática de los preceptos de la LRJS se confirma en la STS de 14 de octubre de 2014, rec. 265/2013: "de la impugnación de los actos o decisiones de la Administración pública empleadora respecto de los trabajadores a su servicio conoce siempre el orden social, si bien cuando tales actos afectaren conjuntamente al personal laboral y al funcionarial y/o estatutario, la LRJS ha optado por atribuir el conocimiento de la impugnación de tales actos en materia laboral o sindical (materia de derechos de libertad sindical y huelga, pactos o acuerdos ex EBEP o laudos arbitrales sustitutivos) al orden contencioso-administrativo (art. 2 letras f y h y art. 3 letras c, d y e LRJS), *salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena* (arts. 2.e y 3.b LRJS)"[190].

En idéntico sentido y respecto del derecho de huelga, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en sentencia de 19 de octubre de 2018, proc. 198/2018, declara que el orden social carece de competencia para pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de una huelga cuando el colectivo afectado integra, además de al personal laboral, al personal funcionario. En este proceso de conflicto colectivo promovido por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, que pretende la declaración de ilegalidad de la huelga convocada por la CGT y seguida por personal laboral y funcionario "debe traerse a colación la pauta hermenéutica seguida por esta Sala como por la Sala IV a la hora de interpretar el art. 3 de la LRJS y de atribuir el conocimiento de estas cuestiones de afectación "mixta" al orden contencioso administrativo"[191] y por otro lado, porque cuando la LRJS "ha querido

[189] FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *op.* cit., pág. 336.

[190] También las SSTS de 9 de marzo de 2015, rco. 119/2014, a propósito de demanda de conflicto colectivo en la que se impugna la resolución del Servicio Madrileño de Salud de reordenación del personal laboral y estatutario de limpieza; la de 22 de enero de 2019, rcud. 235/2017 en la que se impugna una práctica plural de la Universidad del País Vasco -la práctica de no realizar anualmente la convocatoria para solicitar la evaluación de los méritos y la asignación de los complementos retributivos adicionales del Personal Docente e Investigador- que afecta a personal laboral y funcionario de la Universidad, la de 11 mayo de 2021, rco. 37/2021,en la que se impugna una práctica plural de la Administración-consistentes en modificar jornadas de trabajo, horarios, calendarios laborales y permisos de forma unilateral- que afectan al personal laboral y funcionario del Instituto Vasco de Estadística.

[191]Véase también SAN de 8 de julio de 2015, proc.144/2015: "si la acción ejercitada no se refiere exclusivamente al personal laboral de la demandada, sino que afecta de forma directa o indirecta a todos los empleados públicos, incluidos los funcionarios, tal acción excede el contenido competencial por razón de la materia del Orden social e invade la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa". En idéntico sentido, por todas, las SSTSJ de Baleares, de 17 de marzo de 2014, rsu. 16/2014, de 14 de mayo de 2014, rsu.342/2013 y del TSJ de Galicia , de 14 de julio de 2014, rsu. 1864/2014.

atribuir el conocimiento de una determinada materia a la Jurisdicción social que afecte a funcionarios públicos, expresamente lo ha referido a modo de excepción a la regla general", por ejemplo en materia de prevención de riesgos laborales en el apartado e) del art. 2 de la Ley.

Como tercer criterio y junto a los dos anteriores la Sala hace referencia a la necesidad de evitar la "divisibilidad" en el conocimiento de la cuestión litigiosa, pues solicitado por el Ministerio Fiscal, con carácter subsidiario, que el orden social examinara la ilicitud de la huelga "respecto del personal laboral", se rechaza la misma ya que tratándose de una única huelga, su licitud o ilicitud debe ser valorada por los órganos de una única jurisdicción, "en concreto, por aquella cuyos límites no resultan desbordados por la afectación de un colectivo respecto del que se carece de competencia".

A propósito de los actos plurales de la Administración que afectan a personal funcionario y laboral y no solo en relación a la tutela de los derechos de libertad sindical y de huelga, sino en general, se ha pronunciado reiteradamente el TS sobre la competencia del orden contencioso administrativo en aplicación del art. 3.e) LRJS, que excluye del conocimiento de la jurisdicción social "los pactos o acuerdos concertados por las Administraciones públicas con arreglo a lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que sean de aplicación al personal funcionario o estatutario de los servicios de salud, ya sea de manera exclusiva o conjunta con el personal laboral; y sobre la composición de las mesas de negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral".

Por ello, el TS cuando ha estudiado la competencia para conocer sobre la impugnación de actos plurales o mixtos de las AAPP ha indicado[192] que "aunque no se establezca expresamente en el texto procesal social en su art. 2.n) respecto de la impugnación de los actos plurales de la Administración pública dictados en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral, dado el principio básico establecido en tal norma para los actos, aún de distinta naturaleza, de la Administración pública empleadora que afecten conjuntamente al personal laboral y al funcionarial y/o estatutario consistente en residenciar el conocimiento de los actos de implicación conjunta ante el orden contencioso-administrativo (salvo en materia de prevención de riesgos laborales), por analogía debe aplicarse el principio general consistente que tratándose de tales actos plurales de la Administración pública dictados en el ejercicio de sus potestades y funciones que afecten conjuntamente al personal laboral y al funcionarial y/o estatutario su impugnación directa incumbe al orden jurisdiccional contencioso-administrativo y no al social". Y ello "sin perjuicio de que la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, cuyo conocimiento de afectar exclusivamente

[192]Doctrina sintetizada en SSTS de 14 de mayo de 2022, rco.270/2021 o de 20 de septiembre de 2022, rco. 39/2021.

al personal laboral corresponde al orden social con posibilidad de resolver prejudicialmente sobre la resolución o acto de afectación conjunta".

1.3.4. Pretensiones de tutela de libertad sindical frente al sindicato

La excepción del art. 3.c) LRJS excluye de la jurisdicción social las pretensiones de tutela de libertad sindical y de huelga del personal funcionario, por lo que quedaría por delimitar si dicha exclusión también procede cuando la tutela se pretende, no frente a la Administración pública sino frente a un sindicato. Como ya se ha señalado, el motivo de la exclusión de los tribunales laborales para conocer de las demandas de tutela de libertad sindical y huelga de los funcionarios públicos no es otro que la calidad de las personas [193] y no la materia o calidad del asunto.

Utilizando ese mismo criterio resulta justificado que cuando la tutela de esos mismos derechos no sea reclamada frente a la Administración pública, sino frente al sindicato, el orden competente sea el social, dado el carácter privado del sindicato y el tipo de relación también privada que une a ambos, basada en un vínculo asociativo y generada fuera del ámbito de la función pública[194], debiendo de aplicarse, por tanto, las reglas generales de los arts. 1 y 2 LRJS.

Además la letra k) del art. 2 LRJS atribuye a los órganos sociales el conocimiento de las cuestiones litigiosas que versen sobre "las relaciones de los sindicatos con sus afiliados" sin distinción, por lo que carece de relevancia que el sindicato lo sea solo de funcionarios, ya que la atribución a los órganos sociales de los litigios derivados de las "relaciones de los sindicatos con sus afiliados" se realiza sin distinguir entre sindicatos de trabajadores y de funcionarios.

La excepción contenida en el art. 1.3 ET tampoco sirve de fundamento para excluir del orden social los litigios entre sindicatos y sus afiliados y afiliadas, pues se trata de una excepción referida estrictamente al orden laboral, "pero que deja sin regular a qué orden jurisdiccional corresponden las pretensiones nacidas del régimen jurídico de los sindicatos constituidos por los funcionarios públicos, por lo que no es precepto que justifique la incompetencia del orden Social en orden a la acción ejercitada, ajena por completo a los derechos y obligaciones de cada funcionario en razón al trabajo que desempeñan, único ámbito al que se refiere el artículo 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores"[195].

Para concluir, cabría distinguir dos situaciones, pero con idéntica solución: a) aquellos conflictos que afecten a funcionarios públicos aún no afiliados (a los que se deniegue el

[193]GÁRATE CASTRO, J., *op.* cit*.,* pág. 33: "(...) se está ante una negación de la competencia de los Tribunales laborales efectuada en base a la calidad de las personas -naturaleza pública del receptor de los servicios- y no a la materia del asunto. Sin embargo, la concreta calidad de las personas a la que se atiende deja de estar presente y darse ya entrada al juego principal del criterio de la materia del asunto cuando el conflicto surge entre sindicatos y los funcionarios públicos o asimilados, estén o no afiliados a ellos".
[194] CAVAS MARTÍNEZ, F. , *El proceso laboral de tutela...* cit*.,* pág. 121.
[195] STS de 12 de junio de 1998, rco. 4864/1997

derecho de afiliación al sindicato), en cuyo caso, la competencia corresponderá al orden social por razón de la calidad del sujeto demandado; b) y aquellos otros en los que el conflicto afecte a funcionarios ya afiliados que vean lesionados sus derechos fundamentales por el sindicato al que pertenecen, en cuyo caso la competencia del orden social no solo resulta de la condición privada del sujeto demandado, sino también de la materia (al tratarse de un litigio entre el sindicato y sus ya afiliados).

1.3.5. Breve referencia al régimen del personal estatutario

Con la denominación de "personal estatutario" se hace referencia al personal sanitario y no sanitario dependiente de los Servicios públicos de Salud, incluido en el ámbito de aplicación del EBEP (art. 2.4) y por tanto, con consideración de funcionarios públicos (aunque con un régimen jurídico especial establecido en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de Salud) a los que el art. 1.2 de LOLS se refiere para indicar que a efectos de dicha ley, tienen la consideración de trabajadores.

El art. 45.2 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS, 1974), declaraba competente a la jurisdicción social "sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación (…) para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras y su personal". Dicho precepto se mantuvo vigente por la Disposición Derogatoria de la LGSS de 1994 (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

Bajo la vigencia de la LPL de 1995, la atribución competencial de las reclamaciones de tutela de libertad sindical y de huelga del personal estatutario alcanzó cotas de auténtico "paroxismo"[196]. La excepción del art. 3.1 a) de la LPL excluía del orden social "la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho a huelga relativa a los funcionarios públicos y al personal al que se refiere el art. 1.3.a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores". Y el art. 1.3.a) ET excluía de su ámbito de aplicación "la relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones locales y las entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias". Con arreglo a dichos preceptos, el personal médico, sanitario no facultativo y personal no sanitario de Instituciones

[196] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela...,* cit. pág. 122, de "extravagante" denomina el autor el caso del personal estatutario de los servicios de salud. ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "Una valoración crítica global de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral" en AAVV, *La reforma del Procedimiento Laboral (Análisis de la Ley 7/1989, de 12 de abril de Bases de Procedimiento Laboral)* Marcial Pons, Madrid, 1989, pág. 29, de "pura esquizofrenia" para referirse a la dualidad jurisdiccional existente respecto al personal estatutario.

sanitarias de la Seguridad social (regulado por normas estatutarias) resultaba afectado por la exclusión del art. 3.1.a) de la LPL[197].

Ello suponía remitir al orden contencioso administrativo el conocimiento de las demandas de tutela del derecho de libertad sindical y de huelga del personal estatutario, si bien el resto de las situaciones litigiosas que les afectaran se sometían al conocimiento de la jurisdicción social, en virtud de la remisión expresa que hacía a dicho orden la LGSS de 1974. Esa excepción no solo creaba una dualidad jurisdiccional no deseable, sino "inexplicable" por la naturaleza eminentemente social de los derechos de libertad sindical y de huelga.

La similitud y proximidad del personal estatutario con el funcionarial es señalada desde un principio por el Tribunal Supremo [198], si bien ello no le impidió resistirse a reconocer la competencia del orden contencioso administrativo en los litigios de tutela de libertad sindical del personal estatutario, con el fin de evitar la dualidad jurisdiccional y optando por la solución de atraerlos, por razón de la materia, a la jurisdicción social[199].

Lo cierto es que dicha postura, aunque evitaba el "desdoble" de jurisdicciones para el conocimiento de los conflictos que afectaran al personal estatutario era contraria a la literalidad de la exclusión del art. 3.1.a) LPL, de modo resultaba alejada del principio de seguridad jurídica y de la estricta legalidad.

Bajo la vigencia de la anterior LPL de 1995, la atribución competencial de las reclamaciones de tutela de libertad sindical y de huelga del personal estatutario alcanzó cotas de auténtico "paroxismo"[200]. Dicha situación se mantuvo hasta la publicación de la

---

[197] GARCÍA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social,* CES, Madrid, 1996, pág. 151.

[198] Véase PÉREZ GÓMEZ, J.M. y PÉREZ LÓPEZ, R., "Régimen Jurídico del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud", *Revista Derecho y Salud,* Vol. 13, núm. 2, 2005, pág. 188: «la STS de 28 de octubre de 1996, señala que "esta Sala IV del Tribunal Supremo ha proclamado reiteradamente, en relación al personal estatutario de la Seguridad Social, que es indiscutible la similitud y proximidad existentes entre este personal de la Seguridad Social y el personal funcionario de las Administraciones Públicas" (Sentencias de 4 diciembre 1992, 22 noviembre 1993, 15 julio 1994 y 6 febrero 1995), puntualizando la Sentencia de 4 diciembre 1992, que el personal estatutario de que tratamos no está vinculado a ésta (la Seguridad Social) por una relación jurídica de naturaleza laboral, sino que su relación con ella encierra una clara condición de Derecho público, al intervenir y contribuir de alguna forma en la gestión, actuación y realización de un servicio público, como es la Seguridad Social».

[199] Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela...,* cit., págs. 124 y 125, con mención de abundante jurisprudencia. También, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Distribución y delimitación……,* cit. pág. 346. El TS sostuvo la competencia del orden social en sentencias de 22 de octubre de 1993, rec. 2273/1992, y en las posteriores de 17 de junio 1996, rec. 2606/1995, 15 de diciembre de 1997, rec. 802/197, 19 de enero de1998, rec. 1074/197, 13 de abril de 1998, rec. 3172/197 o la de 14 de enero de 2000, rec. 469/198. En ellas se razonaba que la exclusión prevista en el artículo 3.a) LPL "no opera cuando la invocada tutela del derecho de libertad sindical afecta a dicho personal, puesto que el artículo 45.2 del Decreto 2065/1974 de 30 de mayo sobre atribución de competencia a la jurisdicción social, sigue vigente de acuerdo con las Disposiciones Derogatoria 1.a) del vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y Derogatoria 1.b) y Adicional 16.1 de la Ley 30/1984 de 2 agosto".

[200] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela...,* cit. pág. 122, de "extravagante" denomina el autor el caso del personal estatutario de los servicios de salud. ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "Una

Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Marco de los servicios públicos de salud, de aplicación general a dicho personal. Aunque dicha ley no contenía derogación expresa del art. 45 LGSS, 1974, sin embargo, se entendió por el TS [201]que la voluntad del legislador era privar de vigencia a ese precepto, pues con la entrada en vigor de dicha ley carecía de sentido mantener su virtualidad.

El art. 3.c) LRJS excluye del orden social la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga del personal estatutario, al igual que hace con los funcionarios públicos. Y en su art. 2.e) atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan "para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral*"*.

Por tanto, al tratarse de materia directamente relacionada con la prevención de riesgos laborales, es el orden jurisdiccional social el que debe conocer de las reclamaciones por responsabilidad de la Administración en relación con las muertes y contagios por Covid-19 sufridos por el personal estatutario de hospitales y centros de salud[202], al igual que ocurre con los funcionarios públicos.

Los conflictos que surjan por vulneración del derecho de libertad sindical o de huelga del personal estatutario se atribuyen a la jurisdicción contenciosa, al igual que en el caso de los funcionarios públicos. En los supuestos de pretensiones mixtas que afectan al personal funcionario, estatutario y laboral y siendo los lesionados sus derechos de libertad sindical o de huelga, la atracción se produce también a favor del orden contencioso-administrativo.

Y lo mismo sucede en el supuesto de acoso[203] de personal estatutario, cuyo conocimiento corresponderá al orden contencioso, salvo que se hubiera "ejercitado una acción tendente a reclamar por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, pues en ese caso, la competencia para conocer hubiera correspondido al orden social de la jurisdicción[204], pero "en la medida que aduce el acoso laboral continuado del que se

---

valoración crítica global de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral" en AAVV, *La reforma del Procedimiento Laboral (Análisis de la Ley 7/1989, de 12 de abril de Bases de Procedimiento Laboral)* Marcial Pons, Madrid, 1989*,* pág. 29, de "pura esquizofrenia" para referirse a la dualidad jurisdiccional existente respecto al personal estatutario.

[201] ATS (Sala de Conflictos de competencia), de 20 de junio de 2005.

[202]GONZÁLEZ DE LARA MINGO, S., "¿Cuál es la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de los funcionarios y personal estatutario en relación con los fallecimientos y contagios producidos por el Covid-19?", *Actualidad Administrativa*, núm. 1, Editorial Wolters Kluwer, 2021.

[203] STS (Social), de 17 Mayo de 2018, rcud. 3598/2016.

[204] Así lo reflejó la STS de 10 de abril de 2013, rcud. 67/2012, que apreció la competencia del orden social para conocer del conflicto que incluía a personal funcionario y en el que se reclamaba el derecho a ser

considera víctima (...) estamos dentro del ámbito de protección definido por el art. 53.2 de la Constitución y el art. 114.1 de la Ley de la Jurisdicción (Contencioso Administrativa)"[205].

De las pretensiones que dirija el personal estatutario frente al sindicato al que pertenece conoce el orden jurisdiccional social[206], al tratarse de litigios entre un afiliado o afiliada y el sindicato al que pertenece, al igual que en el caso del personal funcionario.

2. Pretensiones de tutela de los derechos fundamentales laborales cuando la lesión procede de disposiciones generales de rango inferior a la ley y actos de las Administraciones públicas sujetos a Derecho administrativo en materia laboral y de Seguridad Social

Con arreglo al art. 3.a) LRJS no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social de la "impugnación directa de disposiciones generales de rango inferior a la ley y decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación, aun en las materias laborales, sindicales o de Seguridad Social enumeradas en el artículo anterior (art. 2 de la LRJS). Su conocimiento queda atribuido a la jurisdicción contenciosa.

Distinta es la solución en el caso de impugnación de actos administrativos dictados en aplicación de las anteriores normas o disposiciones. Tal y como manifiesta el Preámbulo de la LRJS, una de las cuestiones de mayor trascendencia en el ámbito laboral es "la impugnación de los actos administrativos, singulares o generales, en materia laboral y de seguridad social y, en especial, de las resoluciones contractuales colectivas por causas objetivas".

La LRJS ha procedido a clarificar esta cuestión mediante la atribución al orden social, con carácter general, del conocimiento de las impugnaciones de los actos administrativos dictados por las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades y funciones cuando versen sobre materias laborales y de Seguridad Social

Si bien la competencia para conocer de "las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujetas al derecho administrativo" corresponde al orden contencioso-administrativo, de conformidad con el art. 9.4 LOPJ, el criterio de la "materia en litigio" ha sido el prevalente en la LRJS para atribuir su conocimiento a los tribunales laborales. Y ello a diferencia de la ley procesal precedente, que en su art. 3.1.c) exceptuaba del conocimiento de los tribunales laborales la impugnación tanto de las disposiciones generales como los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral (con excepciones).

---

sometidos a reconocimientos médicos, con arreglo al artículo 22 LPRL. Todo ello trasladable igualmente al personal estatutario.

[205] STS(CA) de 8 marzo 2018, rec. 810/2015.

[206] STS (Social), de 3 de noviembre de 2022, rcud. 1958/2019.

Se ha pasado de una atribución genérica de competencia a la jurisdicción contenciosa a una atribución genérica a la jurisdicción social en el primer artículo de la ley procesal (art. 1 LRJS).

No obstante, bajo la vigencia de la LPL de 1995 esa regla genérica de atribución de competencias al orden contencioso ya tenía numerosas excepciones, pues determinados actos administrativos en materia laboral eran objeto de fiscalización por la jurisdicción social, como los siguientes: la impugnación de las resoluciones de las entidades gestoras sobre reconocimiento o denegación de prestaciones de Seguridad Social [art. 2.b) LPL]; las reclamaciones contra el Estado por salarios de tramitación [art. 2.e) LPL]; las reclamaciones contra el Fondo de Garantía Salarial, en los casos en que le atribuye responsabilidad la legislación laboral [art. 2.f)LPL]; las reclamaciones contra las resoluciones denegatorias del depósito de estatutos sindicales o sus modificaciones[(art. 2.g) LPL] o la impugnación de las resoluciones denegatorias del registro de actas electorales [art. 2. n) LPL].

Junto a estos actos, que siguen siendo controlados judicialmente por la jurisdicción social, también lo serán el resto de actos administrativos de contenido laboral que antes era atribuidos al orden contencioso, como los incluidos en el apartado n) y s) del art. 2 LRJS,

Es decir, que materias tradicionalmente atribuidas a la jurisdicción contenciosa, como el control de la existencia de causa de fuerza mayor que autorice los expedientes de regulación de empleo extintivos o temporales o las reclamaciones sobre el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (como la impugnación de las sanciones impuestas al amparo de los arts. 7 y 8 de la LISOS) tras la entrada en vigor de la LRJS corresponden a la jurisdicción social.

En la impugnación de los actos sancionadores de la Administración dictados en materia laboral y de Seguridad Social se excluyen las impugnaciones de actas de infracción relacionadas con afiliación, altas y bajas de trabajadores, inscripción de empresas, actos recaudatorios o de infracción vinculados con la liquidación de cuotas y en general, cualesquiera otros actos conexos con los anteriores dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social, que se atribuyen a la jurisdicción contenciosa, por expresa disposición del art. 3.f) LRJS.

En relación con la tutela del derecho fundamental de huelga, existen otros puntos tradicionales de fricción entre la jurisdicción contenciosa y administrativa, como es el de la "impugnación de las disposiciones que establezcan las garantías para el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga ", cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción contenciosa por la letra d) del art. 3 LRJS, al excluir de la jurisdicción social: "las disposiciones que establezcan las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y, en su caso, de los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin, sin perjuicio de la competencia del orden social para conocer de las impugnaciones

exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos mínimos, así como los restantes actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto laboral conforme al Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo".

A pesar de los intentos de atribuir de manera genérica la competencia al orden social para la fiscalización de los actos administrativos de contenido laboral, se mantiene una dualidad de jurisdicciones en un derecho fundamental como el de huelga: a) de la resolución que establece los servicios mínimos, las concretas dependencias o servicios afectados y el porcentaje de plantilla para su cobertura, en caso de impugnación por abusivos o lesivos del derecho de huelga, conocerá la jurisdicción contenciosa[207], b) de las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos mínimos, conocerá la jurisdicción social,[208] c) ahora bien, de la impugnación del acto de asignación concreta de empleados para cubrir los servicios mínimos, cuando estos sean funcionarios o personal estatutario, conocerá el orden contencioso-administrativo, por expresa disposición del art. 3. c) LRJS, al tratarse de vulneración del derecho de huelga.

La reclamación por vulneración del derecho de huelga tras haber sido anulada la fijación de servicios mínimos es competencia de la jurisdicción social[209], al igual que la acción por lesión del derecho de huelga debido a la sustitución de trabajadores huelguistas por otros que ocasionalmente suplen a estos. También lo son las reclamaciones de los huelguistas frente a los actos de despido, sanciones o descuento de haberes por incumplimiento de los servicios mínimos, cuando se trate de personal laboral de la

[207]Vid. STS (Sala 3ª), de 16 de febrero de 2023, rco. 7222/2020, en la que se recurre por parte de un sindicato contra la orden de servicios mínimos que garantizaba los servicios de seguridad privada prestados por una empresa en Cataluña. A la hora de determinar la jurisdicción competente (social o contenciosa) para conocer de las órdenes de servicios mínimos en caso de huelga, "la dicción del artículo 3 d) de la LJS es clara en orden a discernir el ámbito competencial contencioso administrativo respecto del social al deferir al primero el conocimiento de las disposiciones que establecen las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga". También para conocer de la falta de competencia de la entidad que establece los servicios mínimos o de la ausencia de carácter "esencial" de los servicios prestados por la demandada. Véase, STS de 19 de diciembre de 2011, rcud. 218/2010, a propósito de la demanda interpuesta por el sindicato convocante frente a una Entidad de Derecho público (Instituto Cervantes), por falta de competencia para el establecimiento de los servicios mínimos, así como por la ausencia de carácter "esencial" en los servicios prestados por la demandada.

[208]SSTS, de 27 de noviembre de 2017, rcud. 1/2017 y de 13 de octubre de 2021, rcud. 4919/2018.

[209]SSTS de 11 de junio de 1994, rec. 2134//1993, de 8 de marzo de 1996, rec. 1730/1995 y de 23 de septiembre de 1996, rec. 675/1996: "...ya sea por el incremento o variación de los servicios esenciales fijados por la autoridad gubernativa, ya sea por la forma de desarrollar una concreta actividad por parte de la empresa con clara violación del derecho de huelga que se ejercitaba, bien sobre la designación de concretos trabajadores para la realización de los servicios mínimos, bien sobre el control de la sanción laboral impuesta a los trabajadores por su negativa a cumplir tales servicios mínimos o bien para resolver sobre cuestiones suscitadas por los descuentos salariales efectuados a los trabajadores con motivo de la huelga o incluso, si ya declarada por la jurisdicción contencioso-administrativa la nulidad de la disposición administrativa en la que se establecen los servicios mínimos, debe el juez social "valorar, desde una perspectiva constitucional, la actuación de los trabajadores (sancionados por negarse a realizar los servicios mínimos para los que habían sido designados por la empresa) al incumplir la orden que consideraron ilegítima, ponderando adecuadamente los derechos y deberes en conflicto" (STC 123/1990)"

Administración pública y la modalidad procesal será la de los arts. 177 y ss. LRJS. Tratándose de funcionarios y personal asimilado, el orden competente lo será el contencioso administrativo, de conformidad con el ya mencionado art. 3.c) LRJS.

Con ello se mantiene una dualidad jurisdiccional que plantea numerosos problemas y que puede producir resoluciones contradictorias nacidas de una misma situación conflictiva. Así, puesto que la jurisdicción social es la competente para conocer "a posteriori" de la reclamación por vulneración del derecho de huelga tras haber sido anulada la fijación de servicios mínimos en el orden contencioso, puede darse la circunstancia, ante la falta de litispendencia entre ambas jurisdicciones, de que recayera sentencia declarando procedente la sanción o el despido efectuado a la persona trabajadora por no cumplir los servicios mínimos que posteriormente fueron declarados lesivos por la jurisdicción contenciosa.

También podrían darse sentencias contradictorias sobre la asignación de servicios mínimos a personal funcionario y a personal laboral, por considerarse dicha asignación concreta correcta en un orden jurisdiccional e incorrecta y lesiva del derecho de huelga en el otro; aunque tratándose de una vulneración del derecho de huelga que afecta conjuntamente a personal laboral y funcionario, de conformidad con los art. 2.f) ("sobre las reclamaciones en materia de libertad sindical y de derecho de huelga frente a actuaciones de las Administraciones públicas referidas exclusivamente al personal laboral") y 3. d) LRJS ("sin perjuicio de la competencia del orden social para conocer de las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos mínimos"), ha de entenderse que la jurisdicción competente en pleitos colectivos mixtos es la contenciosa, pues el orden social solo es competente para conocer de la asignación concreta de servicios mínimo cuando afecta exclusivamente a personal laboral, no cuando afecte conjuntamente a ambos.

A todo ello cabe añadir otros problemas no resueltos en el ámbito de la jurisdicción social (cuando se reclama por lesión del derecho de huelga a raíz de la anulación de servicios mínimos) como es la dudosa responsabilidad de la empresa por los daños y perjuicios causados a las personas trabajadoras[210] y, en su caso, a los convocantes de la huelga (pues en definitiva, la empresa no ha hecho sino cumplir una resolución administrativa después anulada), a menos que el trabajador dirigiera su pretensión también frente a la Administración. En ese caso aún quedaría otra duda razonable y es si la jurisdicción social seguiría acumulando la competencia para conocer del asunto[211].

[210] Por ejemplo, cuando los trabajadores designados para cubrir unos servicios mínimos, que después son declarados abusivos, solicitan a la empresa el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, como la cuantía equivalente al salario-día trabajado durante la huelga.

[211] SEMPERE NAVARRO, A.V., "Sobre el modo de impugnar los servicios mínimos y sus lesivas consecuencias", *Revista de jurisprudencia laboral,* núm. 3, Editorial BOE, 2023. Disponible en: BOE.es - Sobre el modo de impugnar los servicios mínimos y sus lesivas consecuencias. Para el autor "tampoco

III. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL ENTRE LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES SOCIAL Y CIVIL EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La base del derecho de daños y del sistema de responsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico consiste en la obligación de reparación del menoscabo sufrido en un bien jurídico por parte de aquel que lo ha ocasionado. La responsabilidad civil puede darse en su vertiente contractual, extracontractual o derivada de delito. Por su parte, y en atención al tipo de daños cabe distinguir entre: daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), morales y punitivos (en referencia estos últimos al efecto disuasorio de la reparación del daño y de evitación de conductas futuras)[212].

El art. 183 LRJS prevé que cuando la sentencia que resuelva sobre la acción de tutela del derecho fundamental "declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados". El art. 15 LOLS establece que "si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical, así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas".

La lesión de un derecho fundamental, por tanto, determina la producción de un daño en la medida en que esa lesión se proyecta sobre un bien. El art. 183 LRJS se refiere a la reparación de los daños patrimoniales y morales, tanto aquel daño económico o patrimonial que la lesión haya podido producir, como la del daño moral ("el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad") [213].

La indemnización o resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la lesión de derechos fundamentales, cuando se trate de pretensiones cuyo conocimiento esté atribuido al orden jurisdiccional social conforme al art. 9.5 LOPJ y los art. 1 y 2 LRJS, serán objeto de conocimiento por la jurisdicción social, sin que quepa duda de su atribución a los tribunales laborales, a pesar del carácter "resarcitorio" de la acción,

---

queda claro quién sufre el perjuicio (convocantes de la huelga, personas que han trabajado indebidamente, ambos; empresa que se ha limitado a cumplir con lo establecido gubernativamente; etc.) y en qué medida el orden social puede concentrar la competencia en todo caso de los servicios mínimos impuestos por Decreto de la autoridad gubernativa y cumplidos por el empresario".

[212] Vid. dicha distinción en LAHERA FORTEZA, J.: "Las acciones de indemnización de daños por vulneración de la libertad sindical tras la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social", *Relaciones laborales,* núm. 8, 2012, págs. 4 y 5.

[213] Véase la STS (Social) de 11 de febrero de 2015, rec. 95/2014, con referencia a la definición del daño moral que realiza la Sala de lo Civil en sentencia de 25 de junio de 1984.

tradicionalmente competencia de los tribunales civiles[214]. De modo que cuando las lesiones se producen en el contexto de la relación laboral entre empleador y empleado o empleada no cabe duda alguna que su conocimiento corresponde al orden social, al suponer la violación del derecho fundamental un incumplimiento del haz de obligaciones derivadas de la relación contractual laboral [215].

Ahora bien, en ese asunto la relación en la jurisdicción civil y social no estuvo exenta de fricción.

En primer lugar porque, entre el conjunto de derechos fundamentales, no cabe duda del carácter eminentemente "laboral" del derecho de libertad sindical o el derecho de huelga, pero no así de otros derechos, como el derecho de igualdad y no discriminación o el derecho al honor y a la intimidad; estos dos últimos objeto de regulación normativa a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La existencia de atentados a derechos laborales "inespecíficos", como el derecho a la intimidad, el honor o las actuaciones discriminatorias, no parecían haber calado suficientemente como responsabilidad contractual, llegando a afirmarse que las actuaciones empresariales de discriminación retributiva de la trabajadora por razón de su sexo constituían "actividades que exceden la específica órbita del contrato laboral", por lo que la Sala de lo Civil del TS concluía afirmando la responsabilidad extracontractual del empleador y por tanto, la competencia de la jurisdicción civil para su conocimiento[216].

No obstante, la admisión de una reparación e indemnización en la jurisdicción social por la violación de los derechos fundamentales de la persona trabajadora está plenamente consolidada, por expresa consagración legislativa, tanto en el ET , [art. 4.2.e) y f) que, al referirse a los derechos de la persona trabajadora "en la relación de trabajo" enumera algunos de esos derechos fundamentales, como: el derecho a la no discriminación (letra

[214]Vid. STS de 20 septiembre 1990 rec. 217/1990: "La acción que se ejercita, de indemnización de daños y perjuicios derivados de la actuación de la empleadora, vigente el contrato de trabajo, imputándole un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones y deberes respecto a la intimidad y consideración debida a la dignidad del trabajador -art. 4.2 e) E.T., que estiman deben ser resarcidos en la cuantía que se reclama en la sentencia, entra dentro de los supuestos comprendidos en el art. 1 LPL y art. 9.5 LOPJ, al tratarse de un conflicto, como dice el Ministerio Fiscal, individual entre empresario y trabajador y por tanto competencia de este orden jurisdiccional social, siendo intrascendente que con posterioridad se extinguiera la relación laboral". Se declara la competencia del orden social en la reclamación de tutela del derecho al honor, a la intimidad y a su dignidad.

[215] Vid. LASAOSA IRIGOYEN, E.: *Delimitación de competencias entre los Órdenes Social y Civil de la Jurisdicción Social: Estudio Jurisprudencial.* Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 219.

[216] TS, Sala de lo Civil, de 10 de abril de 1999, rec. 2934/1994. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se consideró competente para conocer de la acción ejercitada por una trabajadora que sufrió depresión al haber recibido trato económico discriminatorio de la empresa por razón de su sexo, al estimar que se daba una yuxtaposición de culpa extracontractual o aquiliana con la culpa contractual, complementando la primera a la segunda cuando "la actuación culpabilística, generadora del daño, rebasa y desborda lo exclusivamente pactado (...), se trata de una negligencia extraña a lo que constituye propiamente la materia del contrato y esta negligencia, en cuanto conforma culpa civil, despliega sus efectos propios y consecuentes en forma independiente y conforme al artículo 1902 del Código Civil".

c del apartado 2), el derecho a la integridad física (letra d) y el derecho a la intimidad y la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso (letra e)]; así como en la LRJS; arts. 177 y 183 LRJS[217].

De ello se deriva la necesidad de delimitar hasta donde alcanza el ámbito laboral, pues los tribunales laborales son competentes para conocer de las pretensiones promovidas "entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo" [art. 2.a) LRJS]. En aquellas situaciones en las que el causante de la lesión del derecho fundamental no lo es el empresario sino un tercero (socio o socia, compañero o compañera de trabajo, superior jerárquico de la víctima, personal de empresas concurrentes, proveedores o clientes...) pueden surgir dudas sobre cuál sea la jurisdicción competente.

La LPL de 1995 no ofrecía ninguna respuesta a estos supuestos, pues ni el art. 2.k) de la misma, al atribuir a la jurisdicción social el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan sobre "la tutela de los derechos de libertad sindical", ni su art. 175, al determinar los sujetos legitimados en el proceso de tutela, hacían referencia a terceros que no fueran parte del contrato de trabajo, de modo que no existía una respuesta legal.

Se extrapolaron los criterios civiles que distinguían entre responsabilidad contractual o extracontractual para atribuir el conocimiento de las cuestiones a una u otra jurisdicción, si bien posteriormente se recondujo la responsabilidad hacia la jurisdicción social. Puesto que un nutrido grupo de pronunciamientos jurisdiccionales sobre las acciones indemnizatorias por vulneración de derechos fundamentales son las recaídas en las demandas por acoso sexual**,** los criterios utilizados al resolver sobre dichos litigios sirven de base y orientación para establecer los generales en este punto y fueron exportados a cualquier lesión de derechos fundamentales ocurrida en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Sin perjuicio de un mayor desarrollo al tratar la legitimación pasiva en el proceso, cabe hacer referencia a las siguientes situaciones:

a) En el supuesto de lesiones de derechos procedentes de la empresa o de uno de los socios de la empresa, la responsabilidad por los daños derivados de esas lesiones tiene un origen contractual, el contrato de trabajo y no cabe duda de su conocimiento por los tribunales laborales.

b) En el caso de terceros causantes de la lesión, si el sujeto activo es otro trabajador o trabajadora, superior jerárquico, clientes, proveedores o tercero vinculado al empresario por cualquier título y la lesión se produce en el ámbito de la relación

[217] El art. 177 de la LRJS al referirse al ámbito del procedimiento junto a los "derechos de libertad sindical y huelga" incluye "otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso" y el artículo 183 prevé la obligación del órgano judicial de pronunciarse en la sentencia que se dicte sobre la indemnización resarcitoria derivada de la vulneración del derecho fundamental: "Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas".

jurídico laboral o en conexión con esta, cabe demandar y condenar solidariamente a ambos, acosador/a y empresa.

Los títulos de imputación son distintos: en el caso del empresario y al no ser sujeto activo de la lesión, el origen de su responsabilidad se situaba tradicionalmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en este caso, por el hecho de otro, a tenor del art. 1903.4 CC que hace responder a "los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones"[218].

Si la demanda se basa exclusivamente en la responsabilidad extracontractual, por hechos de otros, cierto sector de la doctrina sostuvo, bajo la vigencia de la LPL que la cuestión debería dirimirse ante los órganos civiles, pues no se trataría de una contienda surgida entre empresa y trabajador a propósito de la relación de trabajo y ninguna regla competencial permitiría la atribución al orden social[219].

Ahora bien, puesto que el art 4.2.e) ET establece el derecho de la persona trabajadora "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso...", el empleador tiene una responsabilidad de protección de la persona trabajadora que deriva de la relación contractual, directa y no meramente indirecta o por el hecho cometido por un tercero y la omisión de ese deber de protección supone un incumplimiento contractual (art. 1.101 del Código Civil)[220].

A mayor abundamiento, el carácter contractual de la responsabilidad se deriva de la tipificación del acoso como una infracción administrativa. La conexión entre los arts. 4.2.e) l ET y los arts. 8.13 y 13 bis LISOS[221] confirma que existe en estos casos una auténtica obligación contractual para el empresario de protección de la persona trabajadora que se inserta en todo contrato de trabajo y forma parte de su contenido esencial**.**

La responsabilidad del empleador iría incluso más allá, al pesar sobre el mismo la obligación de desarrollar una efectiva política antiacoso, "en la que quedarían comprendidos un deber empresarial de elección, de vigilancia, de instrucción y, en general, de organización"[222]. Todo ello reconduce la cuestión litigiosa a aquellas

---

[218] Vid. LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual* , Editorial Comares, Granada, 1996, págs. 212 y siguientes.
[219] LASAOSA IRIGOYEN.,E., .*op.* cit., pág. 221.
[220] ALTÉS TÁRREGA, J.A., *El acoso del trabajador en la empresa (consideraciones al hilo de la Ley 62/2033 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres),* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 83 y 84.
[221] Constituyen infracciones muy graves, el acoso sexual y el acoso discriminatorio, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo.
[222] STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2002, rsu. 1587/2002 debe entenderse como «conducta diligente» una serie de indicios objetivos, que van más allá de la necesidad requerida por la doctrina judicial social de

promovidas "entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo" y, por tanto, incluida en el ámbito de la jurisdicción social (art. 2.a) LRJS), pues más allá del título de imputación, la conducta del empresario supone, además del incumplimiento del contenido esencial del contrato de trabajo, la inobservancia de normas en materia de seguridad y salud laboral pertenecientes a la rama social del derecho[223].

De hecho, y a propósito de los accidentes de trabajo, los tribunales venían conociendo de reclamaciones de daños derivados de los mismos cuando ha existido incumplimiento empresarial de las medidas de prevención de riesgos en el trabajo, sin plantearse si esta última responsabilidad tiene carácter contractual o extracontractual, pues ninguna duda cabe que la materia de seguridad y salud en el trabajo pertenece a la rama social del derecho[224].

A propósito de la reclamación frente al acosador/a, el título de imputación no es otro que el extracontractual del art. 1902 del Código Civil, lo que podría abonar la atribución de competencia a los tribunales civiles, si bien no fue esta la solución de los órganos sociales, que atrajeron la competencia a dicha jurisdicción sobre la base de dos razonamientos que suelen encontrarse en sus pronunciamientos:

- La vinculación del tercero con el empresario y la producción de la lesión en conexión directa con la relación laboral. Con base en el art. 180.1 LPL que indicaba que la sentencia que se dicte en los procesos de tutela de derechos fundamentales declarará la nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o "cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada"[225], se afirma que puede ser demandado no sólo el empleador sino también cualquier tercero

que el empresario conociera el acoso y reaccionara debidamente (STS de 13 de octubre de 1989, rco.5356/1989 y SSTSJ de Galicia de 17 de febrero de 1995 rsu. 4354/1994, de Canarias de 7 de enero de 1998, rsu. 1335/1997).

[223] SSTS de 24 mayo 1994, rcud. 2249/1993, de 27 junio 1994, rcud. 2162/1993, de 30 septiembre 1997, rcud. 22/1997 y de 2 febrero 1998, rcud. 124/1997. Lo que decide la atribución del asunto a la jurisdicción social es que la obligación empresarial de llevar a cabo una adecuada prevención en materia de seguridad e higiene viene impuesta por normas laborales.

[224] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical...,* cit., pág. 136.

[225] STSJ de Galicia, de 22 de abril de 1994, rsu. 1154/1994, a propósito del acoso sexual cometido por el representante legal de la empresa demandada declara la competencia de la jurisdicción social, pues la cuestión litigiosa resulta de las comprendidas, " no en el ap. a) del art. 2 de la LPL (entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo), sino la referida en el ap. k) o en otro caso en el p) del citado art. 2". Además, del artículo 179 del texto articulado de la LPL de 1990 (artículo 180 de la LPL de 1995) "establece en cuanto a este proceso especial que «La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada. En caso afirmativo y previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración Pública o cualquier otra persona, Entidad o corporación pública o privada, ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera», precepto del que claramente resulta que puede ser demandado no sólo el empleador sino también cualquier persona privada que tenga vinculación con aquél, cuya conducta en el seno de la empresa determine la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas".

que tenga vinculación con aquél, cuya conducta en el seno de la empresa determine la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

En este sentido se pronunciaba la sentencia del Tribunal Constitucional 250/2007, de 17 de diciembre, que reconocía la competencia del orden social para conocer de las reclamaciones dirigidas contra el empleador y el tercero causante de la vulneración de un derecho fundamental, en este caso trabajador de una tercera empresa, puesto que la actuación de los terceros se produce "en conexión directa con la relación laboral". Según el TC se plantea una controversia atribuible a la jurisdicción social y, "al no haberlo apreciado así, la Sala realizó una interpretación del orden material de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales desconociendo el derecho de la actora a la utilización del cauce procesal predeterminado por la ley para recabar la tutela de los derechos fundamentales que se le habían quebrantado en el ámbito de su relación laboral"[226]. Además, no resultaría razonable una interpretación de la legalidad que circunscriba el proceso especial a los supuestos de las lesiones constitucionales provocadas única y exclusivamente por el empresario, "pues tal interpretación limitaría injustificadamente la defensa de los derechos fundamentales de la persona trabajadora en el ámbito laboral, aparte de no encontrar soporte en lo dispuesto en el art. 180 LPL". Idéntica redacción se mantiene en el art. 182.1.b) LRJS, a propósito del pronunciamiento declarativo de nulidad de la conducta del "empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada".

- La indivisibilidad o inescindibilidad de la causa[227]. Conforme a este criterio, la atribución de la competencia al orden social para conocer de la reclamación de daños contra el empresario y a la jurisdicción civil, para conocer de la que se ejerza frente al causante de la lesión supondría una división de la continencia de la causa que podría dar lugar a resoluciones contradictorias. A la indivisibilidad de la causa se refirió la STS de 18 de abril de 2000 rcud. 2068/1999, que declara la competencia

[226]Además, no resultaría razonable una interpretación de la legalidad que circunscriba el proceso especial a los supuestos de las lesiones constitucionales provocadas única y exclusivamente por el empresario, "pues tal interpretación limitaría injustificadamente la defensa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral, aparte de no encontrar soporte en lo dispuesto en el art. 180 LPL, que, al referirse al contenido de la sentencia dictada en tales procesos especiales, hace referencia a la sanción de las conductas lesivas que provienen tanto del empresario como de cualquier otra persona" .

[227] Vid. Sentencia del TSJ de Galicia de 17 febrero 1995, rsu. 4354/1994: "ocurre que se demanda no solamente al compañero de trabajo, sino también al empresario y a su encargado, por entender que, teniendo conocimiento de la situación no tomaron medida alguna para corregirla, y ello sí constituye un pleito entre trabajador y empresario en el que se atribuye a éste un incumplimiento en su deber de protección en el sentido antes mencionado [art. 4.2.e), ya citado], no siendo posible entonces dividir la continencia de la causa y separar este supuesto incumplimiento empresarial de la actuación del trabajador ofensor, de la que trae causa". En idénticas supuestos de acciones dirigidas contra el empresario y el trabajador acosador otras sentencias vendrían admitiendo la competencia del orden social, sin siquiera cuestionársela, como la sentencia del TSJ de Navarra de 5 de febrero de 1999, rsu 291/1998 y las del TSJ de Murcia de 16 de marzo, rsu 331/1998 y 6 de abril de 1998, rsu 1083/1997 .

del orden social de la jurisdicción para conocer de la reclamación de indemnización de daños y perjuicios dirigida por las personas trabajadoras contra un tercero ajeno a la relación laboral que es depositario de los bienes embargados a la empresa.

Por otra parte, en la jurisdicción social son frecuentes los procedimientos laborales en los que un trabajador ha de dirigir su demanda contra otros trabajadores además de frente a su empleadora, cuando se encuentran en litigio derechos de preferencia de cualquier naturaleza que quieren hacerse valer frente a los codemandados, inicialmente favorecidos por la decisión empresarial, o frente a los representantes de las personas trabajadoras, en los casos de traslados o modificaciones de carácter colectivo, cuando la medida ha contado con la conformidad de aquellos y ello sin que se discuta la competencia de la jurisdicción social. En sentido contrario y negando la competencia del orden social para conocer de la reclamación frente al tercero acosador, la sentencia del TSJ de Aragón de 30 de junio de 2023, rsu 107/2023. En ella, la demandante, víctima de acoso por un tercero (una asesora externa de la empresa) ejercita acción indemnizatoria frente a la empresa. El Tribunal considera que la cuestión solo afecta de forma propia y directa al empresario y a la empleada perjudicada. No considera al tercero como titular de la relación jurídica debatida en el pleito, por lo que concluye que no debe ser parte en el proceso y no existe razón de ningún tipo para ser llamado al mismo, añadiendo que "no resulta desvirtuada esta conclusión por la circunstancia de que, sobre ese tercero, pueda llegar a repercutir alguna consecuencia derivada de la sentencia recaída en este proceso, o del cumplimiento de la obligación de indemnizar que esta sentencia pueda llegar a imponer".

En la actualidad, la exigencia de responsabilidad solidaria a ambos (empleador y causante de la lesión del derecho fundamental) está expresamente prevista en art. 177.1 LRJS, al considerar legitimados pasivamente en el procedimiento a "terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios", resultando su intervención en el procedimiento "necesaria" cuando "se pretenda la condena del causante directo de la lesión o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que en su día se dictare". Por tanto, cuando las conductas enjuiciadas (sea quien sea el autor/a causante de la lesión) posean un carácter unitario requerirán también un tratamiento procesal unificado"[228].

Por último, cuando el acto proceda de un tercero/a y solo se demande a este, la responsabilidad que se le reclama tiene origen extracontractual, por lo que la competencia, ante la falta de previsión en la anterior LPL, se consideraba de la jurisdicción civil como jurisdicción residual. Si bien la LPL de 1980 en su art. 1.1 sí

[228]SEMPERE NAVARRO, A.V., "Litisconsorcio pasivo necesario en los supuestos de acoso. Comentario a la STS-SOC 30 enero 2008", *Repertorio de Jurisprudencia*, nº 10/2008, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008.

atribuía a los órganos social competencia para conocer de "los conflictos entre trabajadores del mismo o distinto empresario como consecuencia del contrato de trabajo", en los posteriores textos articulado y refundido se suprimió dicha previsión normativa [229]. En la actualidad, el art. 177 LRJS permite recabar la tutela de las vulneraciones de derechos fundamentales cuando "la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas". Y teniendo en cuenta que el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas a la jurisdicción social son los conflictos "empleador-trabajador", no cabrá dirigir la demanda ante la jurisdicción social solo frente a la persona acosadora, si no se dirige también contra la empleadora. De así pretenderlo, la jurisdicción competente sería la civil y no la social.

Otro tipo de asuntos en los que se han planteado la delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la civil son aquellos en que se recaba la tutela del derecho de **asociacionismo empresarial,** encuadrado dentro del derecho de asociación del art. 22 CE. En principio, la competencia corresponde a la jurisdicción civil[230]; con la excepción de las pretensiones que tengan que ver con la constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones empresariales, impugnación de sus estatutos y su modificación que, de conformidad con el art. 2.l) LRJS corresponde a los tribunales laborales, sustanciándose el procedimiento a través de los art. 167 y siguientes LRJS.

También surgieron dudas en su día a propósito de los **conflictos entre sindicatos o entre un sindicato y una empresa**, cuando el derecho vulnerado fuere distinto al derecho de libertad sindical. El factor determinante para la atribución competencial no podía ser el subjetivo, pues no existía en principio ninguna norma que dispusiera que los conflictos entre sindicatos o entre sindicatos y empresas se atribuían al orden social. Entre dichos sujetos no existe ninguna relación laboral, de modo que la vulneración de sus derechos fundamentales y el resarcimiento por la lesión entraría dentro del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 del Código Civil.

---

[229] MONTOYA MELGAR, A., "Comentario al artículo 2", en MONTOYA MELGAR, A., GALIANA, J, SEMPERE, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral* , Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 33. Explica el autor que, aunque la LPL de 1995 no lo recoja (a diferencia de la LPL de 1980), también cabe la posibilidad de conflictos de trabajadores entre sí, si bien esos conflictos entre trabajadores del mismo o de distintos empresarios habrán de tener un contenido laboral para que su conocimiento y solución corresponda a la jurisdicción social.

[230] La STSJ de Andalucía-Málaga, de 19 de enero de 1996, rsu. 271/1995 consideró competente a la jurisdicción civil y no a la laboral para el conocimiento de las pretensiones de tutela de los derechos de libertad sindical de una Asociación Profesional frente a otras, por no ostentar obviamente la cualidad de trabajador la Asociación Profesional, pero tampoco de sindicato. El artículo 13 LOLS remite a la "jurisdicción competente" para el conocimiento de los pleitos sobre protección de los derechos de libertad sindical, por lo que, concluye la sentencia, "habrá de estarse para su delimitación a la naturaleza jurídica de las personas que intervienen en el litigio, y, por tanto, al constituir el objeto del proceso un conflicto entre una Asociación profesional frente a otra Asociación profesional y una Asociación empresarial, el mismo resulta extraño a la jurisdicción laboral".

La doctrina entendía que, ya se atendiera al fundamento o título jurídico de la pretensión (el cual sería civil por estar ante un supuesto de responsabilidad extracontractual) como a la naturaleza de la relación entre los sujetos (no hay relación contractual de carácter laboral entre sindicatos o sindicato y empresa) no cabría atraer la controversia a la jurisdicción social [231]. En la jurisprudencia, por su parte, se dieron pronunciamientos contradictorios[232].

Con el art. 2.f) LRJS las dudas sobre la atribución de competencia a la jurisdicción social se han solventado, pues se declara a esta competente para conocer de "las controversias entre dos o más sindicatos, o entre éstos y las asociaciones empresariales, siempre que el litigio verse sobre cuestiones objeto de la competencia del orden jurisdiccional social". Se impone el criterio de la materia, de modo que en las demandas entre sindicatos por vulneración de derechos fundamentales distintos de la libertad sindical, siempre que el conflicto derive de las relaciones de trabajo será también competente el orden social[233].

Quedarían aquellas **cuestiones litigiosas surgidas entre sindicatos y empresas por vulneración de sus derechos fundamentales**, a las que cabría aplicar el mismo criterio "ratione materia", de modo que si el conflicto surge a propósito de relaciones de trabajo, deberán conocer del mismo los tribunales laborales.

En este sentido, la SAN (Sala de lo Social) de 18 diciembre de 2015, proc. 344/2015 a propósito de la demanda ejercitada por la empresa contra el sindicato en demanda de tutela del derecho fundamental al honor empresarial, por haber vertido el sindicato expresiones y críticas como "terrorismo patronal", estima competente a la jurisdicción social , a pesar de no estar contemplada dicha atribución en el art. 2.f, ni en el art. 177 LRJS, pues si la vulneración del derecho al honor se ha producido, como en este caso, en el ámbito de las relaciones de trabajo, particularmente en el de un conflicto laboral, la competencia corresponde a la jurisdicción social, a tenor del art. 2.a) LRJS.La sentencia hace primar el criterio por razón de la materia, pues a pesar de que el art. 177 LRJS reconoce legitimación activa solo a trabajadores y sindicatos, "si trabajadores y sindicatos

[231] LASAOSA IRIGOYEN, E., *op.* cit*.,* pág. 310.

[232] La SAN de 2 de marzo de 1999, proc. 172/1998, en un conflicto sobre derecho al honor surgido entre dos sindicatos justifica la competencia del orden social por considerarlo un pleito derivado de las relaciones de trabajo en virtud de lo dispuesto en el art. 181 de la Ley de Procedimiento Laboral, ya que la demanda versa sobre tutela ante la infracción de un derecho fundamental, el honor, que tiene su origen en el ámbito de las relaciones entre sindicatos, por conflictos surgidos entre ellos como consecuencia de las relaciones de trabajo. En sentido contrario y corrigiendo esta doctrina, la STS de 26 de diciembre de 1999, rco. 1544/1999, por cuanto que "el solo hecho de que las partes contendientes sean sindicatos, no es suficiente para atribuir a este Orden el conocimiento de la cuestión sometida a debate".

[233] El origen del conflicto en las relaciones de trabajo ya había llevado mucho antes de la actual LRJS a apreciar la competencia de la jurisdicción social en pleitos surgidos entre sindicatos. Véase la mencionada SAN de 2 de marzo de 1999, que conoce de un conflicto sobre derecho al honor surgido entre dos sindicatos, uno de los cuales había emitido un comunicado con graves descalificaciones contra el otro; en ella se justifica la competencia social por considerarlo, en definitiva, un pleito derivado de las relaciones de trabajo: " la demanda versa sobre tutela de un derecho fundamental cual es el honor que tiene su origen en el ámbito de las relaciones entre sindicatos, por conflictos surgidos en ellos como consecuencia de las relaciones de trabajo con la empresa".

tienen derecho a que se respete su derecho al honor en el ámbito de las relaciones laborales y a reclamar ante la jurisdicción social, cuando lo consideren vulnerado, no hay razón para que los empresarios no puedan denunciar su vulneración ante el orden jurisdiccional social, cuando sostienen que la misma se ha producido en el ámbito de las relaciones laborales"[234]. La Sala de lo Social de la AN añade un interesante argumento como es la legitimación que reconoce el apartado 4 del art. 177 LRJS a la víctima de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, "con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas". La víctima de dicha lesión podrá dirigir pretensiones tanto contra el empresario como contra "cualquier otro sujeto responsable", con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Considera la AN a la empresa "víctima" de la lesión del derecho fundamental y al sindicato demandado como "cualquier otro sujeto responsable de la lesión", habiéndose producido la lesión del derecho al honor de la empresa "con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas". No obstante, cuando el art. 177.4 LRJS se refiere a cualquier otro sujeto responsable se refiere a un tercero vinculado al empresario y legitimado pasivamente "junto" al primero, no a cualquier sujeto distinto del empresario.

A pesar de la actual regulación expresa, no es extraño encontrar hasta la fecha sentencias de los tribunales civiles, que, sin plantearse su competencia, deciden sobre la tutela del derecho al honor del empresario, frente a lesiones realizadas por el sindicato (o por el sindicato y un trabajador afiliado al mismo), a pesar de la existencia de un conflicto laboral entre las partes[235].

Por último, cabría también hacer referencia a la vulneración de los derechos fundamentales del afiliado por parte del sindicato al que pertenece, que entraría en el ámbito de conocimiento del orden social al tratarse de una cuestión relativa al "funcionamiento interno de los sindicatos y las relaciones con sus afiliados", como ya se indicó (art. 2. k) de la LRJS). No obstante, al no existir una relación de trabajo entre el sindicato y sus afiliados sino de carácter asociativo, en su día se consideró que debían ser

[234] Continúa la sentencia con argumentos a favor del principio *ratione materia*: "Por lo demás, las reclamaciones por responsabilidad de los sindicatos por infracción de las normas de la rama social del derecho, corresponde al orden jurisdicción social, tal y como dispone el art. 2.m LRJS , por lo que si se denuncia que la trasgresión del derecho al honor del empresario por parte del sindicato se ha producido en el marco de un conflicto laboral, como sucede aquí, su conocimiento natural corresponde al orden jurisdiccional social".

[235] STS, Sala de lo Civil, de 18 de junio de 2024, rec. 6351/2023, resuelve la demanda de tutela por intromisión ilegítima en su derecho al honor ejercitada por la empresa frente al sindicato y al trabajador de la empresa afiliado a este último, por las expresiones vertidas contra la empresa (explotación laboral, condiciones infrahumanas e injustas de los empleados, "basta ya de acoso laboral"…) en concentraciones realizadas ante la puerta de la misma y apoyadas por el trabajador demandado en sus perfiles de Facebook. A pesar de que la empresa denuncia la "no existencia de conflictividad laboral, tratándose de expresiones completamente desmarcadas del inexistente conflicto e informaciones vertidas carentes de veracidad", el Tribunal las considera conectadas completamente con este, sin que ello le lleve a declarar su falta de jurisdicción.

conocidas por el orden jurisdiccional civil[236]. En la actualidad no cabe duda de la competencia de los órganos sociales y además en cualquier fase o estadio de dicha relación:

- En la fase previa de afiliación al sindicato, por vulneración del derecho de libertad sindical al denegar la afiliación a un trabajador.
- Durante el transcurso de la relación de afiliación al sindicato, para conocer de la impugnación de sanciones impuestas a los afiliados, como ocurre en el supuesto más frecuente y típico de sanción al afiliado que ha manifestado opiniones contrarias a las del propio sindicato, en los que se alega la vulneración del derecho de libertad ideológica o de expresión y opinión (art. 16 y 20 C.E.). En estos casos, a pesar de no existir vínculo laboral entre los sujetos y de vulnerarse derechos fundamentales como la libertad ideológica o de expresión[237], se trata de una cuestión surgida en la "relación entre el sindicato y sus afiliados" y entra dentro de los asuntos atribuidos a la jurisdicción social.
- Respecto a los litigios derivados de la responsabilidad del sindicato por los servicios que presta a sus afiliados también se ha señalado que la misma correspondería a la jurisdicción social[238].En este caso, supondría una interpretación amplia del término "relaciones con sus afiliados", pues lo cierto es que en este caso los servicios prestados por el sindicato lo son por la afiliación de la persona trabajadora al mismo y como contrapartida al abono de las cuotas de afiliación, como en el caso de cualquier otra asociación, lo que excedería los límites del concepto "funcionamiento interno del sindicato". No obstante, el art. 177.1 LRJS permite a la persona trabajadora recabar la tutela a través de este procedimiento, cuando la lesión se produzca en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social "o en conexión directa con las mismas", de lo que cabría colegir dicha atribución competencial.
- Por último, también ha de entenderse la competencia de los tribunales laborales para conocer de los litigios que surjan entre el sindicato y sus liberados sindicales por el cese de estos o entre el sindicato y sus afiliados por la baja en la afiliación.

[236] ALBIOL MONTESINOS, I., *La tutela de la libertad sindical por los Tribunales nacionales*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 83.
[237] También ha de entenderse vulnerado el derecho de libertad sindical si la sanción consiste en la expulsión del sindicato (sanción prevista en los estatutos sindicales para faltas muy graves), por atentar contra el derecho de libertad de afiliación.
[238]Vid. TÁRRAGA POVEDA, J., *El sindicato como empleador, CES, Madrid, 2002,* págs. 309 y 310*,* defendiendo una interpretación amplia del entonces artículo 2.h de la LPL y en el origen de la jurisdicción laboral que se encuentra, según el autor, en la intención de que los trabajadores pudieran resolver sus pleitos sin necesidad de acudir a la jurisdicción civil .

IV. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL ENTRE LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES SOCIAL Y PENAL EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Muchos delitos constituyen atentados a derechos fundamentales (homicidio, lesiones, injurias, amenazas, coacciones, detención ilegal...). Aun cuando dichos delitos se produzcan en el ámbito laboral y el sujeto activo sea el empresario o un tercero vinculado al mismo, el único orden competente para conocer de los mismos es el penal, con independencia de que el bien jurídico protegido sea, a su vez, un derecho fundamental del individuo. Si bien de la responsabilidad criminal conocerá siempre el orden social, distinta es la responsabilidad civil derivada del delito, pues de ello puede conocer el orden social, al ser susceptible de realizarse una expresa reserva de la acción para que conozca de ella el orden jurisdiccional competente. Así lo prevé el art. 109 del Código Civil, cuando establece en su apartado primero la obligación del responsable criminalmente de reparar los daños y perjuicios causados y en su apartado segundo, el derecho de opción del perjudicado, para "exigir la responsabilidad ante la Jurisdicción Civil". Si el hecho se ha producido en el ámbito de las relaciones de trabajo y en relación con las mismas, la responsabilidad civil se podrá exigir ante la jurisdicción social, si ante este se ha incoado el proceso de tutela por tratarse de pretensión atribuida a este orden[239].

Junto a estos tipos penales, existen otros en los que se protegen específicamente los derechos de las personas trabajadoras, bajo la rúbrica "delitos contra los derechos de los trabajadores" en los arts. 311 a 318, se encuentra el art. 315.1 que castiga con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses a los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga. Si las conductas se llevan a cabo mediante coacciones, serán castigadas con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses. Por otro lado, dentro de los delitos cometidos por los funcionarios públicos, el Código Penal establece que incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes (art. 542 CP), como podrían ser los de libertad de sindicación y de huelga.

Asimismo, el art. 316 del Código Penal castiga con penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a quienes, con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que las personas trabajadoras desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad

[239] Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela...*, cit. pág. 139.

física (art. 316 CP). Cuando este delito se cometa por imprudencia grave, se impondrá la pena inferior en grado (art. 317 CP).

Por su parte, el título VII del Código Penal "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral" en su art. 173, apartado 1, sanciona el delito de acoso, al castigar con pena de prisión de seis meses a dos años (la misma prevista para el tipo básico de "trato degradante") a los que "en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

De acuerdo con lo previsto en el art. 4. 1 LRJS, en el orden jurisdiccional social la regla general es que las cuestiones prejudiciales penales pueden ser conocidas y resueltas por los tribunales laborales, es decir, no paralizan la tramitación del proceso laboral ni la decisión de la causa principal, con la única excepción mencionada en los apartados 3 y 4 : "cuando se basen en falsedad documental y su solución sea de todo punto indispensable para dictar la sentencia laboral". Las falsedades documentales se regulan en los artículos 390 a 400 bis del Código Penal(Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre).

Por tanto, en principio, el órgano jurisdiccional laboral resolverá en la resolución judicial que ponga fin al proceso todas las cuestiones prejudiciales que surjan y que no sean pertenecientes a dicho orden, salvo en dos supuestos:

- Cuando hayan sido solucionadas ya por el orden jurisdiccional competente, pues en este caso, el órgano de lo social tendrá que estar a lo ya resuelto[240].
- Cuando la cuestión prejudicial se base en "falsedad documental" y "su solución sea de todo punto indispensable para dictarla", por tanto, en aquellos casos en los que se impute la falsedad de un documento del que sea indispensable conocer sobre su veracidad para dictar la sentencia que resuelva el proceso. En este caso, se producirá la suspensión del plazo para dictar la sentencia que ponga fin al proceso o bien se suspenderá la ejecución de la sentencia ya dictada (si la falsedad se ha producido después de la constitución del título ejecutivo)[241].

La regla general, por tanto, en el orden social es la prejudicialidad no devolutiva, como vía para que el órgano social pueda conocer en su integridad asuntos complejos, en los que pueden suscitarse cuestiones de otros sectores del ordenamiento jurídico[242], evitando así tener que esperar a su resolución en dicho orden, con la consiguiente suspensión de la

[240] STC 182/1994, de 20 de junio.
[241] Artículo 4.4 LRJS: "la suspensión de la ejecución por existencia de una cuestión prejudicial penal solo procederá si la falsedad documental en que se base se hubiera producido "después constituido el título ejecutivo y se limitará a las actuaciones ejecutivas condicionadas directamente por la resolución de aquella".
[242] Vid. LASAOSA IRIGOYEN, E., "Comentario del artículo 4 de la LRJS", en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, BARRIOS BAUDOR, G.L.(Dir.), Ed. Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 84-87.

decisión en el proceso laboral. Dicha prejudicialidad no devolutiva está prevista para todos los órdenes jurisdiccionales con carácter general en el art. 10.1 LOPJ (" a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente"). Si bien en el apartado 2 del mismo artículo se excepcionan las cuestiones prejudiciales penales, que tendrán carácter devolutivo, suspendiendo el curso del procedimiento en el que surjan hasta la resolución de las mismas por los órganos penales a quienes corresponda (art. 10.2 de la LOPJ[243]). No obstante, el propio art. 10.2, in fine, prevé la excepción de la excepción: "salvo las excepciones que la ley establezca", entre las que se encuentra el orden social, que podrá resolver todas las cuestiones prejudiciales penales que surjan, sin necesidad de suspender el proceso laboral, con la única salvedad del supuesto de falsedad documental.

Por tanto, el juez social podrá resolver cuantas cuestiones prejudiciales contencioso-administrativas, civiles y penales puedan surgir y cuya solución sea necesaria para poder dictar sentencia en el asunto planteado, con la única excepción de la "falsedad de un documento que pueda ser de notoria influencia en el pleito y cuya solución resulte indispensable para dictar sentencia y dar debida solución al caso planteado o condicione directamente el contenido de ésta". Fuera de esta única excepción, no se suspenderá el curso del proceso por seguirse causa penal por los hechos debatidos (art. 86.1 LRJS).

El art. 4.2 LRJS prevé que las cuestiones previas y prejudiciales que sean resueltas por el órgano judicial social no producirán efecto fuera del proceso en que se dicten, lo que abre la vía a resoluciones contradictorias, pues la solución a las que llegue el orden jurisdiccional social no producirá efectos de cosa juzgada en el procedimiento que se pueda seguir ante el orden jurisdiccional competente. Ahora bien, el art. 86.3 LRJS prevé la posibilidad de la revisión de la sentencia que se dicte en el orden social, cuando en el orden penal se dictara sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, a fin de evitar situaciones manifiestamente injustas. La vía de la revisión prevista en el art. 236 LRJS solo estaría abierta en estos supuestos, no así cuando el sobreseimiento de la causa es provisional[244].

La diferencia con el orden civil en este punto es clara. Si un juez de lo civil comprobara la existencia de causa criminal sobre hechos que fundamenten las pretensiones de las partes o que puedan tener influencia decisiva en la resolución del asunto civil debe suspender las actuaciones, cuando el proceso esté pendiente solo de sentencia (art. 40.2 y 3 LEC). Por el contrario, si el juez es de lo social, nada le impide decidir la cuestión, sin perjuicio de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal o el órgano competente para la instrucción de la causa, en aplicación del art. 262 LECr.

---

[243]Artículo 10.2 LOPJ: "No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca".

[244] LOUSADA AROCHENA, J*., El derecho de los trabajadores a la protección...,*cit*.,* pág. 216.

La LOLS, por su parte, aplica esta doctrina general al proceso de tutela de libertad sindical, en su art. 15 al establecer que "si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical, así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal, a los efectos de depuración de eventuales conductas delictivas". Traslado que no resultará necesario en el caso del proceso de tutela de derechos fundamentales, pues la intervención del mismo es preceptiva (art. 177.3 LRJS).

V. COMPETENCIA OBJETIVA, FUNCIONAL Y TERRITORIAL DE LOS TRIBUNALES LABORALES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

La competencia funcional y objetiva de los órganos jurisdiccionales es una materia de naturaleza improrrogable, indisponible y apreciable de oficio por los tribunales, al tratarse de una cuestión de orden público procesal (relacionada con el derecho al juez natural predeterminado por la ley reconocido como derecho fundamental en el art. 24.2 de la C.E.). Se rigen por lo dispuesto en los arts. 6 a 9 LRJS, presentando 4 niveles constituidos por los Juzgados de lo Social[245], las Salas de lo Social de los Tribunales de Justicia, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y en la medida en que los 3 primeros niveles pueden conocer en única instancia de los procedimientos es necesario fijar reglas de competencia objetiva.[246]

El art. 6 LRJS atribuye a los Juzgados de lo Social, como regla general, el conocimiento en única instancia de "todos los procesos atribuidos a la jurisdicción social", con la excepción de los atribuidos al conocimiento de otros órganos en los artículos siguientes (7 a 9 de la LRJS). Los asuntos atribuidos a estos últimos se fijan mediante un sistema de lista cerrada, de modo que la competencia de los Juzgados de lo Social se configura como una competencia general y atrayente de todos los asuntos no expresamente atribuidos al resto de órganos. Por lo que atañe a la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, los Juzgados de lo Social serán competentes para conocer de las demandas en esta materia, siempre y cuando los efectos de la lesión de ese derecho no se extiendan a un ámbito territorial superior al de su respectiva circunscripción [art. 7. a) y 8 de la LRJS, a sensu contrario]. Se trata de determinar la competencia objetiva de los órganos judiciales, "que nace del hecho de existir varios órganos competentes para conocer en primera y única instancia de los conflictos que se promuevan en la rama social del

[245]LO 1/2025 de Eficiencia prevé la constitución de Tribunales de instancia que surgirán de la transformación de los actuales Juzgados de lo Social en Secciones de dichos Tribunales. Una vez implantados de forma efectiva a partir del 31 de diciembre de 2025 todas las referencias a los juzgados unipersonales se entenderán realizadas a las secciones del orden jurisdiccional correspondiente de los tribunales de instancia, conforme a lo establecido en su DT 1ª.

[246] BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. Y FERNANDEZ LÓPEZ, M F., *Instituciones de derecho procesal, laboral,* cit., pág. 27.

derecho, aunque se utilicen criterios de territorialidad para hacer esa atribución de competencia"[247]. Y ello es relevante pues si bien el art. 7.a) LRJS, al determinar la competencia objetiva de los TSJ hace referencia a "los procesos (…) cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma", el art. 10 LRJS, al determinar la competencia territorial de los Juzgados de lo Social hace referencia en su apartado 2, letra f) a que en los procesos que versen sobre tutela de derechos fundamentales y libertades públicas será juzgado competencia "el del lugar donde se produjo o, en su caso, al que se extiendan los efectos de la lesión, o las decisiones o actuaciones respecto de las que se demanda la tutela".

El criterio general respecto de la determinación de la competencia objetiva entre los distintos órganos competentes es el espacio físico en el que se manifiestan los efectos del acto lesivo impugnado y no el lugar de comisión de la lesión[248]. Resulta, por tanto, necesario fijar el ámbito al que se extienden los "efectos" de la lesión del derecho fundamental y no "dónde" se ha producido dicha lesión para determinar el órgano competente objetivamente[249], lo que ha dado lugar a una amplia casuística jurisprudencial en la que resulta difícil encontrar un criterio uniforme.

De esta disparidad de criterios es una muestra los pronunciamientos del TS sobre vulneración del derecho de huelga, al concluir que, si una pluralidad de trabajadores de una misma provincia demandan a su empresa por conculcar su derecho de huelga, el conocimiento de dicha lesión corresponde al Juzgado de lo Social de dicha provincia donde se ha producido la lesión, a pesar de que la huelga estuviese convocada en el ámbito

[247] Vid. STS de 11 de diciembre de 2000, rcud. 2327/1999.

[248] Véase STS de 24 de abril de 2001, rcud. 2544/2000, que atribuye el conocimiento de la demanda por vulneración de la libertad sindical del sindicato demandante por exclusión de la mesa de negociación del convenio colectivo, al Tribunal Superior de Justicia de Asturias y no al Juzgado de lo Social de Oviedo, a pesar de que la Comisión Negociadora esté constituida en la ciudad de Oviedo, afirmando que el criterio que se sigue es el ámbito territorial de afectación "y, aunque es cierto que el apartado f) del número 2 del artículo 10 de la Ley de Procedimiento Laboral, al determinar la competencia de los Juzgados de lo Social, se refiere al lugar en que se produjo la lesión, tal regla tiene que ser armonizada con la anterior, ante la imposibilidad de aplicar dos criterios distintos para establecer la competencia en la misma materia y ello ha de hacerse entendiendo que la producción de la lesión no puede separarse de sus efectos y, por tanto, hay que concluir que el artículo 10.2.f) de la Ley de Procedimiento Laboral no remite al lugar de la comisión de la infracción, sino al ámbito en que se concretan las consecuencias de ésta y en este sentido es clara la competencia de la Sala de lo Social, pues la eventual violación del derecho fundamental se produce en el ámbito del convenio del que se ha excluido al sindicato que alega la lesión de la libertad sindical". En el mismo sentido, la STS de 6 de octubre de 2021, rcud. 132/2021, en supuesto de vulneración del derecho de libertad sindical del sindicato demandante (CNT) por continuar utilizando el demandado (federación de Oficios Varios de Toledo, que se "desfederó" de la Confederación Nacional de Trabajo) las mencionadas siglas, se atribuye la competencia a la Audiencia Nacional y no a los Juzgados de lo Social de Toledo, pues los efectos de la lesión (uso fraudulento de las siglas del sindicato CNT) no se limitan a la provincia de Toledo (aunque la actividad sindical la desarrolle allí), sino a todo el territorio estatal al haber promovido el demandado junto a otros sindicatos una confederación de ámbito estatal.

[249] MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos fundamentales….* cit, pág. 11: "En ocasiones, resulta una tarea compleja la de determinar "cuándo y dónde" tuvo lugar la vulneración del derecho fundamental, sobre todo cuando los trabajadores afectados aparecen prestando sus servicios en diferentes Comunidades Autónomas y distintos centros de trabajo".

de la Comunidad Autónoma[250], si bien en sentencia de 11 de julio de 2019 (rcud. 58/2018) se señala que no es competencia del Juzgado de lo Social, sino del Tribunal Superior de Justicia, el conocimiento de la demanda de tutela del derecho de huelga presentada contra una empresa con centros de trabajo en varias provincias de una Comunidad Autónoma, pues debe entenderse que la cuestión afecta a un ámbito superior a la provincia, aunque en la demanda se alegue vulneración del derecho a la huelga de las personas trabajadoras de una provincia en concreto[251].

Los criterios dispares oscilan entre aquel que atiende al ámbito territorial de ejercicio del derecho de huelga, realizando una interpretación amplia del concepto "efectos" de la lesión (pues los actos empresariales atentatorios del mismo pueden tener efecto directo sobre las personas trabajadoras de un determinado centro de trabajo, pero también una repercusión general en la huelga convocada en otros centros), a lo que se unen razones de seguridad jurídica (art. 9.3 de la C.E.) a fin de evitar en lo posible la existencia sentencias contradictorias sobre una misma cuestión,[252] y aquel otro que atiende a la afectación concreta de la lesión del derecho fundamental, de modo que si existe una "afectación personal e individualizada, para cuyo ejercicio de la correspondiente acción sólo está legitimado el propio afectado"[253](y así ocurrirá cuando los requisitos de la pretensión ejercitada requieran un examen de su concurrencia o no respecto de cada sujeto afectado)

---

[250] STS de 15 de septiembre de 2006, rco. 136/2005. "Se rechaza la competencia del TSJ y se declara competente al Juzgado de lo Social, pues "una cosa es la dimensión del conflicto y otra bien distinta la proyección que el mismo haya producido sobre el derecho fundamental de los trabajadores demandantes que actúan precisamente a título personal, no colectivo". Véase sobre esta cuestión, LASAOSA IRIGOYEN, E. "Comentario al artículo 7 de la LRJS" en BARRIOS BAUDOR, G.L. (Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora…*, cit., págs. 97 y 98.

[251] Razona la sentencia: "el hecho de que en principio sólo consten indicios de violaciones del derecho de huelga y de libertad sindical en los centros de trabajo de Sevilla, no sirve de base para resolver que la competencia en primera instancia es de los Juzgados de lo Social de Sevilla ". En este supuesto en el que se solicita la tutela del derecho de huelga por el sindicato convocante de la misma en la Comunidad autónoma andaluza (para el sector de emergencias), entiende la Sala que, de considerarse competentes a los Juzgados de lo Social, se limitaría la posibilidad de probar otros actos empresariales atentatorios contra el derecho de huelga, a lo que hay que sumar que las lesiones concretas, si bien se producen respecto del servicio de emergencias 112 de Sevilla, pueden tener general o individual repercusión en los centros de otras provincias donde también estaba convocada la huelga.

[252] STS de 11 de julio de 1994, rco. 2134/1993, afirma la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de la vulneración del derecho de huelga por "esquirolaje" realizado por la empresa Renfe, que procedió a sustituir a trabajadores para dar mayores servicios de los autorizados, produciéndose el incidente en el recorrido del tren entre Barcelona y Girona. La Sala de la AN considera que la competencia no es del TSJ de Cataluña: "si tenemos en cuenta que se trataba de una huelga que afectaba a todo el territorio del Estado, cualquier violación del derecho sindical de huelga, por parte del empresario debe entenderse referido al total ámbito de su ejercicio, que era todo el territorio nacional".

[253] Véase la STSJ de Justicia de Castilla y León, Burgos, de 12 de marzo, rsu 75/1996, a propósito de los descuentos salariales realizados a trabajadores de Renfe con motivo de la huelga de ámbito nacional, por razón de afiliación a uno de los sindicatos convocantes, indica que los efectos sólo se producen en relación con los afectados y "aunque se haya dado el hecho del descuento indebido en una pluralidad amplia de trabajadores a lo largo de la geografía española, el examen necesariamente ha de ser individualizado pudiendo ser distinto el grado de acreditación de tal móvil en unos o en otros casos, o incluso no existir", tratándose de un pleito individual o a lo sumo plural, pues la pretensión que se deduce requiere el análisis caso por caso de la concurrencia o no de un "requisito material, ideológico o subjetivo" como es el móvil discriminatorio. A propósito de ese mismo asunto y en idéntico sentido, STSJ de Madrid, de 30 de junio de 1995, rsu. 786/1995.

la competencia corresponderá a los Juzgados de lo Social de cada uno de los lugares donde se ha producido la lesión del derecho fundamental. En definitiva, ello supone realizar una valoración sobre el tipo de interés (colectivo o individual) que se considere prevalente en el supuesto en cuestión y del ámbito sobre el que se proyecta el mismo[254]; siendo estos casos en los que la lesión afecta de manera individual a los concretos trabajadores que soportan directa e inmediatamente las consecuencias del acto que se reputa lesivo, pero a su vez tienen también una afectación o repercusión colectiva sobre el interés del grupo del que forman parte, donde se suscitan mayores dudas[255]. Se ha considerado prevalente el interés colectivo en el supuesto de atentado contra el derecho de huelga que se había convocada en una determinada Comunidad Autónoma, si bien las conductas lesivas de las empresas (comunicaciones y escritos en el tablón de anuncios de los centros de trabajo sobre el carácter ilegal de la huelga) se habían producido por distintas empresas que tenían su domicilio en localidades diversas pertenecientes a diferentes Comunidades Autónomas", por lo que la competencia se atribuye a la Audiencia Nacional y no al TSJ de la Comunidad Autónoma donde se había preavisado y convocado la huelga.[256]

La jurisprudencia viene aplicando como criterio orientador también a los litigios que pueden presentar un carácter colectivo, como los de tutela del derecho de huelga o de la libertad sindical, los criterios de la doctrina jurisprudencial sobre el ámbito de afectación de los conflictos colectivos[257]. El punto de partida de dicha doctrina consiste en atender

---

[254] Vid. GÁRATE CASTRO., *La tutela de los derechos…,* cit. pág. 85:" Así, si la supuesta lesión consiste en que la empresa procedió a practicar descuentos salariales a ciertos trabajadores de los centros que posee en una provincia, en base al exclusivo dato de su afiliación al sindicato convocante de la huelga, extendiendo ésta sus efectos a todos los centros de trabajo que la empresa tiene ubicados en distintas Comunidades Autónomas, la competencia objetiva corresponderá, si se parte de que domina el interés individual de los aludidos trabajadores, a los Juzgados de lo Social en cuya circunscripción estén situados los centros de trabajo a los que pertenezcan tales trabajadores, siempre que esa circunscripción esté compartida por todos aquellos Juzgados. Por el contrario, si se considera que debe prevalecer el interés colectivo del conjunto de los huelguistas y la dimensión, asimismo colectiva, de la presunta discriminación salarial, la competencia objetiva la ostentará la AN".

[255] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical…,* cit. pág. 204.

[256] STS de 29 de mayo de 2007, rcud. 41/2006.

[257] La doctrina consolidada sobre la competencia objetiva en los procesos de conflictos colectivos incide en la necesidad de determinar el ámbito "real" de afectación del conflicto, sin que quepa ampliar el litigio colectivo sobre hipotéticas, futuras o potenciales afectaciones del ámbito de extensión del conflicto, como tampoco y en sentido opuesto, realizar restricciones artificiales del ámbito del conflicto, modificando en ambos casos, el juez natural predeterminado por la ley. Véase la STS de 4 de abril de 2002 (rcud. 882/2001): "Son los límites reales, e inherentes a la cuestión debatida, los que deben determinar la competencia objetiva, no los artificialmente diseñados por las partes", la de 25 de octubre de 2004, rcud. 5046/2003 y la de 20 de diciembre de 2004, rcud. 44/2004.Y dicha afectación real viene determinada no por la norma o decisión que se trate de aplicar, sino por el alcance o área a la que se contrae el conflicto (vid. SSTS de 6 de febrero de 2009, rcud. 11/2008 y de 21 de julio de 2009, rcud. nº 3389/2008).Véase, con cita de abundante jurisprudencia, NORES TORRES, E., "Comentario al artículo 6 de la LRJS", en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social...,* Tirant lo Blanch, edición electrónica, 2023, páginas 138 y 139: "en esta línea, se mueve la jurisprudencia casi de forma constante (…) de modo que la competencia para conocer de un conflicto colectivo viene dada por el alcance territorial de los efectos del conflicto planteado"; con cita de SSTS, entre otras muchas, de 6-7-1994 (rec. 3772/93), 18-3-1997 (rec. 3140/96), 12-2-1999 (rec. 2380/98), 17-7-2000 (rec. 3591/99), 21-2001 (rec. 4364/99)…).

a la extensión territorial del conflicto planteado y no al alcance de la norma que lo origina. Sin embargo, en algún supuesto se ha adoptado un criterio distinto por el Tribunal Supremo[258] y se ha optado por dar preferencia al ámbito de la norma origen del conflicto para delimitar la competencia entre los Juzgados de lo Social, los TSJ y la AN. Dicho criterio también se ha trasladado a ciertos supuestos de procesos de tutela de derechos fundamentales, por ejemplo, los que pueden surgir a propósito de la negociación de un convenio colectivo (cuestiones como la vulneración del derecho de libertad sindical surgidas a propósito de la constitución de la Comisión negociadora del convenio colectivo). Muestra de la aplicación estricta de dicho criterio es la atribución de competencia a la Audiencia Nacional para conocer de la impugnación de la constitución de una comisión de seguimiento provincial de un convenio estatal.[259] El criterio de conexión con el ámbito territorial del convenio colectivo también ha sido el aplicado en el supuesto de sanciones impuestas a varios miembros del Comité intercentros de una empresa de ámbito nacional (Paradores, S.A.), como medida de presión y desincentivación durante la negociación del convenio colectivo de ámbito estatal, atribuyéndose la competencia a la Audiencia Nacional, por razón, entre otros criterios, de la conexión de las conductas vulneradoras de la empresa con la obstaculización de la negociación del convenio colectivo y en atención a la extensión estatal de este último.[260]

Si los efectos de la lesión se extienden a un ámbito superior a la circunscripción del Juzgado de lo Social, pero no del ámbito de la Comunidad Autónoma, la competencia en

[258] STS de 18 de marzo de 1997, rco. 3140/1996. En un conflicto colectivo planteado en una Comunidad Autónoma respecto de un convenio colectivo de ámbito estatal, se declara la competencia de la Audiencia Nacional: "dado que lo que se resuelve en el presente conflicto colectivo, en cuanto al fondo litigioso, afecta de forma efectiva o potencial, a personal de RENFE en otras provincias, que se encuentren en idéntica situación, dado los términos del suplico de la demanda, teniendo por tanto el problema planteado una vocación de generalidad, sin que pueda circunscribirse al ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, como manifiestan los actores, sino a los de otras comunidades autónomas dado el ámbito estatal del Convenio".

[259] STS de 11 noviembre 1998, rcud. 338/1998 sobre la competencia de la Audiencia Nacional para conocer del proceso de tutela de libertad sindical entablado por Central Sindical CGT, por discriminación al haber sido excluida en la composición de la Comisión de Empleo Provincial, se considera que no es más que "una mera consecuencia o acto de ejecución de la decisión de la Comisión de Seguimiento de 17 de noviembre de 1994" y "es esta decisión, que ha sido aplicada uniformemente en distintas provincias del territorio nacional, el germen y la causa de que no se haya aceptado la participación de la Confederación General de Trabajo en las comisiones citadas, y el verdadero objeto de impugnación de este litigio".

[260] STSJ de Madrid, de 1 de octubre de 1993, rsu. 2052/1993, en la que se enumeran como criterios de determinación de la competencia, el ámbito territorial de actuación de la empresa, Paradores, S.A. , el de implantación del órgano de representación de los trabajadores (Comité intercentros) y los actos de la empresa (imposición de sanciones a dichos representantes por la ocupación o "sentada" en el parador de Córdoba, como medida de presión en el marco de la negociación del Convenio Colectivo) : "se ha de concluir que estamos a presencia de un litigio en el que la materia versa sobre la tutela de los derechos de libertad sindical instado por tres de los representantes de todos los trabajadores de todos los Paradores Nacionales (de notoria implantación en todo el territorio nacional), en tanto integradores del Comité Intercentros, órgano de igual implantación, y en cuanto actuantes de una acción de presión de claras connotaciones colectivas, y en el marco de una negociación de un Convenio Colectivo, acción de presión de la que se derivaron unas sanciones…"

única instancia corresponderá a la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, art. 7. a) LRJS.

Se ha atribuido la competencia al TSJ en el caso de expulsión de un afiliado que era miembro de la ejecutiva de una federación sindical regional, aunque la sanción se impuso por el órgano de ámbito nacional[261]. Respecto a este tipo de cuestiones se adoptó en un primer momento por el TS una interpretación orgánica y funcional, es decir, por un criterio vinculado posibilidad teórica de actuación del cargo desempeñado por el afiliado que es sancionado[262]. Si bien por STS de 26 de marzo de 2001, rcud. 4363/1999 se descarta dicho criterio, al entender que la sanción impuesta por un sindicato a un afiliado nunca tendría un alcance colectivo, sino que se trataría en todo caso de un conflicto individual entre sindicato y afiliado, con independencia del ámbito al que se extendieran las labores representativas del afiliado, que pudieran ser superiores al de un Juzgado de lo Social, pero que ello no priva a la "litis" de su carácter o naturaleza individual. [263] En aplicación de este criterio, se ha entendido que de la impugnación de una sanción impuesta a un miembro de la Comisión Ejecutiva Confederal de un sindicato deben conocer los juzgados de lo social y no la Audiencia Nacional, aunque el sancionado desarrolle sus funciones en un órgano de ámbito estatal[264].

Por último, si los efectos de la lesión del derecho fundamental se extienden a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma, la encargada de conocer del asunto será la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en única instancia, de conformidad con el art. 8° LRJS.

---

[261] Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F.: *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical*…, cit., pág. 200.

[262] STS de 20 de mayo de 1995, rco. 2719/1993, en proceso de impugnación de sanciones impuestas a afiliados de UGT con cargos en la Sección Sindical Estatal de U.G.T. en R.T.V.E., "siendo claro que las competencias y facultades inherentes a tales cargos se extienden a todo el territorio nacional", por lo que la competencia correspondería a la Audiencia Nacional. También competente la Sala de la AN para conocer de la impugnación de la decisión de un sindicato de expulsión de uno de los miembros de la ejecutiva nacional, porque la decisión repercute en el ámbito territorial estatal, que es en el que actúa la comisión ejecutiva de la que formaba parte el expulsado (STS de 21 de julio de 1998).

[263] La Sala afirma expresamente que "cambia una anterior de signo contrario favorable a la competencia de las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia, en su caso, para el conocimiento de cuestiones análogas a la ahora suscitada, -argumentándose que "la norma citada debe de interpretarse en su sentido literal, teniendo en cuenta los efectos territoriales de la cosa juzgada de la sentencia a dictar" (STS/IV 21-VII-1998) o que "dicha suspensión de afiliación también impedía a los actores el ejercicio de los cargos dichos ... y como éstos encerraban competencias que alcanzaban a toda España, resulta indiscutible que el presente juicio extiende «sus efectos a un ámbito territorial superior al de una CC.AA.». SSTS de 4 de febrero de 2000, (rco. 905/1999) y de 6 de julio de 2000 (rco. 3222/1999)".

[264] Véase STS de 21 de enero de 2002, rco. 1028/2001. También la SAN de 10 diciembre de 2013, proc. 5208/2013, en demanda de tutela de derechos fundamentales interpuesta por quien ostentaba el cargo de Secretario General de la Comisión Permanente Estatal de la Sección Sindical del sindicato demandado, en Telefónica, solicitando la declaración de nulidad de la sanción impuesta, que reitera y aplica la doctrina de la Sala del TS en sentencia de 26 de marzo de 2001, rco. 4363/1999, sobre la competencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en materia sancionadora de afiliados a sindicatos, cuyos cargos se proyectan en más de una comunidad autónoma, en los que se consideran vulnerados derechos fundamentales, declarando su incompetencia y remitiendo el conocimiento a los Juzgados de lo Social de Madrid.

Se ha declarado competente a la Audiencia Nacional en procesos sobre tutela de libertad sindical y derechos fundamentales por falta de abono de las horas extraordinarias a varios trabajadores por pertenencia a un sindicato, de una empresa con buques en los puertos de Algeciras y Palma de Mallorca, pues la lesión se produce en el lugar en que se tenga conocimiento de la conducta de la empresa, en relación con trabajadores en la misma situación a los que se les abona el exceso de jornada "contacto que, normalmente, tiene lugar en el centro de trabajo, que se ubica en el buque"[265]. Se ha declarado incompetente a la Audiencia Nacional en STS de 2 de julio de 2001, rcud. 3815/2000, a propósito de un proceso de tutela de la libertad sindical en relación con acuerdos de reestructuración adoptados por una empresa naviera, puesto que las personas trabajadoras prestaban todos ellos servicios en un único centro de trabajo radicado en Madrid, sin que en la actualidad se encontrara ninguno de ellos como tripulante[266]. En dicha sentencia, el TS recuerda su doctrina sobre la interpretación "estricta" y literal del presupuesto determinador de la competencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional, que no es otro que la extensión de los efectos del conflicto sobre un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma[267] .

Por lo que se refiere a la competencia funcional para conocer, en vía de recurso, la misma no presenta ninguna especialidad cuando se trata de los procesos de tutela de derechos fundamentales. Las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán de los recursos de suplicación interpuestos contra las resoluciones dictadas por los

[265] STS de 11 de diciembre de 2000, rco 2327/1999. La sentencia resuelve también sobre el carácter unitario de la reclamación, pues la discriminación tiene una causa que es la afiliación sindical, no pudiendo dividirse la continencia de la causa, por lo que no puede hablarse de pretensiones plurales o diversas.

[266] Véase AAVV, *La ley Reguladora de la Jurisdicción social con jurisprudencia, Barja de Quiroga López. Tirant lo Blanch, 2018, versión electrónica,* pág. 34. https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788491907459.

[267] Dicha sentencia remite a la doctrina sentada en la ya mencionada de la Sala de 26 de marzo de 2001, rcud. 4363/1999, sobre la necesaria interpretación de las normas de reparto competencial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de la LOPJ y 152.1, párrafo tercero de la C.E y por tanto, de forma estricta: "a) la legalidad de las normas de reparto competencial en instancia entre los correspondientes Juzgados y Tribunales del orden social de la jurisdicción, establecidas en los arts. 7.a) y 8 en relación con el art. 2 párrafos g), h), i), k), l) y m) todos ellos del citado texto procesal laboral, solo es válidamente defendible si se ajustan a las normas de rango orgánico contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en concreto en sus art. 67, regulador de la competencia en única instancia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ('ámbito territorial de aplicación' o 'cuya resolución' sea, respectivamente, superior o haya de surtir efecto 'en un ámbito territorial superior al de una CC.AA.') y 75.1º, determinador de la competencia en única instancia de la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia ('procesos que la ley establezca sobre controversias que afecten a intereses de los trabajadores y empresarios en ámbito superior al de un Juzgado de lo Social y no superior al de la CC.AA.') b) "las referidas normas orgánicas contemplan supuestos de conflictos calificables de colectivos cuyas resoluciones o afectación superen el ámbito territorial de un Juzgado de lo Social o de una CC.AA., respectivamente, por lo que dichas reglas respetan los principios constitucionales (arts. 123.1 y 152.1 CE), reflejados en los diversos Estatutos de Autonomía sobre organización territorial de la Justicia, que proclaman, - salvo las concretas excepciones de los recursos extraordinarios a favor del Tribunal Supremo y en materia de garantías constitucionales a favor del Tribunal Constitucional -, que 'las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia' (art. 152.1.III CE), lo que obliga a una interpretación estricta de las normas excepcionales para evitar que puedan transgredir los indicados principios".

Juzgados de lo Social de su circunscripción (art. 7.c) de la LRJS), que serán siempre recurribles con independencia de la cuantía (art. 191.3.f) LRJS) y la Sala de lo Social del TS conocerá de los recursos de casación ordinarios interpuestos contra sentencias dictadas en instancia por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de lo Social de la AN y los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos contra sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 9.b), en relación con los arts. 205.1 y 218 LRJS).

El control de la competencia objetiva y funcional, así como la competencia jurisdiccional es materia de orden público procesal que resulta apreciable de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 LRJS. El órgano judicial deberá dictar auto (previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal) declarándose incompetente si dicha falta de competencia resultare apreciada en el trámite de admisión de la demanda, considerándose suspendido el plazo de caducidad de la acción, si esta lo tuviera, desde la presentación de la demanda hasta la firmeza del auto que declare la falta de jurisdicción o de competencia. Transcurrido este primer momento, el órgano jurisdiccional puede apreciar su incompetencia con posterioridad ("si en el auto se declarase la jurisdicción y competencia del órgano de la jurisdicción social, la cuestión podrá suscitarse de nuevo en el juicio"- art. 5.4 LRJS) debiendo pronunciarse sobre la misma en sentencia, y de declarar su falta de competencia, absteniéndose de entrar a conocer del fondo del asunto. De apreciarse por el órgano su jurisdicción y competencia, la parte que no se mostrare conforme con dicha decisión puede reiterar la incompetencia del órgano judicial en el recurso ulterior.

Por último y respecto a la competencia territorial, la misma tiene por objeto determinar qué juzgado entre los competentes objetiva y funcionalmente para conocer del mismo, lo será por razón del territorio.

El art. 10.f) LRJS establece reglas especiales para la determinación de la competencia territorial en el caso de procesos sobre tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, declarando competente "el del lugar donde se produjo o, en su caso, al que se extiendan los efectos de la lesión, o las decisiones o actuaciones respecto de las que se demanda la tutela". En el caso de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, aquella Sala en cuya circunscripción "se produzca o, en su caso, se extiendan los efectos de la lesión, las decisiones o actuaciones respecto de las que se demanda la tutela", salvo que los efectos de la cuestión litigiosa (en este caso, los efectos de la lesión) se extiendan a las circunscripciones de varias Salas, sin exceder del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, en los que conocerá la Sala que corresponda según las reglas de reparto que al efecto haya aprobado la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia (art. 11.3 LRJS). Así, por ejemplo, puesto que a efectos de determinar la competencia de los juzgados y tribunales lo relevante es la determinación del ámbito "donde el daño se produce" y no el ámbito de actuación de los sujetos que producen ese daño, se ha declarado competente al juzgado de lo social correspondiente para conocer de la lesión

de derechos fundamentales del representante de un sindicato de ámbito estatal y no a la Audiencia nacional, al haberse producido la lesión en el territorio en el que el representante desarrolla su actividad[268].

[268] Véase sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales sociales, NOVOA MENDOZA, A. y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, R., *Modalidades procesales: tutela de derechos fundamentales y procesos de índole colectiva (conflictos, convenios),* Editorial Aranzadi, Madrid, 2024, versión electrónica, págs. 138 y 139.

CAPÍTULO TERCERO: OBJETO Y CARACTERES DEL PROCESO

I. DELIMITACIÓN GENERAL DEL OBJETO DEL PROCESO

El objeto o ámbito de un proceso viene delimitado de forma muy general por la pretensión o tutela que se pretende. La pretensión que se ejercita en esta modalidad procesal se concreta por aquella conducta que lesiona el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental, cuando esa lesión se produce en el ámbito de las materias atribuidas a la jurisdicción social o en conexión directa con estas.

La mayor o menor amplitud de su objeto viene determinada por los siguientes factores:

- La naturaleza del derecho que se protege, pues ha de tratarse de un derecho fundamental o libertad pública (arts. 15 a 29 CE), junto a los que se incluye la prohibición de trato discriminatorio (art. 14) y el acoso.
- El objeto de tutela es el contenido esencial o "constitucional" del derecho, que viene determinado por la Constitución y las normas que lo desarrollan, quedando excluidos aquellos contenidos del derecho de creación infraconstitucional[269].
- La conducta vulneradora del derecho que abre el proceso de tutela no puede ser futura, eventual o hipotética, si bien no tiene que ser necesariamente directa o inmediata, pues muchas de las lesiones se llevan a cabo a través de conductas indirectas o insidiosas. El criterio de delimitación es normativo y no depende del carácter directo o indirecto de la lesión, pues "una de las formas de violar un derecho es precisamente no reconocerlo" [270].
- El art. 178.1 LRJS establece que esta modalidad procesal es de cognición limitada, siendo la sumariedad cualitativa una de sus características, de modo que el objeto del proceso solo puede versar sobre la lesión del derecho fundamental, "restringiéndose el debate al conocimiento de si existe o no vulneración de este, sin que quepa pronunciarse sobre cuestiones de legalidad ordinaria, evitando así que otras cuestiones o fundamentos diversos interfieran en el conocimiento de la lesión del derecho fundamental"[271].

---

[269]CAVAS MARTÍNEZ, F., "Comentario al artículo 177" en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* SEMPERE NAVARRO, A.V., (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 911. CA propósito del derecho de libertad sindical, como ya se ha indicado, el contenido protegido no solo es el esencial, también el adicional de carácter infraconstitucional, "que podrá reconocerse a unos sindicatos y no a otros" y que "puede ser alterado o suprimido libremente", pero que una vez reconocidos forman parte del contenido amplio del derecho de libertad sindical.

[270] STS, de 14 julio 2006, rcud. 5111/2004: "El privilegio de la protección nace del contenido constitucional del derecho lesionado; no del carácter manifiesto o directo de la lesión. Algunas lesiones particularmente insidiosas son indirectas y lejos de manifestarse se ocultan, pero frente a ellas es obvio que cabe recurrir a la modalidad procesal de tutela".

[271]BLASCO JOVER, C., "Comentario al artículo 178 LRJS" en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BLASCO PELLICER, A. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 1174.

- La pretensión de tutela de la lesión del derecho fundamental no puede acumularse con acciones de distinta naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad.

Una primera aproximación a la delimitación del ámbito del proceso se ha realizado en el Capítulo Segundo, al concretar los derechos y situaciones tutelables (derechos fundamentales y libertades públicas, prohibición de trato discriminatorio y situaciones pluriofensivas como el acoso), así como la necesidad de que la conducta vulneradora se produzca en el ámbito de relaciones jurídicas atribuidas al orden social, o en conexión directa con las mismas.

La delimitación del objeto del proceso ha de completarse con las consecuencias que se extraen de su carácter de juicio de cognición limitada (que limita la materia del proceso, al excluir el pronunciamiento sobre cuestiones que requieran examinar la estricta legalidad de la conducta lesiva, así como prohíbe la acumulación con acciones de otra naturaleza) y de las restricciones que vienen determinadas por la remisión que hace el art. 184 LRJS a otras modalidades procesales, así como aquellas otras derivadas de la propia opcionalidad del proceso (art.177.1 LRJS: "podrá recabar").

1. Exclusión del conocimiento de cuestiones de legalidad ordinaria

Las cuestiones que están sujetas a conocimiento a través de esta modalidad procesal son aquellas relacionadas con el contenido constitucional del derecho fundamental vulnerado que comprende su contenido esencial y su contenido histórico o variable. El contenido adicional del derecho fundamental, en sentido estricto, que no está en la Constitución, ni en la ley orgánica, es el que queda fuera del proceso de tutela[272].

La determinación del contenido esencial y adicional de ciertos derechos fundamentales es objeto de una doctrina consolidada por el Tribunal Supremo, como ocurre con el derecho de libertad sindical. Como ya se indicó, ocurre que en la propia LOLS se incluyen derechos que no derivan directamente del contenido esencial del derecho según el art. 28 CE, especialmente aquellos que implican deberes de prestación para el empresario (concesión de excedencias, permisos retribuidos, horas sindicales, utilización del tablón de anuncios, garantías de los delegados sindicales en el art. 10 LOLS) y que, sin ellos, el derecho fundamental sería reconocible, pero que pasan a conformar su contenido histórico o variable y su lesión también es susceptible de infringir el art. 28.1 CE.

Y es en este contenido histórico o variable donde pueden surgir dudas a la hora de deslindar las cuestiones de legalidad ordinaria de aquellas otras que supongan vulneración de derechos fundamentales. El TC[273] advierte que "no todo incumplimiento de cualquier precepto referido al mismo es susceptible de infringir el derecho de libertad sindical del art. 28.1 de la Constitución Española, sino que tal violación del derecho fundamental se

[272]STS de 5 de noviembre de 2010, rcud. 6/2010
[273] SSTC 201/1999, de 16 de diciembre y 281/2000, de 27 de noviembre de 2000.

dará cuando dichos impedimentos u obstaculizaciones no obedezcan a razones atendibles de protección de derechos e intereses constitucionalmente previstos que el autor de la norma legal o reglamentaria haya podido tomar en consideración". y señala también que "estos derechos adicionales, en la medida que sobrepasan el contenido esencial que ha de ser garantizado a todos los sindicatos, son de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical".

Así, se han considerado cuestiones de mera legalidad ordinaria, sin que exista vulneración del derecho de libertad sindical[274] la revocación del representante unitario elegido a propuesta del sindicato, al no gozar los delegados de personal del derecho de libertad sindical. Y en idéntico sentido, cuando lo que se discute es el sistema de sustituciones de los miembros del comité de empresa en caso de vacantes[275], pues lo que se estaría analizando es el ajuste a la legalidad (arts. 67. 3y 5 ET) de la actuación del sindicato que sustituye automáticamente al miembro del comité, que ha solicitado una excedencia, por el siguiente candidato incluido en la lista (considerando a estos efectos, la situación de excedencia equiparable a vacante).

Sin embargo, sí se ha tenido por adecuado el procedimiento de tutela cuando la cuestión litigiosa versa sobre el número de delegados sindicales que realmente corresponde tener en la empresa a un sindicato, aunque ese número venga determinado por una norma de origen convencional (en virtud de la llamada a la negociación colectiva que realiza el art. 10.2 LOLS)[276] o sobre mejora por convenio colectivo del número de trabajadores para constituir secciones sindicales (y aunque en este caso, no haya llamada a la negociación colectiva por el art. 10.1 LOLS)[277]; o sobre la opción que ofrece el art. 10.1 LOLS entre nombrar los delegados sindicales en la empresa o en el centro de trabajo [278]. También

[274]STSJ de Andalucía (Sevilla), de 16 de mayo de 2024, rsu. 1264/2024: "" Y si bien es cierto que el alto tribunal de garantías ha matizado que ello se refiere "a la vertiente colectiva de los derechos de libertad sindical, permaneciendo siempre la posibilidad de ejercicio de tales derechos en la vertiente individual, que podrán hacerse valer por personas físicas en determinados supuestos (STC 134/1994)", señaladamente en el ámbito de la acción sindical, no es menos cierto que en el caso que nos ocupa no está en juego la libertad de acción sindical ni individual ni colectiva, sino solo el mantenimiento de la condición de representante unitario de los trabajadores, lo que es una cuestión de mera legalidad ordinaria.

[275] STSJ de la Comunidad Valencia, de 20 de septiembre de 2022, rsu. 961/2022 considera que no vulnera el derecho de libertad sindical la actuación del sindicato que sustituye a un miembro del Comité de empresa por considerar vacante el puesto ante la excedencia voluntaria de cinco años solicitada y concedida al trabajador.

[276] STS de 10 de marzo de 2021, rcud. 172/2019. Como indica la sentencia, "pocas dudas puede haber de que la libertad sindical de CC.OO, y su posición como sindicato en la empresa, quedan afectadas si se le priva indebidamente de contar con dos delegados "sindicales" que se le deberían haber reconocido", con independencia de que dicho porcentaje venga establecido por el convenio colectivo, pues el artículo 10.2 LOLS prevé expresamente que "bien por acuerdo, bien a través de la negociación colectiva, se podrá ampliar en número de delegados establecidos", de forma que aun cuando la ampliación de ese número de delegados se realiza por una norma infraconstitucional no cabe duda que afecte al ejercicio de la actividad sindical del demandante (art. 2.2.d) LOLS).

[277]SSTS 17 de junio de 2014, rec. 157/2013 y de 24 de octubre de 2017, rec. 100/2016.

[278] STS de 18 de julio de 2014, rec. 91/2013.

cuando la cuestión litigiosa versa la negativa de la empresa a la acumulación del crédito horario de los representantes del sindicato que hicieron seguimiento de huelga y paros parciales, aunque dicha acumulación esté prevista en un acuerdo entre empresa y sindicatos más representativos[279]. No es una mera cuestión de legalidad ordinaria el descuento del premio de permanencia de los días en que se ejerció el derecho de huelga por las personas trabajadoras, cuando el convenio colectivo no prevé esa posibilidad, al suponer una conducta disuasoria de la participación en la huelga[280].

Como se puede comprobar, la jurisprudencia ha ido abandonando la tradicional distinción entre contenido esencial y contenido adicional del derecho de libertad sindical, con la introducción del concepto de contenido histórico o constitucional, con origen en los derechos reconocidos en los preceptos de la LOLS, pero también en las normas de rango inferior que los desarrollan. Y como efecto derivado de todo ello, también ha variado el tradicional concepto de "cuestión de mera legalidad ordinaria", como cuestión que tiene vedado el acceso al proceso de tutela de derechos fundamentales o al menos, no se identifica ya de forma automática con el origen (legal, reglamentario o convencional) de la norma que regula el derecho, sino con la repercusión que tiene en su ejercicio (tanto en el aspecto orgánico como en el funcional).

Manifestación del carácter histórico del contenido del derecho de libertad sindical es la necesidad de actualizar los tradicionales derechos de las personas trabajadoras afiliadas a un sindicato de recibir la información que este le remita (art. 8.1 LOLS) y el derecho de los sindicatos más representativos y que tengan representación en el Comité de Empresa a contar con un tablón de anuncios (art. 8.2 LOLS), adaptándolos a la introducción de las nuevas tecnologías y el uso del email corporativo a tal fin. La remisión de informaciones o comunicados, tanto a sus afiliados como a la generalidad de la plantilla de una empresa constituye una manifestación de la libertad sindical amparada en el art. 8.1 LOLS. Por ello, y atendiendo a la doctrina constitucional, la empresa que posee un sistema de comunicación electrónica con sus empleados debe permitir que el sindicato lo utilice a tales efectos, siendo carga de la prueba de la empresa acreditar las causas que justifiquen las restricciones o limitaciones en su uso[281].

A diferencia del derecho de libertad sindical que cuenta con una doctrina consolidada, no ocurre lo mismo con otros derechos de aparición y regulación reciente y que plantean no pocas dudas incluso respecto a su propia naturaleza jurídica, como el derecho a la

[279]STS de 24 de octubre de 2019, rco. 12/2019.
[280] STS de 9 de febrero de 2023, rco. 2354/2020.
[281] STC 281/2005, ya mencionada, cuyos trazos pueden condensarse en los siguientes: no existe una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador, pero en el supuesto de contar con él para fines productivos, debe mantener al sindicato "en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical", siempre que su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de su uso con fines sindicales, que pueden ser predeterminados por el empleador, siempre y cuando no se excluya ese uso en términos absolutos.

desconexión digital, al que se refiere el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD)[282]. Y es que, pese a la relación de este derecho con otros fundamentales, como el derecho al descanso y a la salud (integrados en el derecho a la integridad física) y el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.4 CE) la propia Disposición adicional primera de la LOPD exceptúa de su condición de ley orgánica determinados preceptos, entre los que se encuentra el art. 88 que reconoce el derecho a la desconexión digital. Además, este precepto, sin hacer referencia al contenido del derecho, se limita a remitir su desarrollo a la negociación colectiva o acuerdos entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras.

No obstante, ello no debe excluir la posibilidad de que forme parte del contenido histórico del derecho a la intimidad de la persona trabajadora, en sentido paralelo a lo que ocurre con la libertad sindical. Pues si bien la falta de consideración de ciertos derechos como fundamentales les priva de la posibilidad de recurrir a la modalidad de tutela de derechos fundamentales y por tanto, ser materia objeto de dicho proceso, ello no significa que no puedan ser examinados en el mismo, cuando la propia infracción legal de ese derecho resulte indicativa de la vulneración del derecho fundamental (como ocurriría con la infracción del derecho de desconexión digital, que aun careciendo del carácter de fundamental, su desconocimiento puede ser indicativo o instrumental en la lesión del derecho a la intimidad de la persona trabajadora, en función de la gravedad y entidad de la infracción del primero).

Como se puede apreciar, en gran número de supuestos las cuestiones de legalidad ordinaria se encuentran indisolublemente ligadas con la vulneración de derechos fundamentales por lo que resultan inescindibles, pues no es posible abordar el extremo de la sentencia relativo a la vulneración de derechos fundamentales y no examinar las cuestiones de legalidad ordinaria[283]. Ocurre con ciertas materias como la conciliación de la vida familiar y laboral, pues como señala el TS “las medidas normativas dirigidas a la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, ya desde la perspectiva de no discriminación por razón de sexo o por circunstancias personales, así como desde la protección a la familia e infancia, que proclama nuestra constitución, gozan de una dimensión constitucional de forma que, a la hora de proceder a la interpretación de las mismas deben tenerse presente esos derechos fundamentales para lo cual han de ponderarse todas las circunstancias concurrentes, para poder cohonestar los intereses en juego, tal y como indica el citado art. 37.7 del ET y el art. 139 de la LRJS, cuando

[282] El Preámbulo de la Ley se refiere a la necesidad de una “deseable futura reforma de la Constitución” para incluir entre sus prioridades “la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales”.
[283] Voto particular a la STS, de 19 de octubre de 2022, rcud. 1363/2019.

disponen que las discrepancias entre empresa y trabajador deberán solventarse llevando al proceso judicial las propuestas y alternativas para la concreción del horario"[284].

La necesidad de interpretación de las normas sobre conciliación de la vida familiar y laboral desde una perspectiva constitucional "no supone sin más, que toda decisión sobre concreción horaria implique necesariamente un trato discriminatorio por razón de sexo". El objeto de la modalidad procesal del art. 139 LRJS alcanza a los conflictos derivados del ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 34.8 ET (y no solo a la concreción horaria y período de reconocimiento del derecho) en los que se involucran con bastante frecuencia alegaciones relacionadas con el principio de no discriminación[285] y que deben encauzarse por esta modalidad y no por la de los art. 177 y ss. LRJS, por expresa disposición del art. 184 LRJS (con integración de las reglas y garantías previstas para las pretensiones de tutela de derechos fundamentales).

La alegación de discriminación por razón de la adopción de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral requiere que la diferencia de trato con el resto de trabajadores y trabajadoras que no ejercen ese derecho se base en una desigualdad objetiva, pues si los términos de comparación no son válidos, la cuestión queda reducida a un conflicto de legalidad ordinaria. No cabe entender vulnerado el principio de igualdad entre un trabajador con jornada reducida por cuidado de menor y el resto de trabajadores sin tal reducción, aunque durante el verano el primero realice la misma jornada (de 8:00 a 15:00 horas) que los segundos y perciba inferior salario (porque las personas trabajadoras con jornada ordinaria tienen horario intensivo en verano, pero no el resto del año)[286].

También ocurre con materias de legalidad ordinaria como la infracción de normas de prevención de riesgos laborales. Se ha considerado adecuado el procedimiento de tutela cuando lo reclamado sea el cumplimiento de obligaciones preventivas y no el ordinario al alegar la protección del derecho a la salud, a la vida y a la integridad física del personal

[284] STS de 25 de mayo de 2023, rcud. 1602/2020.

[285] NAVARRO NIETO, F., "Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 262, Editorial Aranzadi, Marzo 2023, versión on line: "los tribunales destacan la relevancia constitucional de este derecho (arts. 14 y 39 CE), acogiéndose a la doctrina del TC, reforzada con la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que en su art. 4.2 estima como vulneración del derecho a la igualdad de trato y no discriminación "la denegación de ajustes razonables", porque, aunque "las decisiones empresariales puedan estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras", se puede incurrir en discriminación si no se acredita una iniciativa empresarial de propuestas de acomodación de las condiciones laborales". El autor resalta las formas que puede adoptar la discriminación a la hora de ejercer este derecho, pudiendo ser directa (denegación de la solicitud sin motivos razonables y proporcionados) o indirecta (en casos en los que la adaptación o reducción de jornada estaba concedida y era precisamente en la ejecución de esta o en el resto de sus condiciones de trabajo cuando recibía un trato peyorativo o un quebranto de sus derechos o legítimas expectativas).

[286] STSJ de Andalucía, (Sevilla), de 20 de marzo de 2024, rsu. 382/2024. El término de comparación entre los trabajadores no es válido, pues "no existe una objetiva desigualdad"(ya que las jornadas comparables son las anuales y no la jornada desarrollada en un determinado período del año, como el verano, al disfrutar la plantilla de una jornada flexible anual distribuida en dos períodos al año). Concluye la sentencia que lo que existe es un mero conflicto de legalidad ordinaria en el que no está implicado ningún derecho fundamental.

sanitario durante el Covid-19[287]; si bien habrá que tener presente que no todo incumplimiento de normas preventivas afecta al derecho a la salud, sino únicamente cuando ello "provoque un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado «ad casum», de la causación de un perjuicio para la salud"[288], pues en caso contrario, estaremos ante una cuestión de legalidad ordinaria.

El planteamiento de cuestiones de legalidad ordinaria conjuntamente con la violación de derechos fundamentales no determina la apreciación de la excepción de inadecuación del procedimiento de tutela, pues lo decisivo a estos efectos, no es que la pretensión deducida esté correctamente fundada, sino que "formalmente" se sustancie como una pretensión de tutela de derechos fundamentales, con independencia de que proceda su estimación o no. Todo ello sin perjuicio de que, de no existir la lesión del derecho fundamental o si lo que se aprecia es una cuestión de mera legalidad ordinaria, se desestime la demanda[289] con la posibilidad de ejercitar esta última pretensión a través de la modalidad correspondiente.

Por tanto, una vez alegada formalmente la lesión de un derecho fundamental, con expresión de los hechos y el precepto constitucional infringido será poco frecuente la apreciación de la inadecuación de procedimiento, que el órgano judicial deberá controlar de oficio y que llevaría según el art. 179.3 LRJS a tener que rechazar de plano la demanda. Según la jurisprudencia ello solo acontecerá cuando "de forma manifiesta" quede fuera del ámbito de la modalidad de tutela o cuando lo que se plantee sea solo y exclusivamente un problema de mera infracción de le legalidad ordinaria[290].

No se ha reconocido adecuado el procedimiento de tutela cuando se denuncia la nulidad de un pacto de exclusividad consignado en contrato por resultar vulnerador del "derecho al trabajo" sin más, al tratarse de una cuestión de mera legalidad ordinaria[291]. Tampoco cuando la reclamación ha versado sobre el cese en el abono de un plus de disponibilidad reconocido judicialmente como condición más beneficiosa, pues aunque pudiera considerarse indicio de lesión de la garantía de indemnidad, el cese en el pago se produce por la interpretación realizada del nuevo convenio colectivo, por lo que la cuestión pasa a ser una cuestión de legalidad ordinaria[292]. En relación a la vulneración de la garantía de indemnidad también se ha considerado inadecuado el procedimiento de tutela para exigir el abono de trienios reconocidos a profesores de religión en anteriores sentencias, debiendo recurrirse a la ejecución de dichas sentencias[293].

[287] SSTS de 22 de abril de 2021, rcud. 94/2020 y de 18 de febrero de 2021, rcud. 105/2020.
[288] STS de 17 Feb. 2021, rcud. 129/2020. No es necesaria la consumación del daño a la salud, pero sí que se acredite un riesgo relevante(SSTC 221/2002 de 25 de noviembre y 220/2005, de 12 de septiembre) , que evidentemente se aprecia en la situación de pandemia Covid-19.
[289] Entre otras muchas, STS de 28 de marzo de 2003, rco. 81/2002.
[290] STS de 14 de julio de 2006, rcud.5111/2004.
[291] STSJ de Madrid de 23 de abril de 2018, rsu. 1492/2017.
[292] STS de 2 de febrero de 2021, rcud. 2414/2018
[293] STS de 30 de abril de 2024, rcud. 1836/2012.

En definitiva, una demanda fundada exclusivamente en una infracción de legalidad ordinaria tramitada a través del proceso de tutela de derechos fundamentales debe ser rechazada de plano; sin perjuicio de la facultad que asiste al juzgador para remitir su tramitación al proceso ordinario o modalidad procesal que corresponda de acuerdo con la naturaleza de la pretensión, con arreglo a lo dispuesto en el art. 102.2 LRJS; pero una demanda fundada de forma concurrente en la lesión de un derecho fundamental y en una infracción de norma infraconstitucional llevará al órgano judicial a entrar a resolver sobre la vulneración de ese derecho (estimando la demanda o desestimándola, según haya sido acreditada o no la lesión), pero dejando imprejuzgada la pretensión basada en la infracción de legalidad ordinaria. Por tanto y en la medida que el contenido de los derechos fundamentales requiera de su integración por medio de normas infraconstitucionales, las cuestiones de legalidad ordinaria tendrán cabida en este proceso, pero exclusivamente en tanto en cuanto sean necesarias para la configuración del contenido del derecho.

2. Imposibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del derecho

El art. 26.1 LRJS enumera las acciones a las que no cabe acumular otras en un mismo juicio (salvo la de responsabilidad por daños), entre las que se encuentra la de tutela de derechos fundamentales. Y en el art. 178.1 LRJS se recoge la prohibición de acumulación a la pretensión de tutela del derecho fundamental de otras acciones de distinta naturaleza o de idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela.

Esta imposibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza deriva del carácter de cognición limitada que tiene esta modalidad procesal y supone una excepción a lo establecido en el art. 25 LRJS, que permite que el actor acumule en su demanda cuantas acciones le competan frente al demandado, aunque procedan de distintos títulos.

El art. 26 LRJS exceptúa las acciones que no se pueden acumular entre sí ni a otras distintas, ni siquiera por vía de reconvención y ello por su carácter urgente, incompatibilidad, importancia o especificidad[294]. Constituye un listado compuesto por las siguientes: “las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el art. 139, las de impugnación de convenios colectivos, las de impugnación de sanciones impuestas por los empresarios a las personas trabajadoras y las de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas y las de acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia".

[294] STS de 6 de mayo de 1994, rcud. 2016/1993.

Tampoco son acumulables entre sí las reclamaciones en materia de Seguridad Social, salvo cuando tengan la misma causa de pedir (apartado 6 del art. 26 LRJS) y sin perjuicio de la posibilidad de alegar la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 140.1 LRJS).

El carácter urgente y sumario de este proceso y su restringido objeto (limitado a la lesión del derecho fundamental) justifica la prohibición tanto de la acumulación a la pretensión de tutela de otras pretensiones de diferente naturaleza, basadas en hechos distintos y desconectados de aquella violación[295] (por ejemplo, solicitar la tutela frente al acoso sexual sufrido y reclamar el abono de la última paga extraordinaria que es debida a todas las personas trabajadoras); como la de añadir idéntica pretensión basada en fundamentos diversos (o causas de pedir distintas). La prohibición de acumulación es tanto de la acumulación originaria como de la sobrevenida ("ni siquiera por vía de reconvención").

Algunos ejemplos de acumulación indebida de acciones: la acumulación de la impugnación de un convenio colectivo por ilegalidad y la acción por la que se reclama el derecho a constituir una sección sindical en la empresa[296]; cuando se acumula a la pretensión de tutela del derecho fundamental a la integridad física y salud en el trabajo (art. 15 CE), por los riesgos que presentaba el despacho en el que el actor desarrollaba su trabajo, la solicitud del uso de un despacho en exclusividad[297]. En este caso se estimó adecuada la modalidad de tutela, pero el pronunciamiento se limitó a la primera cuestión, estimando "parcialmente" (indica la sentencia) la inadecuación del procedimiento respecto a la segunda cuestión (si tiene el demandante derecho a ocupar un espacio de trabajo en exclusividad), para su resolución por el procedimiento adecuado. En realidad en este supuesto hay una acumulación indebida de acciones, de tutela del derecho fundamental y de reconocimiento de derechos, por lo que habría procedido su control de oficio, instando al demandante a que optara por una u otra. Ante la falta del mismo el pronunciamiento se limitó a la materia de tutela de derechos fundamentales, con abstención del conocimiento de las cuestiones de legalidad ordinaria.

También se ha apreciado acumulación indebida de acciones cuando junto a la lesión de la libertad sindical se pretende que se reconozca la obligación de la empresa de constituir una comisión prevista por el Convenio colectivo aplicable[298]. O cuando se acumula a la acción de tutela del derecho a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, la pretensión de reponer a la persona trabajadora discontinua en su ocupación efectiva y abonarle los salarios dejados de percibir[299].

[295] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela*..., cit., pág. 280.
[296] STS de 6 de marzo de 1998, rec. 1535/1997
[297] STSJ Castilla-León sede en Valladolid, de 10 de septiembre de 2015, rec. 777/2015.
[298] STS de 19 de enero de 2005, rec. 80/2004
[299] STSJ de Castilla y León, de 7 de julio de 2022, rsu. 421/2022.

Si bien la primera prohibición parece a priori clara (no cabe acumular a la acción de tutela otras de diferente naturaleza, con diferente causa de pedir) la segunda prohibición planteaba dudas interpretativas.

En los antecedentes legislativos, la LPL de 1995, en su art. 27.3 (según redacción dada por el art. 10.12 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial) permitía la acumulación de cuantas acciones tengan uno varios actores frente a uno o varios demandados, siempre que exista un nexo por razón del título o causa de pedir y señalaba que la causa de pedir es idéntica o conexa "cuando las acciones se funden en los mismos hechos".

Continuaba en su apartado 4 señalado la prohibición de acumulación de acciones, pero sin indicar si esta alcanzaba a acciones de diferente o de la misma naturaleza, basadas en distinta causa de pedir. Sí lo hacía el art. 176 LPL, que prohibía la acumulación a la acción de tutela de derechos fundamentales de otras acciones de diversa naturaleza o de idéntica pretensión pero con fundamentos diversos. Resulta difícil imaginar una pretensión idéntica (la misma acción) basada en causas de pedir distintas o en hechos constitutivos diferentes o como indica el precepto "basada en fundamentos diversos"[300]. Por ello se entendió que más que a pretensiones idénticas se estaba haciendo referencia a peticiones relativas al mismo derecho fundamental, aunque con una causa de pedir diferente[301].

El art. 26 de la LRJS, en su redacción original, prohibía la acumulación "entre sí o a otras distintas en un mismo juicio" del listado de acciones enumerado ut supra, entre las que se encuentra la de tutela de derechos fundamentales. Coincidía esta previsión con la contenida en el art. 178 LRJS, que mantenía idéntica redacción a la del art. 176 LPL. Se entendió que con ello se ponía fin a las distintas interpretaciones a propósito del tipo de acciones al que se extendía la prohibición, pues lo era tanto a las acciones de la misma naturaleza entre sí, como a acciones distintas.

Los arts. 25 y 26 LRJS han resultado modificados recientemente por Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

El art. 25.3 LRJS amplía los supuestos en los que podrán acumularse las acciones que se ejerciten simultáneamente a todas las que se funden en la misma causa de pedir o causas de pedir conexas, de modo que junto a las acciones que se fundan en unos mismos hechos,

[300] ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A., *Proceso de tutela*..., cit, pág. 62, en relación a idéntica redacción del art. 176 LPL ya advertía cómo su deficiente redacción obligaba a distinguir "entre acciones con idéntica petición, aunque con distinta causa de pedir, lo que no siempre resulta posible".
[301] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela*..., cit., pág. 282.

se añade aquellas que lo hagan en "una misma o análoga decisión empresarial o varias decisiones empresariales análogas"[302].

El art. 178.1 LRJS permanece inalterado tras estas modificaciones, de modo que hay que entender que su prohibición sigue teniendo el mismo alcance y no cabrá acumular a la acción de tutela otras acciones de distinta naturaleza o de la misma naturaleza (tutela de derechos fundamentales) basada en fundamentos distintos (ha de interpretarse como causa de pedir distinta, basada en infracciones de la legalidad ordinaria

La prohibición de acumulación no abarcaría los supuestos en los que con unos mismos hechos se lesionen diversos derechos fundamentales, pues resultan frecuentes las conductas o medidas empresariales pluriofensivas, que vulneran más de un derecho fundamental. Tampoco abarcaría el supuesto de hechos constitutivos diversos que lesionan el mismo o distintos derechos fundamentales, por ejemplo, cuando existe entre ellos una línea de conexión o propósito común, como ocurre en los supuestos de acoso, en los que por sus propias características, la demanda acumulará todos los hechos continuados constitutivos de la creación del entorno intimidatorio y en su caso vulneradores de diferentes derechos fundamentales (intimidad, discriminación, integridad física o moral, indemnidad, etc.). En sentido similar[303] no se aprecia acumulación indebida de acciones cuando en la pretensión de tutela de la libertad sindical del sindicato actuante se alegan los hechos vulneradores de la libertad sindical de sus representantes o delegados (que habían interpuesto pleitos individuales por lesión también de su libertad sindical) al tratarse de procesos y pretensiones autónomas, sin perjuicio de que tales hechos cometidos contra sus afiliados conformen el apoyo indirecto o indiciario de la lesión que se denuncia, pues "dividir la controversia a estos efectos tratando los litigios individuales en su aislada consideración, desvirtúa tanto el objeto de la reclamación como los parámetros en los que se funda".

No obstante, dado el confuso redactado legal de esta prohibición (idéntica pretensión con fundamentos diversos), su interpretación y aplicación ha de realizarse con cautela, habiendo prevalecido la denominada "tesis integradora", que supone la posibilidad de acumulación de todas aquellas pretensiones que enlacen con la reparación del daño, a fin de no fracturar o diversificar la protección de los derechos fundamentales en el ámbito laboral [304]. Siguiendo esa línea de interpretación, no hay acumulación indebida de acciones en una reclamación de tutela por discriminación retributiva y de las diferencias salariales correspondientes, pues estas tienen carácter indemnizatorio, no tratándose de

[302] Una primera aproximación a la reforma operada por el RDL 6/2023, en DE LAMO RUBIO, J., "La reforma sobre eficiencia procesal en el orden social: aproximación crítica", *Diario La Ley, núm. 10431,* Editorial La Ley, 2024, versión on-line.
[303] STS de 8 de marzo de 2024, rcud. 103/2022.
[304] BLASCO JOVER, C., "Comentario al artículo 178 LRJS" en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* cit., pág. 1176

una reclamación salarial ordinaria, sino la reparación del lucro cesante causado por la discriminación[305].

Por otro lado, la última reforma operada en el art. 86 bis LRJS (por Real Decreto- Ley 6/2023) que introduce el pleito testigo, tendente a evitar resoluciones contradictorias, prevé esta herramienta como un remedio subsidiario para aquellos supuestos de acciones no susceptibles de acumulación, entre las que se encuentra la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales. Por tanto, el legislador urgente concede preferencia, como herramienta para gestionar las situaciones de litigación masiva, al instituto de la acumulación de autos que va a suponer que todas las demandas sean examinadas en un mismo procedimiento y decididas en una misma sentencia.

Son requisitos del pleito testigo, de forma somera, la existencia de una pluralidad de procesos pendientes en un mismo órgano judicial, la identidad objetiva entre los procesos, es decir, deben coincidir plenamente la pretensión que se dirige al órgano jurisdiccional (declarativa, de condena, constitutiva) y la causa de pedir (hechos con trascendencia jurídica constitutivos o fundamento de lo que se pide).

Su aplicación práctica se extenderá a los supuestos de impugnación de una misma decisión empresarial (con efectos plurales o colectivos) o de varias decisiones empresariales idénticas o análogas (con leves variaciones entre ellas), pero que se han adoptado separadamente[306].

En la jurisdicción social cabe encontrar supuestos similares a los que generan la contratación en masa o con condiciones generales de la contratación, propia de la jurisdicción civil. Tratándose de lesión de derechos fundamentales no resulta difícil encontrar pretensiones completamente idénticas en procesos con diferentes actores y frente a un mismo demandado (por ejemplo, en los supuestos de actos discriminatorios plurales o colectivos o de lesión del derecho de libertad sindical, por la extensión subjetiva y uniforme que pueden tener ciertas medidas empresariales adoptadas discriminatoriamente o atentando contra la libertad sindical). No obstante, tratándose de pleitos individuales y teniendo en cuenta la variedad de pretensiones que cabe acumular en estas demandas: pretensión de nulidad radical de la conducta o medida empresarial, de condena (al cese del comportamiento lesivo), restitutoria y reparadora del daño causado, la coincidencia plena entre las pretensiones puede no ser total; aunque no debiera este ser un escollo, pues a propósito de la acumulación de acciones de despidos, lo relevante para apreciar la identidad de objeto no es la pretensión de calificación del despido como

[305] STS de 20 de noviembre de 2024, rcud. 2562/2023, con referencia a la doctrina consolidada sobre esta cuestión, en especial SSTS de 24 de enero de 2017, rcud.1902/2015 y de 3 de abril de 2024, rcud. 5599/2022.

[306] CAVAS MARTÍNEZ, F., "El pleito testigo en la jurisdicción social: ¿una medida de eficiencia procesal realmente eficaz?, *Trabajo y Derecho,* núm. 114, Editorial La Ley, 2024, versión on line.

improcedente o nulo, sino la causa de pedir (por ejemplo, las "cartas de despido idénticas").

Las normas sobre acumulación de acciones y procesos son muy amplias en la jurisdicción social (art. 25 y 26 LRJS) y se han visto incrementados los supuestos de acumulación de acciones por el propio Real Decreto- Ley 6/2023: despido y reclamación de cantidades vencidas, exigibles y de cuantía determinada, responsabilidad por daños; impugnación de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo por distintos actores contra un mismo demandado, siempre que deriven de los mismos hechos o de una misma decisión empresarial; acciones de despido por causas objetivas, fundadas en idénticas cartas de despido, ejercitadas por distintos actores frente al mismo demandado.

Entre los supuestos no acumulables, en los que pudieran estar implicados derechos fundamentales, que tengan idéntico objeto y mismo demandado, a título de ejemplo: demandas en las que se cuestionara la interpretación o aplicación de un convenio colectivo o práctica empresarial, por resultar discriminatoria, a través de pleitos individuales contra los actos de aplicación del convenio o de la práctica empresarial (art. 163.4 LRJS); demandas de despido objetivo con idéntica carta, pero que no pueden acumularse porque podrían causar perjuicios desproporcionados a los intervinientes y en las que se alegue la vulneración de un mismo derecho fundamental por la pluralidad de demandantes; o las demandas de Seguridad Social relativas al complemento de aportación demográfica por razón de discriminación de los progenitores varones que tengan dos o más hijos.

Por otra parte, priva de relevancia a la existencia del pleito testigo la dimensión colectiva del derecho social y la modalidad procesal de conflicto colectivo. Las pretensiones susceptibles de ser tramitadas a través de la modalidad de conflicto colectivo en las se invoca la lesión de derechos fundamentales reducen la virtualidad del pleito testigo[307], pues precisamente aquellas lesiones de derechos fundamentales que reúnan los requisitos de identidad de objeto y pluralidad de destinatarios será altamente probable que tengan acceso al cauce del procedimiento colectivo (art. 153 y ss. LRJS), con el mismo o mayor efecto extensivo que se pretende con el pleito testigo, tal y como está previsto en el art. 160.5 LRJS. La sentencia firme que recae en un proceso de conflicto colectivo produce efectos de cosa juzgada positiva sobre los procesos individuales pendientes de solución y también sobre aquellos futuros que puedan plantearse y no solo sobre aquellos con idéntico objeto, sino también en aquellos que tengan conexión directa con el objeto del proceso de conflicto colectivo. Los pleitos individuales se suspenderán todos, aunque ya hubiera recaído sentencia y estuvieran pendiente de resolución de recurso, pues la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo tiene carácter vinculante.

[307] LÓPEZ HORMENO, M.C., "El nuevo pleito testigo laboral, ¿hacia una Justicia más ágil y eficaz?" *Diario LA LEY, Nº 10441,* Editorial LA LEY, 2024, versión on line. El nuevo pleito testigo laboral

En el supuesto del pleito testigo la extensión de efectos se limita a los pleitos suspendidos que se vinieran tramitando ante el mismo juzgado o tribunal.

No obstante, el pleito testigo puede tener una mayor aplicación en los supuestos de pleitos individuales, por lo que en aquellos casos en los que no se inicie por los sujetos legitimados un proceso de conflicto colectivo (entre los que no se encuentran las personas trabajadoras) tendrá mayor cabida con arreglo a la nueva regulación.

Como la modalidad procesal de los arts. 177 y sigs. LRJS tiene carácter opcional (salvo en los supuestos a los que remite el art. 184 LRJS), la pretensión de tutela del derecho fundamental no tiene porqué tramitarse necesariamente a través de aquella[308]. De modo que resulta posible el recurso a otras modalidades, siendo frecuente el planteamiento de conflictos colectivos en los que se invoca discriminación o vulneración de un derecho fundamental al que el art. 17 LRJS por ejemplo, declara expresamente como el procedimiento apropiado para que los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto, actúen "en defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todas las materias atribuidas al orden social".

El recurso al proceso de conflicto colectivo cuando en él se invoca la vulneración de un derecho fundamental plantea otros problemas añadidos en el supuesto de que la opción por la primera modalidad no resulte la adecuada, bien porque se plantee un conflicto de intereses (y lo que se pretenda es una modificación o novación del convenio) o bien porque se pretenda la declaración de ilegalidad total o parcial de un convenio estatutario por infracción de naturaleza legal, ordinaria o constitucional [309]. Ello llevaría por añadidura a preguntarnos qué ocurriría en ese caso con la invocación de lesión del derecho fundamental.

En el primer caso, no nos encontramos ante un supuesto de procedimiento inadecuado, sino un intento de sustituir la voluntad negociadora, lo que no es posible a través de esta o de ninguna otra modalidad procesal, por lo que la demanda ha de ser desestimada y dicha sentencia tendrá efectos de cosa juzgada¸ si bien ello plantea el interrogante de si ese efecto debe extenderse a la lesión del derecho fundamental invocado, que consideramos ha de tener una respuesta negativa.

En el segundo supuesto, "la única vía procesal adecuada es la modalidad de impugnación de convenio"[310], y con arreglo al art. 102.2 LRJS cabrá reconducir el conflicto colectivo a esa modalidad si concurren los requisitos para ello (competencia del órgano judicial, legitimación de los sujetos y que se encuentre el proceso en fase de instancia, de modo

[308] SAN de 12 de mayo de 2008, proc.226/2007**:** "el procedimiento ordinario no tiene esa limitación de objeto de conocimiento ni de pronunciamiento judicial, de forma que permite canalizar reclamaciones de otros derechos vinculadas a la lesión de uno fundamental, que posiblemente serían inviables en el limitado cauce de la modalidad anteriormente mencionada".
[309] STS de 26 de enero de 2009, rec. 28/2006.
[310] STS de 30 de julio de 2020, rec. 196/2018.

que resulte posible la citación del Ministerio Fiscal[311], cuya presencia en este proceso es obligada pues no interviene solo en defensa de derechos de particulares, sino de la legalidad). Si se dieran estos requisitos no habría inconveniente en tal reconversión en tanto que la modalidad adecuada, la de impugnación de convenio por ilegalidad debe articularse, precisamente, a través de la de conflicto colectivo y puesto que, además, el art. 184 LRJS remite inexcusablemente a la tramitación por la modalidad de impugnación de convenios colectivos, cuando junto a dicha pretensión se invoque la lesión de derechos fundamentales.

Por último, cabe realizar las siguientes precisiones:

- Lo dispuesto en el art. 26.1 LRJS se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar en los anteriores juicios, cuando deban seguirse dichas modalidades procesales por imperativo de lo dispuesto en el art. 184, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas y demás pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela de tales derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a los arts. 182, 183 y 184 LRJS. Hasta la reforma de este precepto por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, para incorporar en las acciones que no pueden ser acumuladas la de acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia, el listado de modalidades procesales del art. 184 LRJS coincidía con el listado de las enumeradas en el apartado 1 del art. 26. Esta falta de coincidencia suscita problemas y disfunciones, sobre las que se volverá al estudiar el art. 184 LRJS:
- La acción de tutela de derechos fundamentales no es acumulable en todo caso a las pretensiones propias de modalidades procesales del art. 184 LRJS. Es necesario que la misma tenga una relación clara con la pretensión a la que se acumula, de modo que en el supuesto de acumulación de lesión de derechos fundamentales al despido, la primera ha de tener influencia en la calificación del despido como nulo o estar relacionada con este. No se considera que exista relación entre el despido y la lesión de derechos fundamentales cuando se solicita la nulidad del despido basada en el carácter fraudulento del contrato temporal suscrito, pues la calificación es improcedente y la misma no supone vulneración de derecho fundamental[312]. Sí es posible la acumulación a la demanda de despido de la acción por mobbing o acoso sufrido durante la relación laboral, al estar relacionada con el despido. Sin embargo no se ha considerado que el acoso estuviera en la base del despido, cuando se reclama por haberse producido el traspaso de la trabajadora a otra empresa sin que existiera sucesión empresarial entre ambas empleadoras (art. 44 ET), pues la subrogación

[311] STS de 3 de julio de 2024, rcud. 92/2022.
[312] ATS de 12 de junio de 2018, rcud. 3589/2017:"Que dicho precepto (el art. 184 LRJS) no convierte la excepción en regla general obligando a una acumulación excluida del art. 26.1 LRJS , sino que se limita a los casos en los que el despido se haya producido con violación de derechos fundamentales o por un móvil discriminatorio, que determina la nulidad del despido".

debió tener lugar con otra empleadora distinta; de modo que el despido no tiene como fundamento el trato degradante sufrido durante la relación laboral, sino la inexistencia de sucesión empresarial[313]. Se ha considerado que la acumulación es potestativa, pues cabe recurrir contra el despido y ejercitar posterior demanda en reclamación de los daños y perjuicios materiales y morales causados por el acoso sufrido durante la relación laboral[314]. No se aplicó el instituto de la preclusión (art. 400 LEC), a pesar de que no se alegó vulneración de derechos fundamentales ni se pretendió indemnización alguna derivada del acoso sufrido, pues si este último no se encuentra en la base de la demanda de despido, cabrá reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos entretanto no prescriba la acción. constituir la base de la improcedencia o nulidad del despido otra causa diferente y desligada del acoso y entretanto no prescriba la acción por los daños.

-

3. Consecuencias de la acumulación indebida de acciones

En caso de acumulación indebida de acciones, el art. 27 LRJS prevé que el Letrado de la Administración de Justicia requerirá para que el actor en el plazo de cuatro días elija la acción que pretenda mantener y si no lo hiciere se procederá al archivo de la demanda.

El ejercicio del derecho de opción resulta imperativo. En cambio, no ocurre así en el supuesto de que alguna de las acciones esté sujeta a caducidad, porque aunque se produzca el silencio procesal, el órgano judicial no puede archivar la demanda, sino que debe, por mandato legal, continuar la tramitación con arreglo a la acción sujeta a plazo de caducidad y sin perjuicio de plantear separadamente demanda por la otra pretensión, si fuera aun posible.

Si todas las acciones indebidamente acumuladas estuvieran sujetas a plazo de caducidad, se seguirá la tramitación por la primera de las pretensiones ejercitada en el suplico de la demanda (criterio cronológico), salvo que alguna de ellas sea la de despido, pues a esta se le dará preferencia para continuar su tramitación (prioridad de la acción de despido). El resto de las acciones se tendrán por no formuladas y el juez o tribunal advertirá a la parte de su derecho a ejercitarlas por separado.

La ampliación de demanda que implique acumulación de una acción prohibida, no entra en el régimen jurídico previsto en el art. 27 LRJS, puesto que la solución sería simplemente no admitir dicha ampliación[315].

---

[313] STSJ de Andalucía de Sevilla, de 17 de julio de 2024, rsu. 2446/2022.

[314] STS de 13 de junio de 2011, rcud. 2590/2010, establece la posibilidad de ejercicio de la acción de tutela indemnizatoria por la modalidad especial de tutela de derechos fundamentales, aunque previamente se hubiese tramitado proceso por despido concluido por conciliación judicial cuando en tal proceso no se alegó vulneración de derechos fundamentales ni se pretendió indemnización alguna por tal concepto.

[315] BLASCO JOVER, C., "Comentario al artículo 178 LRJS" en BLASCO PELLICER, A.(dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, cit*., pág. 1178.

II. RESTRICCIÓN DEL ÁMBITO DEL PROCESO MEDIANTE LA REMISIÓN DEL CONOCIMIENTO DE CIERTAS PRETENSIONES A MODALIDADES PROCESALES DE TRAMITACIÓN LEGAL INEXCUSABLE

1. Antecedentes

En la delimitación del objeto o ámbito del proceso hay que hacer referencia a la reducción del mismo por la previsión del art. 184 LRJS, pues si bien se tramitarán por el proceso de amparo tipo u ordinario (arts. 177 y siguientes LRJS) las pretensiones de tutela de derechos fundamentales que hayan sido lesionados mediante actos que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al orden social o en conexión directa con las mismas, según lo establecido por vía de inclusión y exclusión en los arts. 2 y 3 de la LRJS, esta aparente generalidad del procedimiento tiene excepciones importantes de carácter preceptivo que obligan a la tramitación a través de otras modalidades procesales de forma inexcusable.

La previsión del art. 184 LRJS supone sustraer del ámbito propio o natural de esta garantía jurisdiccional un elevadísimo número de asuntos, cuyo conocimiento habrá de sustanciarse a través de la modalidad que corresponda por razón de la materia. De este modo, el criterio de la materia se impone a la consideración de la lesión misma a la hora de seleccionar el cauce procesal adecuado[316].

Y ello ocurre en los siguientes casos:

a) demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo
b) procesos de impugnación de sanciones impuestas por los empresarios a las personas trabajadoras.
c) demandas en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y movilidad geográfica y las de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor .
d) las de disfrute de vacaciones,
e) materia electoral
f) impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación,
g) impugnación de convenios colectivos,
h) las demandas de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el art. 139 de la LRJS

[316] PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "La tutela judicial de los derechos laborales fundamentales" en AAVV, *Reforma laboral, Tutela judicial y Derechos fundamentales. Estudios en Homenaje a Juan Antonio Linares Lorente,* Madrid, CGPJ, 1997, pág. 250.

El ejercicio de las demandas a través de dichas modalidades procesales es de carácter "necesario", de modo que se tramitarán inexcusablemente con arreglo a las mismas, acumulando las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva y estando los órganos judiciales obligados a controlar de oficio dicho cumplimiento, pues el art. 179.4 LRJS establece que los juzgados habrán de rechazar las demandas que no deban tramitarse con arreglo al proceso regulado en este Capítulo (siempre que no sean susceptibles de subsanación).

Para el TS la finalidad del art. 184 (anteriormente, 182 LPL de 1995 y 181 LPL de 1990) es excluir de del procedimiento propio de tutela de los derechos fundamentales la impugnación de aquellos actos jurídicos que resultan impugnables "precisamente" por encontrarse la vulneración del derecho fundamental en su origen o causa, pues existe ya un procedimiento específico para ello, reservándose, en consecuencia, el procedimiento especial de los actuales arts. 177 a 184 LRJS "para la protección de estos derechos en sí mismos, y no cuando son causa que vicia actos jurídicos cuya protección está prevista en otros procedimientos[317]". Pretender recurrir al procedimiento especial de tutela y no a estos otros procesos especiales, supondría una "división infundada de la cuestión litigiosa".

Por tanto, no existe un único proceso especial y específico de tutela de los derechos fundamentales, sino varios, por remisión del art. 184 LRJS a otros procesos también especiales, pero inespecíficos desde el punto de vista de su objeto para la tutela de derechos fundamentales, derivando en un "sistema dual de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales o, si se prefiere, un sistema escindido[318]".

La protección de los derechos fundamentales a través de otros múltiples procesos que no han sido concebidos específicamente para la tutela de estos sino de otros bienes jurídicos distintos, constituye una decisión legislativa que no estuvo exenta de múltiples críticas, cuando se introdujo por el art. 181 LPL de1990.

[317] Vid. STS 25 de noviembre de 1994, rec. 161/1994, en la que se reclama por la vía del procedimiento de tutela de derechos fundamentales (por vulneración de los artículos 14 y 24 de la C.E) que se anule parcialmente un convenio colectivo de empresa (empresa Bimbo) de eficacia limitada, específicamente de las cuatro categorías profesionales creadas en el mismo. Se aprecia "unidad esencial entre las cláusulas (del convenio) que se solicita sean declaradas nulas y la vulneración de los derechos fundamentales, que sólo cabe diferenciar conceptualmente, pero no realmente". De esa unidad se colige que si las cláusulas del convenio no son declaradas nulas, tampoco puede existir nulidad de la conducta empresarial que se limite a aplicarlas. Y, por el contrario, de considerarse la conducta empresarial vulneradora de derechos fundamentales, las cláusulas del convenio también lo serían por ese mismo motivo. Por ello, aprecia inadecuación de procedimiento al haber recurrido al proceso de tutela de derechos fundamentales, al ser las otras peticiones consecuencia de la petición principal, que es la anulación del convenio y que con arreglo a la normativa vigente en ese momento, debía tramitarse por la modalidad de impugnación de convenios colectivos. En idéntico sentido, la STS de 18 de mayo de 1992, rec. 1359/1991.

[318] VALDES DAL-RÉ,F.: " El proceso de protección…" cit., pág. 483.

La primera de ellas fue la falta de una previsión en la LBPL (Ley de Bases 7/1989, de 12 de abril) de esa remisión a otras modalidades procesales, lo que fue tachado de "manifiesta extralimitación"[319].

Entre las razones que pudieron llevar a los redactores del Texto Articulado de 1990 a introducir esa diferenciación en el procedimiento de tutela que rompe el diseño unitario para su defensa, atribuyendo prioridad absoluta al criterio del objeto del litigio frente a la lesión del derecho fundamental, cabe mencionar las siguientes[320]:

- El temor del uso excesivo y desmesurado del proceso de tutela de derechos fundamentales, con la consiguiente posposición de otros procedimientos (piénsese en los procesos de despido, donde la práctica demuestra que es fácil que se produzcan lesiones de los derechos fundamentales junto a la transgresión de la legalidad ordinaria). Así había sucedido con el proceso contencioso-administrativo de la Ley 62/1978[321] y su generalizado uso en dicho sector del ordenamiento jurídico, con la finalidad de los administrados de disfrutar de las garantías y ventajas que presenta la vía de tutela de los derechos fundamentales, lo que provocó en el legislador una reacción contraria a dicho abuso y tendente a la restricción.
- La aplicación del principio de especialidad, en cuya virtud deben seguirse las modalidades procesales previstas para casos concretos y determinados, como las que enumeraba el art. 182 LPL(actual art. 184 LRJS)[322], respecto de las cuales el proceso de tutela de derechos fundamentales vendría a ser una especie de proceso "general".
- El carácter complejo de las materias a tratar en los procesos que comprenden la excepción, que no encontrarían adecuada respuesta en un proceso de cognición limitada como el de tutela[323].
- Por último y no menos relevante, los numerosos inconvenientes técnico- procesales que surgirían de la posibilidad de recurrir a uno y otro proceso, de manera sucesiva, por ejemplo, el especial de tutela y el especial correspondiente a la materia (despido, vacaciones, impugnación de convenios…), entre los que cabe mencionar: la posible litispendencia del proceso de tutela respecto del proceso especial previsto para la

[319] VALDES DAL-RÉ, F: " El proceso de protección…" cit., pág. 482.
[320] GÁRATE CASTRO, J., *op.* cit. , pág. 43, apunta a las posibles causas de dicha opción legislativa, si bien como afirma el autor: " no es fácil descubrir (…) qué razones pudo tener el legislador para prescindir de la orientación contraria a que respondía el Anteproyecto de LPL 1990 y permitir acudir, en algunos casos, a un proceso de cognición limitada -el especial y específico de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas- e imponer en otros, sin posibilidad alguna de opción, el uso de una modalidad procesal de cognición plena".
[321] CRUZ VILLAZÓN, J. , "Las modalidades procesales de carácter colectivo y sindical en el nuevo texto de la Ley de Procedimiento Laboral", en CRUZ VILLAZÓN y VALDÉS DAL-RÉ, F., *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral,* Madrid, Ministerio de Justicia, 1991. Vid. ROJO TORRECILLA, E.: "Nueva Ley de Procedimiento Laboral: examen de las modificaciones más relevantes con respecto a la normativa anterior" en Revista Técnico Laboral, vol. XII, núm. 44, 1990, pág. 9.
[322] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela...* cit., pág. 143.
[323] IGLESIAS CABRERO, M, "Comentario al artículo 181 de la LPL", en AAVV, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 1008.

materia de legalidad ordinaria, con la necesaria suspensión de este segundo hasta la resolución en el primero sobre la existencia o no de vulneración del derecho fundamental. Ello habría supuesto la necesidad de prever reglas para acordar la interrupción o suspensión de los plazos de prescripción o caducidad de las acciones en materia de legalidad ordinaria, evitando así que el recurso inicial a la acción de tutela impidiera la posibilidad de ejercitar posteriormente las segundas y habría generado, a su vez, demoras en la solución definitiva de la litis, al tener que recurrir a dos procesos sucesivos para conocer de todos los aspectos de una cuestión litigiosa, siendo el de tutela susceptible de recurso de suplicación, en todo caso[324]. Esas dilaciones generarían a su vez otros efectos perjudiciales, como la "no deseable ampliación del período de salarios de trámite, que surgirían sin duda si primero hubiera que acudir al proceso de tutela –que aún sumario y urgente permite el agotamiento de los recursos de suplicación y casación unificadora– y luego al de despido previsto en el art. 182; y por igual razón, la extraordinaria dilación que podrían sufrir los procesos electorales, o la frustración del disfrute de las vacaciones en el tiempo pretendido, etc"[325] .

Las anteriores consideraciones no suponían para cierto sector doctrinal justificación suficiente para derivar la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a otros procedimientos, ni debía servir de excusa para privarles de la posibilidad de gozar de las garantías que lleva aparejada la misma[326] (recuérdese que ni la LPL de 1990, ni la LPL de 1995 preveían la extensión a esas otras modalidades procesales de las reglas y garantías previstas en el proceso de tutela de derechos fundamentales, como sí lo hace el art. 178.2 LRJS).

Ante esa falta de previsión, la remisión inexcusable a la modalidad procesal correspondiente en la regulación anterior, en el caso de que fuera objeto de una interpretación estricta y excesivamente rigorista llevaría aparejados dos efectos: la reducción del ámbito material del proceso de tutela de libertad sindical y la inaplicación de las garantías propias de dicho proceso.

1.1. La reducción del ámbito material del proceso de tutela

Los términos de obligatoriedad o ejercicio necesario a través de estas modalidades procesales a las que se hace remisión, conduce a la limitación del proceso de tutela de

[324] Sobre dichos inconvenientes advirtieron CRUZ VILLALON, J., "Las modalidades procesales..., cit., pág. 368: VALDES DAL-RE, F.: "El proceso de protección…", cit., págs. 485-486. Igualmente, GÁRATE CASTRO, J., *La tutela…*, cit., pág. 44: "Por ejemplo, en el caso del despido, ello hubiera ocasionado la ampliación del período sujeto al devengo de los salarios de tramitación, salvo que se pensase en una solución que privara al trabajador de los correspondientes al tiempo consumido por el proceso especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. En las controversias sobre elecciones, se hubiese sentado las bases para la prolongación excesiva del cierre del procedimiento electoral".

[325] STS de 29 de junio de 2001, rcud. 1886/2000.

[326] Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *La tutela judicial de los derechos fundamentales,* cit., pág. 251 y GÁRATE CASTRO, J*., La tutela...,* cit., pág. 45.

derechos fundamentales a aquellas acciones que no estén incluidas en la excepción: reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido, clasificación profesional, Seguridad Social, demandas de oficio, conflictos colectivos, acceso reversión y modificación del trabajo a distancia y el resto de acciones sobre materias que no tengan prevista una modalidad procesal específica y se tramiten a través del procedimiento ordinario (p. ej., reclamaciones salariales).

La reducción ya era apreciada como significativa bajo la vigencia de las Leyes de procedimiento laboral anteriores, pero se acentúa con la entrada en vigor de la LRJS. Junto a las demandas ya enumeradas en la redacción original del art. 182 LPL y que son ampliadas con la reforma parcial de la Ley 13/2009[327], la LRJS añade las demandas de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor y las de sanciones impuestas por los empresarios a las personas trabajadoras.

A ello cabe añadir que la elección de unas demandas y no otras en la citada excepción no se justifica solo por existir ya un procedimiento específico para la impugnación del acto, pues incluso con la ampliación realizada por la LRJS, quedan excluidas de la remisión del art. 184, demandas como las de conflicto colectivo, que resultan de la misma relevancia o importancia que otras muchas de las enumeradas [328], así como otras modalidades procesales introducidas con posterioridad, como la pretensión sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia (art. 138, bis LRJS).

La reducción del ámbito del proceso de tutela no resultaba solo cualitativa (por el conjunto de materias excluidas) sino también cuantitativa (en cuanto al número de demandas que acumulaban las materias excluidas) como se advirtió por la doctrina desde un primer momento[329]. Todo ello hizo temer que el proceso de tutela se convirtiese en

---

[327] La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial incluye al listado original de acciones del artículo 182 de la LPL otras, sujetas todas ellas a plazo de caducidad: movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

[328] Sobre dicha contradicción se hace eco CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral*…, cit. pág. 145. Resulta llamativo para el autor que se mantengan en el ámbito protector del proceso especial de tutela materias de paralela importancia a las excluidas, como los conflictos colectivos o en su momento, otras de menor gravedad, como las sanciones (frente al despido, que resulta excluido). En el caso de las sanciones, la contradicción se ha salvado con la LRJS al incluirlas en la excepción del art. 184 LRJS.

[329] Para BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNANDEZ LÓPEZ, M F., *Instituciones de derecho procesal laboral,* Madrid, Editorial Trotta, 1995, 2ª edición, pág. 200, el listado supuesto excluidos en el art. 182 LPL es tan amplio que llega a abarcar a casi la totalidad de los procesos especiales y tanto cuantitativa como cualitativamente a un número bien significativo del conjunto de pretensiones que se puede promover en el orden social relativas à la tutela de los derechos fundamentales. Para CAVAS MARTÍNEZ, F., *op.* cit., pág. 144: "precisamente son algunas de las conductas o comportamientos incidentes en los ámbitos excluidos (significativamente, el despido o la extinción del contrato de trabajo) los agentes productores de buena parte de las lesiones, y aún de las más graves, que padecen tales derechos constitucionales". También se hizo notar por los órganos judiciales véase la STSJ de Galicia de 20 de marzo de 1998, rsu.841/1998.

residual y vacío de todo contenido[330] y ello pese al carácter de numerus clausus del enunciado del artículo que "es de carácter exhaustivo" [331].

1.2. La inaplicación de las garantías propias del proceso de tutela

Una aplicación rigurosa y formalista de la remisión "inexcusable" a la modalidad procesal correspondiente a cada materia planteaba serios problemas interpretativos bajo la vigencia de las anteriores leyes procedimentales. La regulación de esos otros procedimientos resulta adaptada a sus objetos y a las especialidades del derecho que se protege en cada caso, que es el que determina sus particularidades.

El proceso de tutela cuenta con una serie de garantías (como la preferencia y sumariedad del procedimiento, la efectiva intervención del Ministerio Fiscal, la inversión de la carga probatoria y especialmente sus efectos: declaración de nulidad radical de la conducta lesionadora y tutela inhibitoria, restitutoria y reparadora de la víctima) que no están contempladas, al menos no la mayoría de ellas, en las modalidades procesales a las que se hace remisión.

La aplicación literal del reenvío que se realiza a la tramitación propia de estas otras acciones, supondría privarles de las garantías con que cuentan en la modalidad de tutela.

Esta interpretación literal ya planteó en su día problemas de constitucionalidad y de legalidad, que fue tratada ampliamente por la mayoría de los autores[332].

Los problemas de constitucionalidad de dicha interpretación resultaban de la previsión del art. 53.2 CE y su exigencia de preferencia y sumariedad del procedimiento de amparo ordinario. Si bien algunos de los procedimientos a los que se hace remisión ya cuentan con las notas de urgencia o preferencia (como el de vacaciones, el de materia electoral, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o movilidad geográfica) se trataría de una prioridad de segundo orden, por detrás de la que se atribuye a los procesos de conflictos colectivos y después, tanto aquellos como este último, de la preferencia atribuida al proceso de tutela de derechos fundamentales[333].Tanto la preferencia en la tramitación de las lesiones de derechos fundamentales, como la sumariedad cuantitativa (entendida como urgencia: acortamiento de plazos para señalar la vista y para dictar sentencia y exclusión del requisito de conciliación y reclamación administrativa previas), son requisitos exigidos por el texto constitucional. No así la sumariedad "cualitativa" (la

[330] Véase BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. Y FERNANDEZ LÓPEZ, M F., *Instituciones de derecho procesal laboral,* Madrid, Editorial Trotta, 1995, 2ª edición, pág. 193.
[331] Vid. STS de 18 de mayo de 1992, rec. 1359/1991.
[332] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral*…, cit. pág. 155. El autor hace notar que un planteamiento formalista llevaría a consecuencias paradójicas e indeseables, como puede ser que "un traslado o un impago de salarios como represalia por el ejercicio de un derecho fundamentales, reciba en el plano procesal mayor protección que, por ejemplo, un despido discriminatorio".
[333] Art. 157 LPL1995 y actual 159 LRJS.

limitación del conocimiento judicial a la existencia o no de la lesión del derecho fundamental o "cognitio limitada")[334].

Una interpretación literal también presentaría problemas de legalidad y no solo de inconstitucionalidad. Los textos procedimentales previos el texto articulado de 1990 y el refundido de 1995) son normas con rango de ley ordinaria y la previsión que incluyen entraría en contradicción con la LOLS (que no introduce diferenciaciones ni escisiones en el procedimiento de "amparo ordinario tipo" para la tutela del derecho de libertad sindical en su art. 13, remitiendo la protección del derecho de libertad sindical al proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona). A todo ello se sumaba la ya mencionada extralimitación de la LPL,1990 respecto de la Base 30ª de Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Labora[335], que tampoco establecía diferenciaciones que permitieran introducir exclusiones al procedimiento común de tutela de la libertad sindical y de los demás derechos fundamentales y libertades públicas.

Resultaba contrario a la legalidad y a la constitucionalidad que la vulneración de un derecho fundamental gozare de mayores garantías en un caso que en otro, por razón exclusivamente de la materia y de la existencia para dicho acto jurídico de una específica modalidad procesal prevista para reparar esa situación.

La solución adoptada en su día para salvar dichos problemas fue una solución de compromiso e integradora, consistente en la aplicación en la tramitación de estas otras modalidades procesales de las garantías previstas para el proceso de tutela de derechos fundamentales, las cuales se acumularán a las específicas de la modalidad procesal[336].

---

[334] Vid. STC 81/1992, de 28 de mayo. Según el T.C. la sumariedad a que se refiere el artículo 53.2 de la C.E. ha de entenderse, no en sentido técnico, sino vulgar, equivalente a "rapidez" en su tramitación, por lo que prescindir d2e la "cognitio limitada" en el conocimiento de la lesión de los derechos fundamentales no es contrario a la sumariedad exigida.

[335] La Base Trigésima de la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral, establece en sus apartado 1: El proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, a que se refiere el artículo 13 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, podrá promoverlo cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical" y en sus apartados 3 y 4, las garantías con las que debía contar el mismo: " El procedimiento, sumario, será de tramitación preferente a todos los que se sigan en el Juzgado o Tribunal y los recursos que se interpongan se resolverán por la Sala con igual preferencia. 4. El Ministerio fiscal será siempre parte en estos procesos, adoptando las medidas necesarias para la depuración, en su caso, de las conductas delictivas."

[336] Así, CRUZ VILLALON, J., "*Las modalidades procesales*..." cit., pág. 370, VALDES DAL-RE, F. "*El proceso de protección*...," cit., pág. 486; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La tutela judicial de los derechos fundamentales laborales*, cit., pág. 251; SANGUINETI RAYMOND, W*., Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales, Estudio de la estructura y el contenido del juicio de antisindicalidad,* Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pág. 47; ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A*., Proceso de tutela de la libertad sindical*…, cit. págs. 25 y 26, GARATE CASTRO, J., *op*. cit., págs. 48 y 49 y CAVAS MARTÍNEZ, F., *op.* cit., extensamente en págs. 157 a 179. Por su parte, GARCÍA MORILLO, J., *La protección judicial*..., cit., pág. 215, ha defendido la tesis de la integración de garantías, pero a la inversa, es el procedimiento de tutela de derechos fundamentales el que incorpora las especialidades de esas otras modalidades procesales. Dicha interpretación resulta difícilmente conciliable con la remisión "inexcusable" que se realiza a la tramitación a través de las modalidades procesales previstas para cada materia, si bien, desde nuestro punto de vista, es encomiable los intentos interpretativos de "asegurar" que todas las garantías del procedimiento de tutela se apliquen también en los supuestos de remisión

Como ya indicara el profesor Valdés Dal-Ré[337], el sentido de la remisión a las modalidades procesales por razón de la materia que realizaba el art. 181 de la entonces vigente LPL de 1990, no es otro que someterlas a una tramitación complementaria o auxiliar que deja inalterada la naturaleza del proceso y la intensidad de la tutela. La técnica utilizada es denominada de "remisión acumulativa", es decir de un reenvío que no implica solo la aplicación del procedimiento al que se hace remisión, sino de la aplicación conjunta y simultánea de todas las especialidades procesales, las del proceso reenviado y las del reenviante. No se trataría de posponer la aplicación de las garantías del proceso de tutela, dando preferencia a las de la modalidad procesal a las que se efectúa la remisión, sino de aplicar las especialidades de ambos. Ello es especialmente importante pues hay múltiples garantías que solo son propias del proceso de tutela (amén de las previstas constitucionalmente, de urgencia y preferencia) y no son comunes a los procesos reenviados.

La solución consistente en la extrapolación de garantías del proceso de tutela a las modalidades procesales a las que se reenvía fue objeto en su día de posicionamientos doctrinales divididos: desde la tesis mayoritaria, que defendía la aplicación en bloque de todas las garantías previstas en el proceso de tutela, tanto las características de rango constitucional (preferencia y sumariedad) como las restantes de origen legal; hasta la de aquellos otros autores que apostaban por una aplicación selectiva de garantías, limitándolas solo a aquellas que fueran necesarias para el cumplimiento de los requisitos de sumariedad y preferencia exigidos por el art. 53.2 C.E.

La tesis mayoritaria doctrinal y jurisprudencialmente es la recepcionada en el art.178.2 de la LRJS; realizando con ello un reconocimiento expreso de lo que ya era una solución *interpretativa de facto.*

Antes de esa consagración legislativa, la LPL de 1995 fue objeto de dos reformas parciales en conexión directa con esa solución. Una de ellas fue la operada por la Disposición Adicional 13.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que añade un párrafo segundo en el apartado 2 del art. 27 LPL y que permitía acumular a las pretensiones afectadas por la prohibición general de acumulación, la acción de indemnización derivada de la vulneración de derechos fundamentales conforme a los arts. 180 y 181 LPL[338].La segunda reforma parcial fue la llevada a cabo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que amplía el listado de acciones enumeradas en el art. 182 con la inclusión de las acciones por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, movilidad geográfica y conciliación de la vida personal y familiar, pasando el 27.2 in fine de la LPL a ser el número 4 de la misma, adicionando en la enumeración de acciones no acumulables, las tres citadas, a fin de hacer coincidir

[337] VALDES DAL-RE, F.," El proceso…", cit. pág. 486.
[338] ALBIOL MONTESINOS, I. et al, *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2007, pág. 138.

ambas enumeraciones y se pudiera reclamar en ellas la indemnización derivada de la vulneración de derechos fundamentales.

La recepción por el Tribunal Constitucional de esta interpretación integradora quedó patente en los razonamientos empleados en su sentencia 257/2000, de 30 de octubre, en la que se plantea si el sindicato puede intervenir como coadyuvante en procesos distintos al de tutela[339]. Entiende el TC que "cuando el legislador del art. 182 LPL remite a las modalidades procesales correspondientes el conocimiento de las demandas que allí se citan, lo hace en función justamente de la materia en litigio para una mejor atención de aquélla y por diversas razones que justifican la propia existencia de una distinta modalidad procesal o la extensión del objeto del conocimiento; pero no desde luego, porque pueda otorgarse a un mismo derecho fundamental una menor garantía jurisdiccional en función de cuál sea el acto o la conducta del que pueda derivarse la lesión que se alega". No obstante, el TC no resolvía todas las dudas acerca de la extensión de las garantías del proceso de tutela a las modalidades procesales remitidas, al centrarse en el tema de la personación del sindicato como coadyuvante en un proceso por despido de un afiliado que alega el carácter discriminatorio de este por motivos sindicales[340].

Respecto a otras garantías, como la intervención del Ministerio Fiscal cabe recordar que la STS de 29 de junio de 2001, rcud. 1886/2000 ya señalaba la necesidad de que la intervención del Ministerio Fiscal prevista en el art. 175.3 LPL se extendiera a "todos" los procesos mencionados en el art. 182 LPL.

2. Estudio de la regulación actual

Esa interpretación doctrinal y jurisprudencial tuvo traslación normativa en el artículo 178.2 de la LRJS, que extiende la aplicación de las reglas y garantías previstas en el Capítulo XI a las pretensiones de derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la citación como parte del Ministerio Fiscal, cuando deban tramitarse necesariamente a través de las modalidades procesales del art. 184. Por su parte el art. 184, in fine establece el carácter preferente que se le dará a dichos procesos.

No cabe duda de que las garantías de la modalidad de tutela que se extienden a estas otras modalidades son todas las establecidas en su régimen jurídico, pero el legislador pone el foco de "forma expresa" en dos garantías, la preferencia y la citación como parte del Ministerio Fiscal, que pasamos a tratar seguidamente:

2.1. La atribución de carácter preferente a dichos procesos (art. 184, in fine)

[339] Véase también ATC 311/1999,de 14 de diciembre, en la resolución de una cuestión de inconstitucionalidad sobre los artículos 113 y 180.1 de la LPL, que no reconocían al trabajador la posibilidad de extinguir el contrato con derecho a indemnización, afirmaba que los artículos en cuestión no excluían la aplicación al proceso de despido la aplicación de las especialidades recogidas en el proceso de tutela de los derechos de libertad sindical.

[340] CAVAS MARTÍNEZ, F, *op.* cit., pág 161: "el principio de congruencia no habría impedido en este caso un dictamen más amplio y clarificador de nuestro máximo intérprete constitucional, que pusiera coto a tanta litigiosidad innecesaria".

La aplicación de la preferencia propia del proceso de tutela que es una preferencia absoluta respecto de cualquier otro que se sigan en los juzgados o tribunales, será aplicable a cada una de las modalidades procesales a las que se efectúa la remisión. No cabe ninguna duda que la prioridad que se atribuye a dichos procesos es una prioridad absoluta, propia del proceso de tutela y a la que se refiere el art. 179.1 LRJS: "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".

De estos procedimientos ya tenían preferencia para su despacho los procesos de vacaciones (art. 126 LRJS), materia electoral (art.132 LRJS), movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 138.5 LRJS), derechos de conciliación de la vida personal y familiar (art. 139.1.b) LRJS), despidos sin tramitación de baja en la TGSS y extinción ex art. 50 ET cuando la causa sea la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado[341]. Otras modalidades carecen de preferencia en su tramitación, como ocurre con los procesos de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo[342], los de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación y los de impugnación de las de sanciones impuestas por los empresarios a las personas trabajadoras. La acumulación en cualquiera de dichas modalidades de la acción de tutela del derecho fundamental les atribuye a todos ellos una preferencia absoluta para su tramitación, "respecto de todos los que se sigan en el juzgado o tribunal" y con la misma prioridad habrán de resolverse los recursos que se interpongan contra la sentencia.

Igual ocurre con la otra nota de "urgencia a todos los efectos" a la que hace referencia el art. 179.1 LRJS, entendida como acortamiento de plazos y eliminación de trámites y requisitos (sumariedad cuantitativa).

El art. 184, in fine LRJS cuando enumera las modalidades procesales a cuya tramitación inexcusable remite, se refiere de forma expresa a la extensión de la nota de preferencia; pero no a la de urgencia, aunque resulta evidente que el acortamiento de los plazos o la eliminación de trámites no pueden ser aplicados exclusivamente a la pretensión de tutela de derechos fundamentales, en cuanto que se acumulan para su conocimiento conjunto

[341] El Real Decreto ley 6/2023, de 19 de diciembre, para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia función pública, régimen local y mecenazgo añade dos apartados, cuarto y quinto en el art. 103 LRJS, para atribuir carácter preferente a los procedimientos descritos, así como carácter urgente (señalando cinco días entre la admisión de la demanda y la celebración del juicio y otros cinco para el dictado de la sentencia) .

[342] El proceso de despido tuvo carácter urgente y preferente, excepcionalmente, "durante el período que transcurrió desde el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales declarada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y hasta el 31 de diciembre de 2020", como parte de las medidas organizativas procesales para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia y de conformidad con el artículo 7.1.d) del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril.

ambas pretensiones. Además, la mayoría las modalidades a las que se efectúa el reenvío ya presentan en su regulación la nota de urgencia y también resulta excluida la obligación del intento de conciliación preprocesal (art. 64 LRJS): No obstante hay otras modalidades como los de impugnación de despido o sanciones que no están exceptuados del intento de conciliación previa y en los que este requisito se mantiene como obligatorio, a pesar de la acumulación de pretensión de tutela de derechos fundamentales. Sobre esta cuestión volveré al realizar el estudio de la característica de sumariedad cuantitativa de esta modalidad.

2.2. La acumulación de las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva

A dicha acumulación se refiere expresamente también el art. 184, in fine, cuando indica que se acumularán en ellos las pretensiones de tutela del derecho fundamental con la que fuera propia de cada modalidad procesal.

La acumulación de ambas pretensiones implica que el órgano judicial se pronunciará sobre ambas: la petición propia de la modalidad procesal respectiva y sobre la de tutela el derecho fundamental.

Ello requiere establecer la correspondiente excepción en el art. 26. 2 LRJS pues la regla general en dichas modalidades remitidas es la prohibición de acumulación. Las acciones a las que alcanza la prohibición de acumulación coinciden, en parte, con las enumeradas en el art. 184 LRJS[343] Y decimos en parte, porque tras la modificación operada en el art. 26.1 por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre[344]y la inclusión en esa prohibición acumulativa de las acciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia, la coincidencia ya no es total. Al no modificar, a su vez, el art. 184 LRJS para remitir a esta modalidad procesal, no cabe el reenvío al art. 138 bis LRJS.

Si en las decisiones empresariales de negativa al acceso, reversión o modificación del trabajo a distancia se hubieran vulnerado derechos fundamentales, habría que recurrir al proceso de tutela de derechos fundamentales, si bien en su sentencia el órgano judicial solo podría pronunciarse sobre si ha existido o no la lesión del derecho fundamental invocado con la decisión empresarial que impide el acceso, la reversión o modificación del trabajo a distancia y en el caso de que no se haya producido esa lesión, no cabrá declarar justificada o injustificada la denegación empresarial o la disconformidad con la propuesta de disfrute realizada por el trabajador.

[343] Salvo las acciones de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, que sí están incluidas en el artículo 184, pero no en la enumeración del artículo 26 de la LRJS.

[344] Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

La inclusión del proceso de conciliación de la vida familiar y laboral en el art. 184 LRJS y la no inclusión de la modalidad del art. 138, bis, carece de sentido si tenemos en cuenta:

- Que ambos procedimientos presentan idénticas características, son urgentes y preferentes (art. 138,bis, c) y 139.b).
- Ambas acciones están sujetas a idéntico plazo de caducidad de 20 días hábiles y están excluidas por razón de su carácter urgente de la interposición de conciliación o reclamación administrativa previa (art. 64.1 LRJS).
- Ambas modalidades están íntimamente conectadas por la causa de la reclamación, pues "cuando la causa de la reclamación en materia de trabajo a distancia esté relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por el procedimiento establecido en el artículo 139" (art. 138.bis.2 LRJS).

De modo que, por ejemplo, si se impugna la negativa empresarial de acceso al trabajo a distancia, cuando dicha solicitud tenga como causa el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, invocándose además la lesión de un derecho fundamental (por ejemplo, al ser la negativa empresarial un acto de represalia), la modalidad procesal aplicable por la aplicación conjunta de los arts. 184 y 139 LRJS (en relación con el art. 138.bis.2 LRJS) sería la tramitación inexcusable con arreglo a la modalidad procesal de ejercicio de los derechos conciliación de la vida familiar y laboral, con las garantías establecidas para el proceso de tutela de derechos fundamentales.

Resulta contradictorio, que en similar situación, si la negativa empresarial a la solicitud de acceso o modificación del trabajo a distancia no tiene relación con los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, pero la conducta empresarial se ha llevado a cabo con vulneración de un derecho fundamental la modalidad procesal adecuada no sea, en todo caso, la del art. 138, bis LRJS (que permite un conocimiento pleno de todas las cuestiones suscitadas), teniendo que recurrir el trabajador o trabajadora (si desea un conocimiento judicial pleno de la litis) a las dos modalidades procesales: a la modalidad de los arts. 177-184 LRJS para la cognición (limitada) del derecho fundamental y a la del art. 138 bis LRJS para la resolución de las discrepancias sobre la propuesta de trabajo a distancia, con las disfunciones que ello supone.

2.3. La aplicación "en cuanto a las pretensiones de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas" de las reglas y garantías previstas en el Capítulo XI para dicho proceso, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal" (art. 178.2 LRJS)

El art. 178.2 LRJS contiene una previsión expresa de aplicación de todas las reglas y garantías prevista para la modalidad procesal de tutela de derechos fundamental a la modalidad procesal reenviada desde el art. 184; no obstante, sigue generando algunas

dudas interpretativas pues, al extender la aplicación de las garantías previstas en el Capítulo XI, lo hace "en cuanto a las pretensiones de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas". Y se hace referencia en concreto a la citación como parte del Ministerio Fiscal ("incluida la citación como parte del Ministerio Fiscal").

La presencia del Ministerio Fiscal en el proceso de tutela se prevé en el art. 177.3 LRJS ("siempre será parte en estos procesos") y el art.178.2 remarca expresamente su presencia en los procesos a los que remite el art.184. La intervención del Ministerio Fiscal estaba prevista en la Ley 62/1978 para todos los procedimientos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. A pesar de ese relevante precedente legislativo, la falta de previsión en la LPL, 1995 de su intervención en los procesos a los que se remitía el art. 182 llevó a soluciones contradictorias por los tribunales, si bien las dudas surgidas a propósito de esta cuestión fueron solventadas por la ya mencionada STS de 29 de junio de 2001, que declara taxativamente la necesidad de intervención del Ministerio Fiscal en los procesos a los que se remitía el art. 182 LPL, por los siguientes motivos:

- La necesidad de interpretar el art. 182 LPL con arreglo a los principios y garantías constitucionales, siguiendo la tesis "integrativa"[345], como ya lo había hecho el propio Tribunal Supremo a propósito de la indemnización de daños y perjuicios que lleva aparejada la lesión del derecho fundamental y que, según sus propias palabras, requería hacerlo con más rotundidad, "cuando se trata de una garantía procesal", como es la cuestión de la intervención del Ministerio Fiscal en estas otras modalidades procesales.
- La misión atribuida al Ministerio Fiscal por la Constitución, concretadas en el art. 3.12 de su Estatuto Orgánico, aprobado por ley 50/1981, de 30 de diciembre, que impone su presencia en los procesos judiciales de amparo, " entre los que deben incluirse los contemplados en el art. 182".
- La previsión por el art. 53.2 de la Constitución de "un único proceso revestido de todas las garantías para la protección de los derechos fundamentales". Dicho proceso puede ser desarrollado por el legislador y como es el supuesto del art. 182 LPL remitir a otras modalidades procesales por razón de las decisiones ventiladas en los mismos, pero no puede privar de las garantías que para los procedimientos de protección de derechos fundamentales prevé el texto constitucional. A ello cabe unir la previsión de intervención del Ministerio Fiscal en estos procesos que establece el art. 13 LOLS y la Base 30 de la LBPL de 1989[346].

[345] Tesis acogida por el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 257/2000, de 30 de octubre y 10/2001 de 29 de enero."

[346] Continúa razonando la sentencia de 29 de junio de 2001 que, con arreglo a la exigencia de un único proceso para la protección de los derechos fundamentales, dotado de todas las garantías "habría que considerar *ultra vires* toda regulación dual por parte del legislador delegado que privara a una sola de las modalidades procesales previstas, de las garantías propias de la tutela, y más en concreto (...) que excluyera la presencia del Ministerio Fiscal como parte en el proceso".

En la actualidad, el art. 17.1 LRJS establece que el Ministerio Fiscal estará legitimado para intervenir en todos aquellos supuestos previstos en la presente Ley, entre los que se encuentran, de los enumerados en el art.184 de la LRJS, los de impugnación de convenios colectivos (art. 165.4 LRJS) y los de impugnación de los estatutos de los sindicatos o su modificación (art.173.3 LRJS), en los que será siempre parte el Ministerio Fiscal, con independencia de que se invoque la lesión o no de derechos fundamentales, por razón del objeto de los mismos, en defensa de la legalidad y el interés público, al solicitarse en ellos la declaración de "no ser conformes a derecho" del convenio colectivo o de los estatutos de un sindicato. En el resto de las modalidades procesales remitidas por el art. 184 LRJS será siempre parte el Ministerio Fiscal por expresa disposición del art. 178.2 LRJS:

Junto a la citación al Ministerio Fiscal como parte, también serán objeto de integración en las modalidades procesales del art. 184 de la LRJS el resto de garantías propias y específicas de la modalidad de tutela de derechos fundamentales, como la preferencia absoluta del proceso, ya mencionada, la sumariedad cuantitativa (o urgencia), la actuación como coadyuvante del sindicato, la inversión de la carga de la prueba, el contenido complejo de la sentencia y la acumulación de la indemnización por daños y perjuicios derivados de la conducta lesiva[347].

III. CARACTERES DEL PROCESO DE TUTELA

1. Opcionalidad.

Otra restricción o reducción del ámbito del proceso de tutela de derechos fundamentales viene determinada por el carácter opcional de este. El art. 53.2 C.E. indica que quien sufra vulneración de sus derechos fundamentales y libertades públicas, incluido el principio de igualdad de trato "podrá recabar…" su tutela a través de un procedimiento con las notas de preferencia y sumariedad. El art. 13 LOLS también utiliza idéntica expresión y dispone que cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical "podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona". Por su parte, el art. 174.1 de la LPL,1990 también recogía la fórmula empleada por el texto constitucional y con idéntica redacción pasaría al texto refundido de la LPL, 1995, en su art. 175.1 y, por último, el art. 177.1 de la actual LRJS también recogería la expresión "podrá recabar su tutela". Esta expresión fue atribuida desde un primer momento al carácter opcional del procedimiento, dando a entender que, si lo prefiere el lesionado puede acudir a otro procedimiento distinto del preferente y sumario previsto en el texto constitucional y por tanto, de cognición ordinaria (y no limitada como el sumario) o a la modalidad procesal que corresponda por razón de la materia[348].

---

[347] Vid. MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "Comentario al artículo 178" en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BARRIOS BAUDOR, G.L., (Dir), Editorial Aranzadi, Navarra, 2020.
[348] Cfr. BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. Y FERNANDEZ LÓPEZ, M F., *Instituciones*..., cit., pág. 204.

Por tanto, quien vea lesionados sus derechos fundamentales o libertades públicas puede recurrir a la vía de protección ordinaria de todos los derechos, en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la C.E) o bien recurrir a otra excepcional, de carácter preferente y sumario, a la que, en apariencia[349], puede acogerse libremente.

El TC en su Sentencia 31/1984, de 7 marzo, declaró que "el artículo 53.2 de la Constitución Española y dentro de la supremacía constitucional, la Ley 62/1978, integrada en el sistema jurisdiccional garantizador de estos derechos coordinado al de protección en sede constitucional instituido con el recurso de amparo, prevén y ordenan un proceso que, estando abierto a las pretensiones con fundamento en la violación de un derecho o libertad fundamental, es específico para estas pretensiones, no impide la utilización de otros tipos procesales [350].

En el mismo sentido, sobre la posibilidad de que las eventuales lesiones de derechos fundamentales puedan ser canalizadas a través de otra modalidad procesal distinta de la específica prevista para la tutela de los mismos, se pronunció el TC en sentencias 90/1997, de 6 de mayo de 1997 y 191/1998, de 20 de septiembre. En dichas resoluciones se concluye que la existencia de un procedimiento específico de tutela de los derechos fundamentales "no significa que las eventuales lesiones de derechos fundamentales deban ser canalizadas exclusivamente a través de esta modalidad procesal", pues, por ejemplo, el procedimiento ordinario carece de cognición limitada del objeto, de modo que puede conocerse de las reclamaciones de otros derechos vinculadas a la lesión del derecho fundamental, que sería probablemente inviable si se recurriera solo a la modalidad preferente y sumaria de tutela, para concluir afirmando: "de esta forma y según el alcance de lo pretendido, el demandante optará por uno u otro procedimiento".

---

[349] En este sentido, GARATE CASTRO, J, *op.* cit., pág. 52. Salvo los supuestos de inexcusable tramitación con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a la materia, prevista en el artículo 182 de la entonces vigente LPL, la utilización del proceso especial de tutela de derechos fundamentales "aparenta tener, cierto carácter opcional o potestativo para el demandante, de manera que el mismo podría, en principio, tramitar su pretensión a través de aquél o seguir el cauce procesal previsto de forma general para la sustanciación de las reclamaciones relativas a la materia en la que aparezca la presunta lesión de un derecho fundamental o una libertad pública, todo ello en función de lo que estime más conveniente desde el punto de vista de la satisfacción de sus intereses." Continúa el autor indicando que el procedimiento preferente y sumario es una "obligación" para el legislador, que deberá poner ese procedimiento a disposición de los justiciables, pero no para estos, configurándose como un cauce de "libre utilización" y no de "obligado cumplimiento", tal y como resulta de la fórmula "podrá recabar…" del texto constitucional.

[350] "El art. 53.2 de la C.E. y la Ley 62/1978 configuran un derecho reaccional garantizador de los derechos fundamentales, por lo que, si se ejercita una pretensión cualificada por tal fundamentación y se niega el proceso, se está privando al que actúa de garantías jurisdiccionales de derechos o libertades fundamentales; y no podrá decirse que la garantía jurisdiccional se respeta cuando, negando el proceso específico, se remite al interesado a otro tipo procesal". Negar el recurso a la vía prevista para la protección del derecho fundamental, así como remitir a otra vía (la ordinaria o específica que corresponda por razón de la materia), implica no respetar la garantía jurisdiccional establecida en el texto constitucional, pero junto a ello, el TC también se pronuncia sobre el derecho del interesado a utilizar otros tipos procesales; de modo que el acceso al procedimiento de tutela debe estar siempre garantizado y basta para ello "con un planteamiento razonable de que la pretensión ejercitada versa sobre un derecho fundamental, con independencia de que posteriormente el análisis de la cuestión debatida conduzca o no al reconocimiento de la infracción del derecho constitucional invocado", pero no resulta obligado que el interesado recurra al mismo.

La sucesiva ampliación de las modalidades procesales a las que se efectúa remisión para su tramitación "inexcusable" a través de las mismas ha reducido de forma ostensible y correlativa el ámbito del procedimiento regulado en los art. 177 y siguientes de la LRJS y, por tanto, también, los supuestos en los que cabe optar por otro procedimiento de cognición no restringida, limitando la alternatividad de procedimientos, al resultar muy extensa la lista de procesos de tramitación obligada[351].

Dicha doctrina constitucional es recogida por el Tribunal Supremo[352], que además advierte que dicha opción no es de carácter absoluto. Lo anterior significa, en primer lugar, que lógicamente, la opción por un proceso u otro requiere que la pretensión sea susceptible de formularse a través del proceso de tutela (porque se plantee la existencia de lesión de un derecho fundamental) y también a través de un procedimiento distinto al de tutela (siempre que el procedimiento elegido sea el adecuado a la pretensión que se deduzca); y en segundo lugar, aunque no menos importante, que la elección del procedimiento de tutela del derecho fundamental o del ordinario o especial que proceda por razón de la materia no tendrá idénticas consecuencias y efectos para el actor. Así, elegido en su caso el cauce procesal privilegiado del proceso de tutela, habrá de tener en cuenta el demandante que el procedimiento se rige por el principio de cognición limitada, lo que supone que solo podrá obtener enjuiciamiento a través de él de las "lesiones directas" de los derechos fundamentales[353], "que o bien afectan a su contenido esencial, o bien (en los supuestos en que sigue aplicándose la doctrina constitucional llamada del «contenido ampliado») se encuentran claramente desprovistas de una mínima cobertura legal".

Por tanto, la opción requerirá que el proceso de tutela sea utilizable y solo será utilizable, "cuando la pretensión interpuesta tuviera como exclusivo objeto recabar tutela judicial efectiva para el derecho fundamental supuestamente vulnerado, sin que a tal fundamento, normalmente al menos, quepa añadir otros distintos"[354].Efectuada la opción por el proceso de tutela del derecho fundamental, el demandante gozará de las garantías y privilegios de este procedimiento, pero también de un conocimiento exclusivo de la lesión, sin que quepa extenderse a cuestiones y pronunciamientos distintos, como son las cuestiones de legalidad ordinaria.

---

[351] CAVAS MARTÍNEZ, F., en *El proceso de tutela…*cit, pág.182 recuerda que la alternatividad comprende también los casos en los que la disyuntiva consiste en acudir al proceso especial de tutela de derechos fundamentales o al también especial de conflicto colectivo, ya que no está este último incluido en la enumeración del artículo 182 LPL(y tampoco en la más amplia del actual artículo 184 LRJS).

[352] Vid. SSTS de 21 de marzo de 1995, rco. 1328/1994 y de 18 de septiembre de 2001, rco. 193/2001. En esta última, el Tribunal Supremo, recordando la doctrina de la Sala sentada en sentencia de 18 de mayo de 1992 en el recurso 1359/1991, reitera: " en determinados supuestos en que la conducta que se entiende lesiva de derechos fundamentales puede ser impugnada también por el cauce del proceso laboral ordinario o de otras modalidades procesales, la parte demandante está facultada para optar por uno u otro procedimiento, ateniéndose en cada supuesto al contenido de la acción correspondiente".

[353] No cabrá el enjuiciamiento de las "infracciones simples de las normas del ordenamiento jurídico, derivadas de una interpretación errónea o incorrecta de las mismas".

[354] Vid. STS de 18 de mayo de 1992, rco. 1359/1991.

En el caso de que se recurriese al proceso de tutela del derecho fundamental, pero se pretendiera introducir también en el objeto del litigio incumplimientos de la legalidad ordinaria, como ya se indicó, el órgano judicial llevará a cabo el examen exclusivo de la lesión del derecho fundamental, pero no la declaración de inadecuación de procedimiento. Así, el "hecho de que, junto a la alegación de la vulneración de un derecho fundamental, se introduzca en la controversia la denuncia de una infracción de la legalidad ordinaria o se aleguen fundamentos diversos a la tutela, o el órgano judicial competente considere que no se ha producido la lesión del derecho fundamental invocado, no afecta a la adecuación del procedimiento"[355]. Por tanto, el órgano judicial, dado el carácter de sumariedad cualitativa de este procedimiento, no podrá examinar los restantes fundamentos diversos ni enjuiciar las cuestiones de legalidad ordinaria que se hayan introducido y ello sin perjuicio de que el accionante pueda recurrir con posterioridad, si aún cabe, al ejercicio de la acción para reclamar la tutela de esas otras cuestiones diversas[356].

Este derecho de opción resulta algo inusual o "sorprendente"[357] en una materia como la procesal en la que el orden público prevalece, si bien es cierto que no cabe vetar al actor que alegue un derecho fundamental en un procedimiento distinto del preferente y sumario, pues el texto constitucional configura el recurso a este último como una opción o posibilidad.

Como ya se ha indicado, será inadecuado el recurso al proceso de tutela de derechos fundamentales, cuando haya que recurrirse inexcusablemente a algunos de los procedimientos del art. 184 LRJS, pues en ellos, pese a la alegación formal del derecho fundamental, la normativa procesal remite, por razón de la materia, a la tramitación preceptiva con arreglo a esas otras modalidades procesales; o en aquellos otros supuestos

[355] Vid. SAN, de 11 diciembre de 2002, proc. 187/2002 en proceso de tutela del derecho de libertad sindical en su manifestación de negociación colectiva (artículo 37.1 de la C.E. en relación con el 28.1 de la misma) ejercitada por el sindicato demandante frente al acuerdo convenido por los sindicatos codemandados, al impedirle formar parte del banco social.

[356] En la SAN de 11 de diciembre de 2002, citada ut supra, la demanda de tutela del derecho de libertad sindical ejercitada por el sindicato demandante resulta desestimada, pues para la apreciación de la existencia o no de dicha vulneración resultaría necesario valorar el acuerdo convenido por los sindicatos demandados "a la luz de la legalidad ordinaria, tanto el contenido, vigencia y eficacia de los acuerdos suscritos por los sindicatos codemandados, como la decisión de la Dirección General de Trabajo". Por ello concluye que no pudiendo ser objeto de acumulación esas cuestiones en un proceso de cognición limitada como el de tutela, solo cabe como fallo la desestimación de la demanda respecto a la lesión de tutela de los derechos fundamentales, dejando imprejuzgadas el resto de cuestiones que en ella se plantean, que podrán ejercitarse ante la jurisdicción laboral ordinaria y a través del trámite correspondiente.

[357] Vid. ALBIOL MONTESINOS y BLASCO PELLICER, A., *Proceso de tutela de libertad sindical...* cit., pág. 57. Sobre el "crispante" carácter optativo del proceso y sus consecuencias, los autores se muestran de acuerdo con la argumentación de la STSJ de Madrid de 18 de octubre de 1996, rsu. 4474/1996: "la parte actora tiene un derecho de opción, aunque crispe un tanto esta afirmación dentro de una materia como ésta de claro tinte procesal en la que el orden público impera, por el cual puede elegir entre utilizar este procedimiento especial de tutela de los derechos de libertad sindical o el procedimiento ordinario, en el que nadie le puede vetar que alegue, entre otras cosas, la vulneración de uno de sus derechos fundamentales. Eso sí, elegido el procedimiento por la parte actora, a sus normas se debe por completo, no pudiendo extrapolarlas o utilizar en cada momento las que estime le son más adecuadas".

en los que la utilización de proceso de tutela del derecho fundamental se realizara en fraude de ley o de forma abusiva con la finalidad de acceder a una vía preferente de conocimiento de la pretensión, por ejemplo, para eludir una posible caducidad de la acción, por transcurso del plazo de veinte días hábiles, lo que ocurrirá con muchas de las acciones enumeradas en el art. 184 LRJS, sujetas a plazo de caducidad (modificación sustancial de las condiciones de trabajo, despido y sanciones, conciliación de la vida personal, familiar y laboral…)[358]. En estos supuestos, al estar en presencia de cuestiones de orden público procesal, el órgano judicial tiene competencia para apreciar de oficio la excepción de inadecuación de procedimiento[359].

De no concurrir ninguna causa de inadecuación del procedimiento, el proceso de tutela del derecho fundamental podrá ser utilizado, pero únicamente para obtener la protección del derecho fundamental lesionado, pues si se quisiera obtener también la solución a cuestiones de legalidad ordinaria o infraconstitucional, el actor tiene dos opciones: recurrir a ambos procedimientos, privilegiado y general (el especial de tutela del derecho fundamental y el ordinario o en su caso especial, que corresponda por razón de la materia, distinta a la tutela del derecho fundamental) dividiendo así su pretensión compleja y fraccionándola para su conocimiento separado en cada uno de dichos procesos (el estricto conocimiento de la lesión del derecho fundamental en el especial de los arts. 177 y siguientes de la LRJS y en el otro proceso, "el resto de cuestiones relativas a incumplimientos ajenos a los preceptos de la Constitución o de las normas infraconstitucionales que acotan el contenido de tal derecho fundamental o libertad pública")[360] o bien utilizar desde un primer momento el proceso ordinario o especial por razón de la materia, pero de cognición plena para que se estudien en él conjuntamente los

[358] Véase la STSJ de Cataluña, núm. 1529/2006 de 17 febrero, rsu 4248/2005, en el que el trabajador de sexo masculino con reducción de jornada por cuidado de hijo y miembro del Comité de empresa solicita turno fijo de noche por guarda legal de dos menores, articulando su pretensión contra la denegación de la empresa por el proceso de tutela de derechos fundamentales (vulneración del principio de igualdad y no discriminación). Según el TSJ el uso de la vía no respondía a la posible existencia de vulneración de derecho fundamental, sino a un "subterfugio" del actor para que los Tribunales entraran a decidir sobre la concesión de un derecho que no es automático y para "evitar la caducidad de la acción, dado que han transcurrido más de veinte días hábiles desde la respuesta que se da al actor". Dejando a un lado el presupuesto procesal de la caducidad de la acción, insubsanable, la sentencia afirma que "no existe vulneración de derecho fundamental alguno", realizando un enjuiciamiento desde la estricta legalidad de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, anterior a la doctrina del TC recogida en sentencia de 15 de enero de 2007 (STC 3/2007), sobre la obligación que impone de enjuiciamiento de estos derechos teniendo en cuenta "la dimensión constitucional de las disposiciones que la reconocen, ponderando los derechos e intereses en juego a la vista de las circunstancias concretas concurrentes" y no desde la estricta legalidad.

[359] Véase SSTS de 8 de julio de 1994, rco. 3626/1992: "constituye jurisprudencia reiterada de esta Sala, la facultad-deber que tiene el órgano judicial de conocer aquellas anomalías producidas en el proceso que, aún, no denunciadas afectan al orden público procesal. No cabe la menor duda que todo lo relativo al procedimiento adecuado afecta al orden público, y sin que quepa admitir -dado el carácter necesario de los preceptos que lo regulan- un proceso convencional hecho a la medida de las partes o del propio órgano jurisdiccional"; y de 9 de mayo de 1998, rco. 3424/1997EDJ 19923: "el órgano judicial puede examinar de oficio si el procedimiento seguido es adecuado o no a la pretensión concreta deducida, por ser cuestión de orden público, no disponible por las partes".

[360] GÁRATE CASTRO, J., *La tutela de los derechos fundamentales*…cit., pág. 54.

diversos "fundamentos de su pretensión", tanto los relativos a la reparación de la lesión del derecho fundamental, como aquellos basados en cuestiones diversas[361].

Cada una de las dos opciones anteriores suscita a su vez nuevas dudas, pero antes de entrar en ellas, cabría una última posibilidad más teórica que práctica, pero factible, que sería el de los denominados supuestos de pretensiones de tutela "puras", es decir cuando el demandante busque la reparación del derecho fundamental y este sea el único objeto de su pretensión, pues en este caso se plantea por la doctrina si el proceso especial de tutela sigue siendo opcional en estos casos o pasaría a ser preceptivo y obligatorio, es decir, si el demandante podría optar por recurrir a un proceso de cognición no limitada, pero sin las garantías del proceso de tutela para obtener los mismos pronunciamientos que podría alcanzar en el proceso de tutela, lo que, en definitiva, supondría "renunciar" voluntariamente a las garantías de este último, renuncia más que discutible cuando la pretensión solo sea de reparación del derecho fundamental y que "debe ceder ante la naturaleza de orden público o indisponibilidad de las normas reguladoras de las distintas modalidades procesales"[362].

El carácter opcional del proceso de tutela se ha considerado que debe ceder frente a la indisponibilidad de las normas reguladoras del cauce procesal adecuado, por dos razones: una de carácter eminentemente práctico y es que "carece de toda lógica que, para obtener lo mismo -la satisfacción de una pretensión estricta de tutela de derechos fundamentales o libertades públicas- el demandante pueda acudir libremente a un cauce, como es el proceso que corresponda a la materia sobre la que incide la lesión invocada, que le reporta, claramente, menos ventajas que el específico y especial (supresión de ciertos trámites, acortamiento de los plazos, prioridad absoluta en la tramitación, posibilidad de suspensión del acto impugnado, acceso al recurso de suplicación en todos los casos, ejecutividad de la sentencia de instancia desde que se dicte, etc.)"[363] y otra relacionada con el orden público procesal y es que el carácter indisponible de las normas relativas a los procedimientos tienen como fundamento la aplicación del cauce más apropiado para la satisfacción de las pretensiones que se someten a su resolución, de modo que el recurso a otro proceso distinto al especial de tutela del derecho fundamental supone prescindir de las garantías y ventajas que este proporciona, lo que supondría una especie de "renuncia" del demandante a las mismas sin contrapartida alguna (pues la cognitio plena de ese otro proceso no supondría en estos supuestos ningún "plus" respecto a la satisfacción de su pretensión). Téngase en cuenta que, cuando el legislador ha considerado más adecuado el uso de otro procedimiento para la satisfacción del derecho fundamental, por razón de la materia, ha remitido su tramitación de forma obligada a estos últimos (art. 184 LRJS),

[361] Véase sobre esta cuestión, CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela*……, cit, págs. 184 a 188.
[362] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical*… cit., pág. 185.
[363] GÁRATE CASTRO, J*., La tutela de los derechos fundamentales*…cit, pág. 55.

extendiendo a estos todas las garantías de los arts. 177 y ss., siendo dicha enumeración un "numerus clausus".

En el supuesto de que, a pesar de ello, el demandante recurriera a otro procedimiento y no al regulado en los arts. 177 y ss. LRJS para la satisfacción de su pretensión de tutela "pura" del derecho fundamental, el órgano judicial deberá comunicar al demandante el defecto advertido en el modo de proponer la demanda, de conformidad con el art. 81.1 de la LRJS, a fin de que lo subsane en el plazo de cuatro días, y cumpla con los requisitos prevenidos por el art. 179.3 de la LRJS, de modo que "exprese, con la debida claridad, los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida", junto a la determinación de las circunstancias relevantes para la fijación de la cuantía de esta última, salvo en el caso de reclamación exclusiva de daños morales. Tal y como preceptúa ese mismo art. 179, en el apartado siguiente, el órgano judicial dará a la demanda la tramitación que corresponda, si fuera competente para conocer de dicho procedimiento y la demanda reuniese los requisitos exigidos por la ley. El órgano judicial es competente para apreciar de oficio que la demanda no se ha promovido por el procedimiento adecuado y "ordenar que se utilice el que corresponda o dirigir a éste el inadecuadamente abierto"[364].

Y ello podrá hacerlo en trámite de admisión de demanda, de oficio, mediante el requerimiento de subsanación al accionante para que formule adecuadamente la demanda o si la demanda cumpliera con los requisitos exigidos por la ley para tal clase de procedimiento, acordando seguir la misma por los trámites del proceso especial de tutela (salvo que el demandante prefiriera desistir de la demanda).

Si la inadecuación no se advierte en este primer momento de admisión a trámite de la demanda podrá ser apreciada en cualquier momento del proceso, de oficio o a instancia de parte (en el trámite de oposición a la demanda, como excepción procesal de inadecuación del procedimiento)[365] y de conformidad con el art. 102.2 de la LRJS, el órgano judicial "deberá dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada"[366], de modo que en virtud del principio "*pro actione*" se da

[364]Véase fundamento jurídico segundo de la STC. 31/1984, de 7 de marzo, recurso de amparo número 234/1983, a propósito de la inadecuación de procedimiento declarada respecto a la garantía contencioso-administrativa que regulaba la Ley 62/1978: "no puede ofrecer duda que entre los poderes del Tribunal se comprenderán, en general, el disentir del trámite solicitado por el accionante y ordenar que se utilice el que corresponda o dirigir a éste el inadecuadamente abierto, pues a esta conclusión es forzoso llegar partiendo de la naturaleza de la institución procesal".

[365] GÁRATE CASTRO, J., *La tutela de los derechos fundamentales*…cit, págs. 79-80.

[366] CAVAS MARTÍNEZ, F., "Los procesos por despido y otras modalidades procesales individuales en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 103, 2013, págs. 184 y 185. El autor hace referencia a este precepto como una de las aportaciones de la LRJS que merece ser destacada por su proyección general y la obligación que se impone al órgano judicial

preferencia a la continuación de la tramitación (evitando sentencias absolutorias en la instancia que estimen la inadecuación del procedimiento), "salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada".

Salvo los supuestos de estas pretensiones de tutela pura de los derechos fundamentales, en los que quedaría excluido el carácter opcional del proceso tutela y resulta preceptivo el proceso preferente y sumario de los arts. 177 LRJS, en el caso de pretensiones de tutela "mixtas" o "complejas" como ya se ha indicado sí cabe la opción del demandante por uno u otro procedimiento. Los posibles efectos de dicha opción serían los siguientes:

1) Si el demandante optara por ejercitar la demanda de tutela del derecho fundamental, la sentencia, como se ha indicado, se pronunciará exclusivamente sobre dicha vulneración y no sobre el resto de cuestiones que no tengan tal carácter, quedando estas imprejuzgadas en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que pueda solicitar su protección en un proceso posterior[367].

   Ese reconocimiento del derecho del demandante para recurrir con posterioridad a otro proceso, de no ser estimada la vulneración del derecho fundamental fue

---

de encauzar la acción ejercitada por los trámites de la modalidad procesal que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin quedar vinculado por la elegida por las partes. De hecho, las diferencias entre las modalidades procesales no suelen ser tan significativas que impidan la subsanación antes del acto del juicio, bastando muchas veces con completar los trámites adicionales exigidos para la respectiva modalidad procesal –petición de informes, presencia del Ministerio Fiscal, intento de conciliación/mediación, etc.– o simplemente ajustarse en la sentencia al régimen de recursos correspondiente. De ahí que no proceda el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación del procedimiento, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada.

[367] Vid. STS 3 de febrero de 1998, rco. 634/1997, se peticiona las cantidades adeudadas al Delegado sindical que reclama a través del proceso de tutela de libertad sindical, el TS afirma (además de no apreciar la excepción de inadecuación de procedimiento estimada por el TSJ, pues considera adecuado el recurso al proceso de tutela de libertad sindical sin que ello implique fraude procesal) que, si no resulta apreciada la vulneración del derecho de libertad sindical alegada es obligado desestimar la demanda, sin que ello signifique resolver sobre la procedencia o no de la reclamación salarial. También, en idéntico sentido, las SSTS de 20 de junio de 2000, rcud 4140, 1999, que reitera doctrina en un asunto sobre privación del derecho a disfrutar horas de representación por miembros del Comité de Empresa tramitado a través del proceso de tutela de libertad sindical; la sentencia de 10 de julio de 2001, rcud. 2800/2000, sobre tutela del derecho de libertad sindical, que los sindicatos demandantes entienden vulnerado a través de las instrucciones dadas por la Administración pública a los Servicios de elecciones sindicales, para el registro de los resultados electorales de las candidaturas SIAT-USO, SPJ- USO, USIAP-USO, SIAT, SPJ O USIAP como obtenidos por el sindicato USO, lo que suponía una interpretación determinada del pacto al que habían llegado dichas candidaturas a la hora de concurrir a las elecciones que perjudicaba al resto de sindicatos demandantes. En dicho asunto, el TS recuerda la doctrina jurisprudencial anterior y por tanto, sin perjuicio de que para poder resolver con pleno conocimiento de causa y acierto el fondo del asunto fuera necesario analizar los acuerdos suscritos por los sindicatos codemandados, así como la decisión de la Dirección General de Trabajo "lo correcto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, debió ser, en todo caso, entrar a resolver el fondo del asunto dentro de los límites impuestos por el principio de cognición limitada". También STS de 19 de enero de 2005, rcud. 27/2004, por tutela de la libertad sindical que se considera lesionada al no constituir la empresa la Comisión Mixta prevista por el Convenio colectivo para la cobertura de vacantes y provisión de las mismas; asunto en el que también aparecen normas de carácter convencional cuyo análisis es necesario para poder resolver el fondo del asunto, pero que no impide conocer de este dentro de los límites impuestos por el contenido del derecho fundamental cuya vulneración se alega.

interpretada por la doctrina como interrupción o suspensión de los plazos de prescripción y caducidad respectivos [368]. En ese otro proceso, en virtud del efecto de cosa juzgada del proceso de tutela del derecho fundamental no cabrá plantear nuevamente lesión del derecho fundamental, pero sí el incumplimiento o infracción de normas infraconstitucionales, ya sean legales, reglamentarias o convencionales. No existe, sin embargo, ninguna previsión normativa expresa en el ámbito laboral atribuyendo a la interposición de la demanda de tutela del derecho fundamental efectos interruptivos o suspensivos de la prescripción y caducidad de otras acciones posteriores basadas en los mismos hechos, por causas de pedir distintas[369].

Este planteamiento sucesivo de ambas acciones, la especial de tutela y la posterior ordinaria, con "salvedad" de los plazos de prescripción y caducidad de la acción posterior, que se entendían interrumpidos y suspendidos por la interposición de la demanda de tutela del derecho fundamental fue una práctica habitual en el ámbito contencioso-administrativo con base y fundamentación jurídica en la STC23/1984, de 20 de febrero que declaraba la compatibilidad de ambas acciones: "no cabe duda de que si el ciudadano opta por acudir a la vía de la Ley 62/1978 (Sección Segunda) para obtener la tutela de los derechos fundamentales, ello no obsta para que pretenda la nulidad del acto por vicios de legalidad, en la vía judicial correspondiente, previo agotamiento, en su caso, de los recursos que procedan".

La generalización del planteamiento de forma sucesiva de ambos procedimientos, recurso contencioso-administrativo de la Ley 62/1978 y los posteriores contencioso-administrativos ordinarios, en caso de verse frustrados los primeros, con reapertura del plazo para agotar la vía administrativa, supuso un abuso ilimitado del recurso contencioso administrativo especial (lo que resulta lógico por las garantías con las que cuenta el proceso preferente y sumario, unido ello a la "salvedad" de los plazos para recurrir al contencioso ordinario), empleándose como arma de defensa rápida, dejando la otra acción en reserva, para su uso solo si se desestimaba el especial privilegiado de tutela[370]. El TC, cambiando su inicial criterio, dejó clara la coexistencia, alternatividad o simultaneidad del recurso contencioso ordinario y del especial previsto por entonces en la Ley 62/1978 y ahora en la LJCA de 1998; pero no aceptó que pudieran interponerse sucesivamente, salvo que restara plazo para ello.

---

[368] Cfr. GARATE CASTRO, J.: *La tutela...*, cit., pág 59: "la desestimación que pueda hacerse de la pretensión de tutela del derecho fundamental o libertad pública se produce sin perjuicio de que, de concurrir los presupuestos para ello «(léase no agotamiento de los plazos de prescripción o caducidad para reclamar)» el demandante conserve la acción para la eventual existencia de una infracción de legalidad ordinaria en otro proceso".

[369] Sí lo preveía el Anteproyecto de Ley de Procedimiento Laboral (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, suplemento 1553, de 15 de febrero de 1990, pág. 753), de modo que la interposición de la demanda de tutela producía la suspensión de cualquier otro proceso laboral referido a idénticos hechos aunque por causas de pedir diversas a la tutela de los derechos fundamentales o libertades públicas.

[370] Vid. CAINZOS FERNANDEZ, J. A.: «*Balance de los diez primeros años de existencia del recurso contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales*», en AA VV, *Introducción a los derechos fundamentales*, vol. 11, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, pág. 1127.

La STC de 84/1987, de 29 de mayo consagra una doctrina contraria a la práctica seguida hasta entonces y obliga al justiciable a presentar simultáneamente y no sucesivamente, el recurso ordinario y el especial, so pena de perder los plazos para el primero de ellos, pues "lo que el ordenamiento procesal vigente no contempla, ni puede afirmarse que imponga el art. 24.1 de la Constitución, es la facultad de utilizar sucesivamente una y otra vía de recurso, de manera que pueda formularse el ordinario una vez desestimado el especial, con independencia del transcurso de los plazos legales de caducidad de la acción".

Ese "giro" sufrido en el orden contencioso no cuenta con excesivos motivos para ser trasladado al ámbito laboral, en primer lugar, porque no se ha producido en el orden social ese recurso indiscriminado a la vía preferente y sumaria para después acudir a la ordinaria, de no ser estimado el primero, que llevó a excluir la tramitación sucesiva de ambos y en segundo lugar, porque los antecedentes histórico-legislativos existentes, como el mencionado Anteproyecto de Ley de Procedimiento Laboral se orientan en sentido favorable a la utilización sucesiva de una y otra vía.

Sin embargo, al no existir ninguna previsión de "salvedad del trascurso de los plazos" y a fin de evitar estos, resulta "prudente" recurrir al ejercicio simultáneo de ambas demandas, la de tutela del derecho fundamental y la que corresponda por el procedimiento ordinario o especial para conocer de la pretensión basada en cuestiones infraconstitucionales, sin que en principio, quepa apreciar litispendencia, por tener ambos procedimientos causas de pedir distintas[371]. En cambio, otros autores defienden, para evitar resoluciones contradictorias, que se impida la tramitación simultánea y paralela de ambos procesos, recurriendo a la excepción de litispendencia[372]. Es de advertir que entre ambos procedimientos habrá identidad en los hechos, actos u omisiones que han dado lugar a la pretensión de reparación del derecho fundamental, por lo que aunque las causas de pedir no sean idénticas en ambos, sí que habrá como mínimo una "litispendencia parcial" respecto de la lesión del derecho fundamental y una de las varias o posibles causas de pedir en el otro procedimiento ordinario más amplio. Al existir claras coincidencias entre objetos y causas de pedir, aunque no sean absolutas o totales, se podrán dictar resoluciones contradictorias en caso de acudir a ambas[373], siendo así que la excepción de

[371] Para CAVAS MARTÍNEZ, F., *La tutela del proceso laboral*…, cit, pág. 190, "que de no admitirse la interrupción o suspensión de dichos plazos, habría que considerar entonces la posibilidad de simultanear ambos procedimientos, para lo que, en principio, no debería existir problema de litispendencia, por tener uno y otro, causas de pedir distintas." Advierte el autor que, no obstante, el enjuiciamiento paralelo de ambas demandas puede dar lugar a situaciones paradójicas, por ejemplo, que se estime la demanda de tutela del derecho fundamental al apreciar la vulneración del mismo por el acto enjuiciado (por ejemplo, la discriminatoria clasificación profesional del actor), si bien en el otro proceso, de clasificación profesional, sobre la base de los mismos hechos, se decida que no existe infracción de legalidad alguna.

[372] BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALON Y FERNANDEZ LOPEZ, *Instituciones*, loc. cit., "con vistas a evitar el pronunciamiento de resoluciones contradictorias, ha de impedirse que las partes acudan a un mismo tiempo a ambos procesos y ello por medio de la excepción de litispendencia".

[373] Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F. *El proceso laboral* …, cit. pág. 196.

litispendencia debería entrar en juego[374]. Y además debería hacerlo tanto para el procedimiento ordinario respecto del especial privilegiado, como a la inversa, sea cual fuere el procedimiento en el que se alegue, provocando la paralización de éste hasta que se resuelva el proceso previo por sentencia definitiva[375].

Por último cabe recordar que en el supuesto de que a pesar de haberse optado por la demanda de tutela del derecho fundamental, la pretensión no pudiera tramitarse por esta modalidad, de conformidad con el art. 179.4 de la LRJS, el juez de oficio debe rechazar la demanda y advertir al demandante de su derecho a promover la acción por el cauce procesal correspondiente, salvo que reuniese los requisitos (competencia, presupuestos procesales…) necesarios para darle el curso que corresponda. Resulta además en estos supuestos indiferente el momento en el que el órgano judicial tome esa decisión (que puede ser en cualquier momento del curso del proceso) hubiera transcurrido o no el plazo para el ejercicio de la acción .

2) Si se promueve en primer lugar una demanda a través del procedimiento plenario, la acción debe considerarse alternativa y excluyente de un posterior proceso de tutela, pues siendo este proceso de cognición plena y pudiendo entrar en el conocimiento de todas las cuestiones planteadas, no quedará ninguna de ellas imprejuzgada, como sí puede ocurrir a la inversa, en el supuesto de recurrir en primer lugar al procedimiento de tutela de cognición limitada. En estos casos, la resolución judicial sí gozará de efectos de cosa juzgada en su integridad y en todos sus pronunciamientos, de forma "onmicomprensiva"[376].

---

[374] A los efectos de la litispendencia, la doctrina constitucional y jurisprudencia en materia de cosa juzgada material son aplicables a aquella excepción a la que se encuentra vinculada (véase STC 32/2005, de 15 de enero).

[375] Como ha señalado BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALON Y FERNANDEZ LOPEZ, *Instituciones*, loc. cit.: "desde el punto de vista de la naturaleza del fallo, no tiene por qué existir diferencias; de ahí que ambos procedimientos sean incompatibles entre sí, debiendo considerarse alternativos y excluyentes", pág. 87.

[376] En este sentido, la STSJ de Murcia, de 20 de julio de 1998, rsu. 172/1998 explica los distintos efectos de cosa juzgada de las sentencias cuando se produce el ejercicio de ambas modalidades y en función del orden en que se efectúe: «(…) procede delimitar el juego de la excepción de cosa juzgada cuando se está en presencia de situaciones de pluriactividad procesal, *id est*, de ejercicio no acumulado sino sucesivo del proceso ordinario o modalidad procesal correspondiente de objeto no limitado y el proceso especial de tutela. Dos hipótesis han de contemplarse: 1ª Que se ejercite en primer lugar la pretensión limitada al conocimiento de la lesión del derecho fundamental y libertad pública; en este caso, por mor del principio de cognición limitada, la sentencia se pronunciará exclusivamente acerca de la concurrencia o no de la lesión alegada, omitiendo pronunciarse sobre si los mismos hechos sobre los que se construye la pretensión constituyen o no transgresión de otros derechos o intereses que no transcienden el plano de la legalidad ordinaria estes efectos, como han señalado doctrina y jurisprudencia, el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a permitir plantear con posterioridad una nueva demanda en la que se examinen y resuelvan esas otras causas de pedir sobre las que la primera sentencia no puede irradiar no efecto de cosa juzgada aunque la solución de la litis se dilate, el error del interesado al elegir la modalidad procesal de tutela no debe llevarle al extremo de perder soda posibilidad de plantar ulteriormente el segundo proceso. 2º Por contra, si en primer lugar se presenta una demanda a través de un proceso no limitado en cuanto a su causa de pedir, la acción debe considerarse alternativa e incompatible con la deducción posterior de una pretensión de tutela de libertad sindical o derechos fundamentales, pues al tratarse el de un proceso plenario, en él habrá tenido oportunidad el accionante de formular la alegación relativa a la lesión de los derechos

Este efecto de cosa juzgada material del pronunciamiento dictado en el proceso ordinario impidiendo que prospere una ulterior demanda de derechos fundamentales opera incluso con carácter "tácito", es decir, aun cuando en el proceso ordinario no se haya invocado lesión de derechos fundamentales, porque el silencio del demandante sobre la vulneración de derechos fundamentales habría que interpretarlo, no como voluntad de restringir el ámbito de la litis, sino como entendimiento de que tal infracción no se ha producido[377]. Dicha tesis contaría con apoyo legal en el art. 400 LEC sobre "preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos, que establece en su primer apartado que "cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior", con la previsión expresa en el apartado segundo de que "(…)a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se consideran los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste". Por su parte, el art. 222.2 LEC prevé que solo se considerarán "hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen".

Ello implicaría que el accionante, de optar por el proceso plenario pero no alegar en él la posible lesión del derecho fundamental se vería privado de la posibilidad de entablar una demanda posterior para obtener la protección de este, por preclusión de dicho fundamento o causa de pedir, que debió de aducirse al tiempo de interponer la primera demanda[378]. Con ello se daría por cumplido "tácitamente" el requisito de la triple identidad entre ambos procedimientos: subjetiva, objetiva y causal, al entender este último cumplido, si tratándose de los mismos sujetos y objeto del proceso se omite el fundamento de la pretensión, consistente en la tutela del derecho fundamental o libertad pública lesionado por esos actos, hechos u omisiones.

---

fundamentales junto con otras alegaciones de legalidad ordinaria respeto a los hechos sobre los que versa la pretensión, con lo que la a que ponga fin a dicho proceso producirá efectos de cosa juzgada omnicomprensiva respecto de todo lo que allí se debió y decidió, clausurándose con ello la posibilidad de reiterar por vía de tutela idéntica pretensión».

[377] CRUZ VILLALON, J., "*Competencia y dualidad...*", cit., pág. 89.

[378] Vid. STSJ de Madrid, de 13 de diciembre de 2004, rsu. 5251/2004. Se aplica el efecto de la cosa juzgada tácita del proceso previo de cognición plena no restringida respecto de todas las cuestiones, incluidas las referidas a derechos fundamentales, en un supuesto de cambio de funciones y horario, por no haber aceptado el trabajador la jubilación ofrecida por la empresa, con ejercicio en primer lugar de la acción de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que resulta estimada. El ejercicio posterior de la demanda de tutela del derecho fundamental aduciendo discriminación por razón de edad e indemnización de daños y perjuicios resulta desestimada por resultar precluida la alegación de dichos hechos y fundamentos. Con apoyo en el instituto de la preclusión y el artículo 400 d de la LEC, la sentencia indica que: "habiendo podido alegar el actor en el primer procedimiento los hechos y fundamentos jurídicos que invoca en el presente, deben tenerse por invocados en aquel, lo que lleva consigo la desestimación".

En la jurisprudencia no faltan ejemplos de doctrina contraria a esta tesis del efecto de la cosa juzgada tácita[379], que si bien tiene fundamento legal expreso en el art. 400 LEC no resultaría aplicable cuando se trata del rechazo de tutela de un derecho fundamental por mera "omisión" de su alegación en un proceso anterior, especialmente porque habría que tener en cuenta que, aun tratándose de unos mismos hechos (por ejemplo, un traslado de centro de trabajo, un cambio de funciones, una modificación de horario…), las causas de pedir en uno y otro proceso son diferentes.

Cabría también reflexionar sobre el resultado claramente indeseable de llevar este efecto de cosa juzgada al extremo, pues las conductas empresariales pueden ser pluriofensivas, atacando a varios derechos fundamentales y también pueden ser reiteradas y continuadas en el tiempo, lo que complica aún más la aplicación de todas las consecuencias de la cosa juzgada por omisión y la determinación de lo que se ha dado en llamar el objeto "virtual" del proceso.

Además, y dada la confusión y difícil delimitación de la triple identidad para que se aplique la excepción de cosa juzgada, especialmente cuando se refiere a la causa de pedir, resulta de interés recordar que esta última no viene determinada por las acciones ejercitadas, sino que se identifica con "los hechos decisivos o los títulos que conforman el derecho que se reclama"[380], es decir por el "conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora, esto es, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión o título que sirve de base al derecho reclamado, de forma que se puede decir que existe identidad en la causa de pedir cuando existe una igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción"[381].

---

[379] Por ejemplo, la STSJ Cataluña de 21 de noviembre de 2002, rsu. 1353/2002, en el que ejercitada en primer lugar demanda por modificación sustancial de las condiciones de trabajo por el cambio de funciones y desestimada la misma, se rechaza que los efectos propios de la excepción de cosa juzgada material pueda desplegarse en un proceso posterior de tutela del derecho fundamental a la propia imagen y a la no discriminación por entender que: «No se trata de deducir la existencia de la vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de la supuesta existencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino de ejercitar una acción con sustantividad propia en relación con unos hechos determinados aunque éstos pudieran haber sido tipificados de aquella forma en otra demanda ya enjuiciados, a ese solo fin podría hablarse a lo sumo de una identidad de hechos, de los que derivan dos acciones bien diferenciadas".

[380] Véase respecto de un proceso de conflicto colectivo (que no de derechos fundamentales) la argumentación realizada por la STS de 11 de julio de 2019, rco. 77/2018, sobre la aplicación de la preclusión y la excepción de litispendencia y cosa juzgada.

[381] Ídem. En el caso planteado se había interpuesto demandas sucesivas de conflicto colectivo, solicitando en la primera con carácter principal, la modificación de la composición de la Coordinadora Sindical Estatal, para que se realice de forma proporcional a los resultados electorales, aplicando la doctrina jurisprudencial de reparto de restos y subsidiariamente, que se interprete en ese sentido el precepto del convenio colectivo aplicable, estimando la Audiencia Nacional la excepción de inadecuación de procedimiento. En el segundo proceso de conflicto colectivo se reclama la inaplicación por ilegalidad de ese mismo artículo del Convenio Colectivo y que se declare que la composición de la Coordinadora debe realizarse con arreglo a derecho,

La aplicación de la excepción de litispendencia y cosa juzgada requerirá la identidad de ambos, además de la subjetiva, por supuesto, pero no basta con ello, sino que habrá que tener en cuenta la doctrina constitucional formulada en atención al principio "*pro actione*" y el derecho a la tutela judicial efectiva que limita el ámbito de aplicación de los arts. 222.2 y 400.2 LEC a "hechos y alegaciones que pudieron ser aducidos en un procedimiento anterior, pero no a la formulación de pretensiones que permanezcan imprejuzgadas y respecto de las cuales no hubiese prescrito o caducado la acción procesal"[382], y que postula una interpretación de los mismos de conformidad con dichos derechos fundamentales, evitando aplicaciones rigoristas o formalistas. El efecto de litispendencia y el de cosa juzgada deberá alcanzar a aquellos argumentos jurídicos que pudieran haberse esgrimido en el proceso precedente para amparar la pretensión ejercitada en ese primer proceso, pero no puede derivarse sin más ese efecto cuando en el proceso posterior se hacen valer pretensiones "con sustantividad propia".

En el ámbito laboral se ha desarrollado la doctrina en relación a la aplicación de los arts. 222 y 400.2 LEC, especialmente a propósito del salario fijado en sentencia de despido y las posibles reclamaciones de cantidad posteriores (diferencias salariales, horas extras…), que cabe considerar condensada por la STS 17 octubre 2013 (rec. 3076/2012), donde se reitera que los efectos de la cosa juzgada se extienden tanto a los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en el proceso previo como a los que en él hubieran podido alegarse[383].

---

en aplicación de la mencionada doctrina jurisprudencial y sin aplicación del precepto convencional ilegal. Se rechaza la identidad entre ambos procesos, porque la razón de pedir en un caso es la interpretación de un precepto del convenio en un determinado sentido y en el segundo lo es la ilegalidad del mismo y porque lo contrario supondría una interpretación rigorista del artículo 400.2 de la LEC no acorde con la doctrina constitucional.

[382] STC 71/2010, de 18 de octubre, no aprecia la excepción de cosa juzgada entre dos procedimientos planteados, al no existir identidad objetiva y de causas de pedir, pues "en un caso se ejercita una acción de responsabilidad extracontractual y en otro una acción de reclamación de intereses de demora, sin que exista previsión legal que imponga el ejercicio obligatorio de ambas acciones en concurso". Véase también a este respecto, la STC 106/2013, de 6 de mayo en la que se otorga el amparo a quien en el proceso posterior se le aplicó el efecto preclusivo respecto de un proceso anterior entre las mismas partes, en el que el demandado se allanó a la demanda, no optando por reconvenir. El TC califica tal decisión judicial como contraria al principio de tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia, al contravenir el carácter voluntario de la reconvención y restringir desproporcionadamente el derecho de opción por no reconvenir, quedando además las pretensiones ejercitadas en el segundo pleito imprejuzgadas por el "juego" del allanamiento previo y la apreciación de la cosa juzgada posterior.

[383] La indicada sentencia reconoce efecto de cosa juzgada del salario fijado en la sentencia de despido respecto de reclamaciones posteriores de cantidad. Vid. también STS de 25 de octubre de 2018, rco. 203/2017, en la que se plantea conflicto colectivo sobre acceso a fijeza en TRAGSATEC de trabajadores indefinidos no fijos, apreciando cosa juzgada por existir previa sentencia colectiva con suficiente similitud respecto de la segunda en la que se reconoció el carácter de trabajadores indefinidos no fijos del mismo colectivo de trabajadores. Resulta evidente en este caso que el primer proceso despliega los efectos negativos de la cosa juzgada sobre el conflicto colectivo posterior, pues "los mismos argumentos y peticiones que ahora se han desarrollado pudieron desplegarse en su momento", concluyendo la Sala que son las mismas las pretensiones ejercitadas o "meros enfoques formales de un mismo objeto litigioso".

La preclusión de la alegación de los distintos hechos y fundamentos con los que se sostenga la pretensión que se produce con la interposición de la demanda en el primer proceso, no resulta aplicable al proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas pues en él no cabe invocar una causa de pedir distinta a la lesión del derecho fundamental [384].

Por último, procede recordar que la opción inicial por el proceso ordinario o plenario, aun cuando se alegue en él la lesión de derecho fundamental, no conlleva la extensión de las garantías propias del proceso de tutela de derechos fundamentales, pues la misma solo está prevista respecto de las modalidades establecidas en el art. 184 LRJS, de conformidad con lo dispuesto en el art. 178.2. Cuando el accionante decide acudir directamente a la vía procesal ordinaria, llevará a cabo su reclamación a través de un procedimiento más lento, que no gozará de la preferencia absoluta del proceso de tutela de derechos fundamentales, pero como contrapartida podrá obtener un conocimiento pleno tanto de las vulneraciones de los derechos fundamentales seguidas, como de los posibles incumplimientos o infracciones de legalidad ordinaria. De entender lo contrario se llegaría al absurdo resultado de que la alegación de vulneración de un derecho fundamental, cualquiera que sea la modalidad procesal elegida "transformaría" dicho procedimiento en urgente y preferente.

2. Preferencia y sumariedad

Los caracteres de preferencia y sumariedad figuran impuestos por el art. 53.2 CE para este procedimiento de amparo ordinario. Sin perjuicio de la referencia que se ha ido haciendo a ellos a lo largo de los apartados precedentes, procede hacer un estudio de mayor calado de estos caracteres del proceso de rango constitucional.

2.1. PREFERENCIA

En sentido técnico procesal, la preferencia implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos[385].

La preferencia que se predica de este proceso es absoluta respecto de cualquier otro, aunque haya sido tramitado con anterioridad, tanto en el reparto, celebración del juicio, fallo y resolución de recursos. Y como ya se ha señalado se trasmite a las modalidades procesales a las que reenvía el art. 184 LRJS, cuando en ellas se invoque lesión del derecho fundamental. La razón última de este privilegio procesal es la relevancia de los bienes jurídicos que se protegen y el interés constitucional en su tutela, evitando la permanencia en el tiempo de su lesión, para lo que a la preferencia en su conocimiento y resolución se une la urgencia en la tramitación o sumariedad.

2.2. SUMARIEDAD

[384] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral* ... cit. pág.196.
[385] STC 81/1992, de 28 de mayo, FJ 4.

Junto a la preferencia, la otra característica que predica el art. 53.2 CE es la sumariedad, si bien no hay en la normativa constitucional ni procesal definición de este término.

El concepto de sumariedad puede entenderse en un doble sentido: cuantitativo y cualitativo. La sumariedad cuantitativa, también denominada impropia equivale a urgencia en la tramitación, lo que supone la supresión o eliminación de trámites o formalidades, así como una mayor brevedad en los plazos a fin de alcanzar la celeridad que se quiere otorgar a la tutela de los derechos fundamentales.

La sumariedad cualitativa se define como limitación de la cognitio judicial, es decir, que aquello que es objeto de enjuiciamiento y análisis por el órgano judicial queda limitado a la lesión del derecho fundamental, sin entrar a conocer o resolver de otros incumplimientos normativos, convencionales o contractuales, que pudieran estar basados en una causa de pedir idéntica, conexa o análoga.

Puesto que no existe una definición normativa del concepto de sumariedad cuando el utilizado por el art. 53.2 CE habrá que determinar si el término es empleado en su acepción de "urgencia" o exige además la limitación del objeto de la modalidad procesal. Para ello hay que recurrir al máximo intérprete de la Constitución, el TC, que señala con claridad que para entender la expresión "sumariedad" hay que recurrir a su acepción vulgar equivalente a rapidez o celeridad y no a su sentido técnico (pues los procesos de protección jurisdiccional no son sumarios sino especiales)[386].

Que ello sea así no impide que el legislador ordinario añada esa otra acepción del concepto sumariedad concibiéndolo como un proceso de cognición limitado a la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas, pues resulta congruente con su configuración como un "procedimiento excepcional y acelerado, merecedor de un tratamiento legal más favorable o ventajoso que el recibido por los restantes procedimientos"[387]. La falta de limitación del objeto del proceso podría conducir a abusos y recurso indiscriminado al mismo para gozar de las ventajas que esa vía proporciona.

2.2.1. La sumariedad cuantitativa

La sumariedad cuantitativa supone un "plus de rapidez"[388] y a ella se refiere el art. 179 LRJS, cuando indica que "la tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos".

La sumariedad cuantitativa se traduce en supresión de trámites y mayor brevedad de los plazos y queda reflejada en las siguientes previsiones sobre su tramitación:

a) La declaración de hábiles de "los días del mes de agosto y los días que median entre el 24 de diciembre y el 6 de enero del año siguiente, ambos inclusive" (art. 43.4 LRJS)

[386] STC 81/1992, de 28 de mayo, FJ 4.
[387] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical...,*
[388] VALDÉS DAL-RÉ, " Proceso de protección...", cit, pág. 488.

a efectos de la tramitación de este tipo de procesos. La habilitación de esos días es una habilitación directa por ley, sin necesidad de habilitación judicial expresa, a la que se refiere el apartado 5 del mismo art. 43. La habilitación lo es tanto para el proceso declarativo, como para el trámite de recurso o ejecución, así como para la adopción de actos preparatorios, medidas precautorias y cautelares o aquellas que tiendan directamente a asegurar la efectividad de los derechos reclamados o que, de no adoptarse pudieran dar lugar a un perjuicio de difícil reparación.

b) Tampoco serán inhábiles dichos días para la adopción de actos preparatorios, medidas precautorias y medidas cautelares, en particular en materia de prevención de riesgos laborales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como para otras actuaciones que tiendan directamente a asegurar la efectividad de los derechos reclamados o para aquellas que, de no adoptarse, pudieran dar lugar a un perjuicio de difícil reparación.

c) La reducción del plazo para la celebración de los actos de conciliación y juicio, que se fija en los cinco días siguientes a la admisión de la demanda, debiendo mediar dos días hábiles entre la citación de las partes y la efectiva celebración del juicio. La sentencia habrá de dictarse en el plazo de tres días hábiles siguientes a la celebración del juicio (frente al plazo general de 5 días), debiendo de publicarse y notificarse inmediatamente a las partes y a sus representantes (art. 181.3 LRJS) frente al plazo general de dos días; así como ejecutividad inmediata de las sentencias, a pesar de la interposición de recursos contra las mismas (art. 303 LRJS) y a salvo de lo dispuesto para las sentencias de despido nulo, que tienen previsto un régimen de ejecución provisional en los arts. 297 y siguientes de la LRJS.

d) La eliminación de trámites como la exclusión de la conciliación previa (art. 63 LRJS) o, en su caso, el agotamiento de la vía administrativa previa (art. 69 LRJS).

La declaración de urgencia de un procedimiento tiene como finalidad acortar plazos y requisitos para ofrecer una rápida tutela al derecho, evitando así trámites previos innecesarios. A la necesidad de celeridad para evitar la prologanción en el tiempo de la lesión ha de añadirse otro motivo para excluir la conciliación extrajudicial y es el relacionado con el carácter indisponible de los derechos lesionados, al tratarse de derechos fundamentales en los que estaría comprometido el orden público[389].

Cabe detenernos en dos cuestiones relacionadas con la eliminación de este trámite previo: una de ellas sería los efectos del intento de conciliación en el proceso de tutela, no siendo este trámite preceptivo y otra, la obligatoriedad del intento de conciliación en

[389] El Tribunal Constitucional en sentencia 81/1992, de 28 de mayo, "…dentro del estándar orden público hay que reputar hoy incluidas las normas constitucionales tuteladoras de derechos fundamentales". Vid también SSTC 276/1983 o 19/1985,de 13 de febrero.

modalidades de despido, extinción de contrato e impugnación de sanciones, cuando se invoca la lesión de un derecho fundamental.

Respecto a la primera cuestión, la ausencia de obligatoriedad en el proceso de tutela ha sido considerada por doctrina y jurisprudencia equivalente a "prohibición", por el carácter de orden público de los derechos fundamentales, lo que implicaría que, tanto el intento de conciliación como el acuerdo de las partes sería nulo y no surtiría efecto alguno, tampoco suspensivo o interruptivo de los plazos de caducidad y prescripción.

Otra consecuencia de la innecesariedad del trámite es que el órgano judicial no puede archivar la demanda por omisión del mismo. El TC entendió que la falta de conciliación previa estaría justificada constitucionalmente, como aplicación directa de la sumariedad cuantitativa requerida por el art. 53.2 de la CE[390].Con posterioridad y en el mismo sentido, se pronunció el TC en sentencia núm. 10/2001, de 29 de enero, respecto a un proceso de despido nulo en el que se alegó discriminación por maternidad y se procedió al archivo de la demanda por falta de acreditación del cumplimiento del intento de conciliación. Dicho archivo resulta censurable por lesionar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al haberse recurrido a la aplicación de un criterio formalista y rigorista en la interpretación del entonces art. 81.2 LPL, "contrario al principio *pro actione*"[391]. El TC señala: "quien se queja en esta sede vio impedida toda oportunidad de cumplimiento con base en un criterio abiertamente formalista, contrario al principio *pro actione*, visto que estaba sometida a juicio una posible discriminación sin exigencia de conciliación previa al tratarse de un despido supuestamente contrario a derechos fundamentales".

En el supuesto de las modalidades procesales a las que remite el art. 184 LRJS y a pesar de acumularse en ellos la acción de lesión de derechos fundamentales, se ha llegado a soluciones diferentes, al considerar que "cada una de las modalidades procesales determinará la obligatoriedad o no del intento de conciliación administrativa previa o mediación"[392]. Parece que se da una preferencia a las características de cada una de las modalidades procesales a las que se hace el reenvío[393] en lugar de aplicar el carácter urgente "a todos los efectos" del proceso de tutela.

---

[390] La mencionada sentencia del TC 81/1992, de 28 de mayo, concluyó declarando "la ausencia de obligatoriedad del acto de conciliación ante el IMAC o cualquier autoridad administrativa como presupuesto procesal de la admisión de una demanda cuyo objeto lo constituya la solicitud de restablecimiento de un derecho fundamental vulnerado, ya que la interpretación contraria llevaría a la perpetuación en el tiempo de la lesión del derecho fundamental afectado (F. 5)".

[391]Vid. un comentario de esta sentencia en el ya mencionado artículo de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y TASCÓN LOPEZ, R., "Sobre la vulneración de la tutela judicial efectiva por desconocer el requisito de conciliación administrativa previa en un supuesto especialmente complejo", en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 109, 2002, págs. 127 y sigs.

[392] Vid. MAS GARCÍA, E.M., "Comentario al artículo 64" en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BARRIOS BAUDOR, G.L. (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2020, pág.348.

[393]FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y TASCON LOPEZ, R., "Sobre la vulneración de la tutela judicial efectiva por desconocer el requisito de conciliación administrativa previa en un supuesto especialmente complejo", en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 109, 2002, págs. 135, consideran que en un

La cuestión es especialmente relevante a propósito del proceso de despido[394] y la impugnación de sanciones, pues el resto de modalidades procesales del art. 184 LRJS ya están excluidas de la exigencia de conciliación previa en el art. 64.1 LRJS[395].

La obligación del intento de conciliación previa supone una interpretación rigurosa del art. 184 LRJS cuando señala que dichas demandas "…se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas". No obstante, el mismo artículo también indica "…sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 178…", el cual ordena la aplicación en dichas modalidades procesales ("se aplicarán"), en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas de las reglas y garantías previstas en el capítulo que regula dicho proceso.

Y siendo así, puesto que el proceso de tutela resulta excluido de la necesidad de conciliación previa por razones de urgencia, no debería la falta de conciliación suponer un obstáculo para la admisión de la demanda por despido, pues lo contrario implicaría entorpecer el derecho a la tutela judicial efectiva, en su doble vertiente de acceso a la vía judicial y a obtener una resolución judicial que resuelva el fondo del asunto.

Como afirmaba Cavas Martínez,[396] respecto a la anterior LPL, probablemente el intento de conciliación en las reclamaciones por despido en las que resultan también vulnerados derechos fundamentales, "responda, además de a una interpretación incondicionada del art. 69 LPL, a que en este proceso el actor suele ampliar el objeto de su pretensión a cuestiones que exceden de la estricta tutela de derechos fundamentales, respecto de los cuales el intento de conciliación sigue teniendo sentido". Y ello es así, pues nada impide que se llegue a un acuerdo sobre la materia disponible, transigiendo sobre los efectos de la improcedencia del despido y el demandante haga reserva expresa de la acción por vulneración del derecho fundamental.

A día de hoy sigue abierta la cuestión de si la omisión del intento previo de conciliación en esta modalidad de despido con vulneración de derechos fundamentales determina el archivo del procedimiento o habría que hacer prevalecer el derecho a la tutela judicial

despido por vulneración de derechos fundamentales, las peculiaridades propias del proceso de tutela han de extenderse al proceso de despido, haciendo innecesario el requisito de la conciliación en él.

[394] Con exclusión de la impugnación del despido colectivo de los representantes de los trabajadores, que también está excluida de conciliación o mediación previas.

[395] Están excluidos con carácter general de este trámite previo, aunque no se invoque en ellos lesión de derechos fundamentales el resto de modalidades procesales a las que remite el art. 184 LRJS, a saber: los procesos de disfrute de vacaciones, materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, lo de protección de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 139, los de impugnación de convenios colectivos y los de impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación. No entran en la excepción de conciliación del artículo 64.1 los procesos de despido y de impugnación de sanciones (arts.103 a 115 LRJS) y las demandas por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, que seguirán el proceso correspondiente, bien de despido disciplinario o el ordinario (arts. 80 a 100 LRJS), cuando se extinga el contrato por voluntad del trabajador.

[396] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela de la libertad*... cit., pág. 167.

efectiva y las garantías propias de este proceso, más aun teniendo en cuenta que las cuestiones que podrían ser objeto de transacción ya cuentan con un intento de conciliación, en este caso judicial, antes de la celebración del juicio, que además también puede tener carácter anticipado, al igual que la conciliación administrativa [397].

La LRJS no ha aprovechado para aclarar esta circunstancia, pero resulta contradictoria la extensión de todas las garantías del proceso de tutela a las modalidades a las que remite el art. 184 LRJS incluida la preferencia en el señalamiento de las vistas y que no se eliminen trámites, como la conciliación preprocesal derivada de la nota constitucional de sumariedad que se atribuye a la tutela del derecho fundamental.

A ello hay que añadir que el intento de conciliación previa no solo es un presupuesto obligatorio del proceso laboral con carácter general (sujeto a numerosas excepciones), sino que tiene una finalidad de permitir un acuerdo entre las partes y evitar el recurso al procedimiento judicial y es este el que ha de garantizarse si se opta por no eliminar el mismo en las modalidades de despido, impugnación de sanciones y extinciones de contrato a pesar de la alegación de vulneración de derechos fundamentales y a costa de dilatar el procedimiento.

El 65.2 LRJS prevé que en el supuesto de no celebración del acto de conciliación en el plazo de 30 días hábiles se tendrá "por cumplido el trámite". En un primer momento, esta previsión se extendió también a la reanudación "ex novo" de los plazos de prescripción, ya que los plazos de caducidad se entienden reanudados, en cualquier caso, a los quince días hábiles, de no haber sido celebrado el acto de conciliación con anterioridad[398]; si bien la LO 1/2025 ha modificado el art. 65.1 LRJS para señalar de modo expreso que el plazo de 15 días hábiles no solo suspende los plazos de caducidad, sino que también interrumpe los de prescripción[399].

---

[397] Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, LO 1/2025), modifica el artículo 82 LRJS que regula el señalamiento de los actos de conciliación y juicio y modifica la regulación de la conciliación judicial previa a la vista que no tiene que celebrarse sucesivamente, sino que puede tener también carácter anticipado, dentro de los 10 días siguientes a la admisión de la demanda y en todo caso, con una antelación mínima de 30 días a la celebración del acto del juicio, salvo excepciones. Y
puede tener lugar tanto a instancia de parte, como de oficio por el letrado o letrada de la Administración de justicia "si entendiera que, por la naturaleza y circunstancias del litigio o por la solución dada judicialmente en casos análogos, pudiera ser factible que las partes alcanzaran un acuerdo.

[398] CAVAS MARTÍNEZ, F., "Comentario al artículo 65", en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social,* SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) Editorial Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 397:" al disponerse ya en el apartado 1 que el cómputo de la caducidad se reanudará transcurridos quince días desde la presentación de la solicitud sin haberse celebrado el acto de conciliación, este apartado 2 del art. 65 quiere referirse únicamente a la prescripción, la cual se reiniciará transcurridos aquellos 30 días".

[399] Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia ha modificado el art. 65 LRJS, ha unificado el período de suspensión e interrupción de los plazos de caducidad y prescripción al señalar que los mismos se reanudarán o reiniciarán, respectivamente, "al día siguiente de intentada la conciliación o mediación o transcurridos quince días hábiles desde su presentación sin que se haya celebrado".

El art. 65.2 LRJS mantiene la anterior finalidad del plazo de 30 días hábiles, "dar por cumplido el trámite y finalizado el procedimiento" de no haberse celebrado el acto de conciliación o no haber iniciado mediación o alcanzado acuerdo en dicho plazo. De hecho, en los últimos años se ha hecho uso de esta previsión con una frecuencia "desconocida" hasta el momento. El recurso a la expedición de "certificados de cumplimiento del acto de conciliación", cuando no resulta posible señalar la fecha de celebración antes de esos treinta días hábiles, por la acumulación de asuntos en los servicios administrativos correspondientes (unidades o servicios de mediación y conciliación) fue adoptada a raíz de la pandemia Covid-19, para agilizar el colapso derivado de la imposibilidad de celebración de actos de conciliación durante ese período (acrecentado con la suspensión e interrupción de los plazos de caducidad y prescripción[400]), pero su uso no debe convertirse en indiscriminado como medida para evitar la falta de medios humanos, pues acabaría restándole toda su eficacia y convirtiéndolo en un mero trámite[401] .

Si bien es cierto que en los procesos de despido e impugnación de sanciones, la conciliación está especialmente llamada a cumplir su función, la existencia de una posterior conciliación judicial, junto a la escasa aplicación de las consecuencias de la no asistencia al acto de conciliación (art. 66.3 LRJS[402]) restan virtualidad práctica a la misma.

La imposición de costas al demandado que no hubiera concurrido al acto de conciliación sin justificación alguna, prevista en el art. 66.3 LRJS, responde al criterio objetivo del

[400]La Disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 acuerda la suspensión de los plazos de caducidad y la interrupción de los de prescripción durante la duración de dicho estado.

[401]El Servicio de Relaciones Laborales de la CARM emite con cierta periodicidad certificados con el siguiente contenido: "No será posible celebrar el acto de conciliación dentro del plazo de 30 días indicado en el art. 65.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, por lo que cumpliendo con lo indicado en la citada norma se tiene por terminado el procedimiento y cumplido el trámite. Sentado lo anterior, si las partes llegasen a un acuerdo que resuelva la controversia, podrán solicitar a este Servicio de Relaciones Laborales la reapertura del expediente y la celebración del acto de conciliación con avenencia, en cualquier momento previo al que se señale por la Jurisdicción Social para ventilar el asunto. Del mismo modo, las partes demandadas que deseen formular reconvención ante reclamaciones en sede de conciliación, podrán solicitar el señalamiento de vista oral para que ésta se refleje en acta de conciliación".

[402] La previsión de imposición de costas, incluidos honorarios de letrado o graduado social de la parte contraria, con el límite de 600 euros requiere que la sentencia coincida esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación, que la parte haya sido correctamente citada (lógicamente se excluyen los supuestos de notificación ausente o defectuosa) y que la incomparecencia sea injustificada, lo que le resta automaticidad a su imposición, porque siempre cabe la intervención y ponderación judicial para apreciar la justa causa de la ausencia. Véase al respecto, CAVAS MARTÍNEZ, F., "Comentario al artículo 66" en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..."* cit, pág. 402. También BAJO GARCÍA, I., "Comentario al artículo 66" en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social",* BLASCO PELLICER, A. (Dir.)..., cit., pág. 441.Vid. STS de 7 de mayo de 2010, rcud. 2248/2009. En la anterior regulación procesal, la incomparecencia injustificada del demandado al acto de conciliación suponía la obligación del órgano judicial de apreciar temeridad y mala fe y aplicar las consecuencias previstas en el art. 97.2 LPL; 1995 (imposición de multa), que ha sido sustituida en la LRJS por la imposición de costas.

vencimiento. A ello se añade en el art. 97.3 LRJS la posibilidad ("podrá imponer") de señalar una sanción pecuniaria en los términos del art. 75.4 LRJS(entre 180 y 6.000 euros, y en todo caso, no más de la tercera parte de la cuantía del litigio).

Lo cierto es que la imposición de tales medidas, que son apreciables de oficio, no han sido utilizadas suficientemente en la práctica, al menos no operan con el carácter que lo hacen en la jurisdicción civil por ejemplo, en la que el art. 395.1 LEC presume, en todo caso, la mala fe en el demandado que se allana, si antes de presentada la demanda "se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación".

Precisamente, con la finalidad de reforzar la finalidad del acto de conciliación previo (y no solo la mera asistencia) se ha modificado el apartado 3 del art. 97 LRJS por el art. 104.21 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

Esta modificación entró en vigor el 20 de marzo de 2024 y entre los supuestos que facultan la imposición motivada de una sanción pecuniaria, junto a los dos ya recogidos en el texto original de la LRJS (mala fe o temeridad del litigante o incomparecencia injustificada al acto de conciliación o mediación previos) se adiciona un tercero: "cuando la sentencia condenatoria coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación"; por tanto, aun cuando el demandado hubiera comparecido al acto conciliatorio, pero se hubiera opuesto obligando al demandante a recurrir a los órganos judiciales[403]. En todos los casos y cuando el condenado sea el empresario[404], también procederá la imposición de costas con el límite de seiscientos euros. La introducción de este nuevo supuesto resulta sumamente discutible desde el punto de vista del derecho de defensa del demandado, por lo que puede que no tenga un largo recorrido o una aplicación práctica generalizada y además requerirá una interpretación sistemática en relación con el art. 66.3 LRJS, que al señalar las consecuencias de la no asistencia al acto de conciliación del demandado exige para la imposición de las costas del proceso que concurran acumulativamente la incomparecencia

[403] Para algunos autores, dicha sanción y condena en costas resulta discutible a la luz del derecho de defensa de la parte demandada, como señala GOERLICH PESET, J.M., "¿Implica el nuevo art. 97.3 LRJS la obligación de alcanzar un acuerdo en la conciliación previa?," *Blog El Foro de Labos*, en su entrada 6/02/2024: "Se trata de una consecuencia sumamente discutible puesto que el demandado queda obligado a aceptar el acuerdo propuesto por la parte demandante si no quiere correr el riesgo. O, si quiere verse desde otra perspectiva, la imposición de una sanción y de las costas de la defensa de la parte contraria penalizan, en definitiva, el ejercicio de su derecho de defensa. Ello dista mucho de ser razonable habida cuenta el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, sin sufrir indefensión (art. 24.1 CE), que queda desconocido por una lectura literal del art. 97.3 LRJS.

[404]STS de 28 de febrero de 2018, rcud. 2661/2015. La condena al pago de honorarios de letrado en los supuestos del art. 97.3 LRJS solo procede en el supuesto del litigante que ostenta la condición de empresario.

injustificada y la coincidencia esencial entre la sentencia y la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o solicitud de mediación.

Resultaría más eficaz aplicar de manera efectiva las sanciones que ya estaban previstas que abarcan los supuestos de antijuricidad de la conducta del demandado (que no comparece injustificadamente a una conciliación cuya asistencia es obligatoria o que actúa con mala fe o temeridad, al responder su conducta exclusivamente al ánimo dilatorio), si lo que se pretende es ofrecer una respuesta ágil a las pretensiones del actor, propiciando que las partes lleguen a una solución consensuada y descargando así a la administración de justicia de pleitos innecesarios. A esta última finalidad (sin necesidad de prolongar la lesión del derecho fundamental con una obligatoria conciliación preprocesal) también puede contribuir la existencia de otras oportunidad de conciliación antes del acto del juicio, tanto voluntarias ante el servicio administrativo (art. 64.3 LRJS), como obligatorias, ante el letrado o letrada de la Administración de Justicia (ahora con posibilidad de celebración anticipada de oficio o a instancia de las partes presencialmente o por vía telemática, arts. 82.2 y 84.1 LRJS).

En cuanto a las acciones de despido, cuando el demandado sea una Administración pública, no cabe ninguna duda acerca de la innecesariedad de los actos preprocesales previos, tanto de la conciliación como de la reclamación administrativa previa, tras la supresión de la exigencia de esta última, con carácter general por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; exigencia de reclamación previa que solo se mantiene respecto de las demandas en materia de prestaciones de Seguridad Social (art. 71 LRJS) y las reclamaciones al Estado de pago salarios de tramitación en juicios por despido (art. 117 LRJS)[405].

Tras la entrada en vigor de la LRJS y la supresión del requisito de reclamación previa se generó una incertidumbre inicial, especialmente a propósito de las acciones de despido, pues se suprimía la necesidad de reclamación administrativa previa, pero la conciliación previa seguía siendo un trámite preceptivo en esta modalidad. A ello se unía que la jurisprudencia del TS mantenía un criterio rigorista en los supuestos de errónea interposición de conciliación previa cuando esta es innecesaria, negando que esta tenga efectos suspensivos de la caducidad de la acción[406]. Por tanto, tras la supresión de la exigencia de la reclamación administrativa previa con efectos de 2 de octubre de 2016, tampoco ha de intentarse la conciliación previa, pues "es razonable interpretar que la salida de las administraciones públicas, a los efectos que aquí importan, del artículo 69 LRJS y su entrada en el art. 63 LRJS, habría requerido, como venimos diciendo, una manifestación más clara, expresa y justificada por parte de la LPACAP"[407]. Por su parte,

[405] Véase las SSTS de 10 de diciembre de 2021, rcud. 947/2019; de 8 de marzo de 2022, rcud. 4874/2019 y 19 de mayo de 2022, rcud. 2057/2020 y de 05 de julio de 2022, rcud. 333/2022,
[406] Véase por ejemplo, STS de 9 de diciembre de 2013, rcud. 85/2013 y de 16 de septiembre de 2014, rcud. 251/2014.
[407]STS de 5 de julio de 2022, rcud. 336/2021.

tras la reforma operada por la LPACAP, en el apartado tercero del art. 69 LRJS se suprime la referencia a la suspensión de los plazos de caducidad por la interposición de la reclamación previa en las acciones derivadas de despido y demás sujetas a plazos de caducidad, pero manteniendo inalterado el resto del texto original, que dispone que el plazo de interposición de la demanda será de veinte días hábiles o el especial que sea aplicable, "contados a partir del día siguiente a aquél en que se hubiera producido el acto o la notificación de la resolución impugnada". Por tanto, de intentarse la conciliación no suspenderá los plazos de caducidad, en aplicación de los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley[408].

a) Ahora bien, la Administración debe ser especialmente rigurosa en las notificaciones de los actos a los administrados, tal y como indica el art. 69.1, párrafo segundo LRJS, estando obligados a incluir: "la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos"; por lo que las notificaciones que omitan dichos requisitos mantendrán suspendidos los plazos de caducidad e interrumpidos los de prescripción, hasta tanto no realice el interesado "actuaciones que impliquen su conocimiento o interponga cualquier recurso que proceda". Ello ha llevado a flexibilizar la apreciación de la caducidad de las acciones, concediendo efectos suspensivos a la reclamación administrativa previa, cuando la notificación ha omitido indicar que frente al acto cabe interponer directamente demanda[409].

2.2.2. La sumariedad cualitativa

La sumariedad cualitativa también resulta ser una característica de este proceso y ello a pesar de la limitación del concepto "constitucional" de sumariedad a aquella de carácter meramente cuantitativa.

No obstante ello no impide que el legislador haya añadido esa otra característica al procedimiento a la hora de llevar a cabo su configuración en el art. 178 LRJS. Que un proceso sea de cognición limitada supone que el objeto del mismo queda limitado exclusivamente a una parte concreta de la cuestión, quedando restringidas las facultades

[408] Entre otras, SSTS de 10 de diciembre de 2021, rcud. 947/2019; 8 de marzo de 2022, rcud. 4874/2019 y 19 de mayo de 2022, rcud. 2057/2020.

[409] Véase la STSJ de C. Valenciana de 5 de marzo de 2019, rsu. 3909/2018, con extensa e interesante argumentación sobre la doctrina del Tribunal Supremo: "…que ha aplicado la caducidad en el sentido más favorable al interesado cuando la administración actúa irregularmente, bien porque no hay resolución expresa, bien porque se trata de un comportamiento verbal o tácito o no se ha notificado convenientemente (STS 10 de junio de 2016, rcud. 601/2015 , dictada en un caso de falta de llamamiento de una trabajadora fija discontinua de la administración, que reitera toda la doctrina anterior de la Sala de lo Social y STS de 14 de enero de 2014, rcud. 4121/2011)". Todo ello le lleva a desestimar la caducidad de la acción de despido por interposición errónea de reclamación administrativa previa, al no haber notificado la Administración el despido "… con expresión de los recursos que procedan, que en el caso de despido sería la inexistencia de los mismos y la impugnación judicial ante el orden social.", dando prevalencia al derecho a la tutela judicial efectiva del administrado y aplicando el principio *pro actione*, ya que "…la Administración no puede prevalerse de su propia torpeza a los efectos del cómputo de los plazos".

de alegación y prueba de las partes a las relacionadas con ese objeto y limitándose los efectos de cosa juzgada de la sentencia a la cuestión debatida (art. 222.4 LEC).

En el ámbito de esta modalidad implica dos consecuencias: la imposibilidad de la acumulación de la pretensión de tutela con otras de distinta naturaleza y la exclusión del conocimiento de cuestiones de legalidad ordinaria, que han sido objeto de desarrollo en este Capítulo Tercero, I. Delimitación general del objeto del proceso, al cual nos remitimos.

No obstante interesa aquí señalar que la restricción del objeto de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales tiene como finalidad que este puede ofrecer una protección rápida y veloz, por ello no solo gozan de carácter preferente, sino que se eliminan trámites, se acortan plazos y se limitan las posibilidades de alegación y defensa. Como objetivo de segundo orden también se quiso evitar el recurso masificado a esta modalidad (lo que también repercute en la agilidad de su resolución), evitando que cualquier infracción de las normas infraconstitucionales pudieran tener acceso a este procedimiento, pues "indirectamente" o "en último término", todas pueden entrañar un ataque de la norma constitucional que consagra el derecho fundamental. Pero paralelamente y con el fin de evitar la indivisibilidad de la causa petendi se remitieron obligatoriamente a la tramitación por ciertas modalidades especiales, tanto la pretensión objeto de esta últimas como la pretensión de derecho fundamental con la que se encuentra conectada, para su conocimiento de forma acumulada. Y además sin que quede afectada la tutela del derecho fundamental, pues se extienden a estas modalidades del art. 184 LRJS todas las garantías aplicables a la modalidad de tutela, aunque también es cierto que el objeto, abierto al conocimiento de cuestiones de legalidad infraconstitucional sigue estando limitado por el carácter de modalidades especiales (y no ordinarias) de todas aquellas a las que se efectúa la remisión (pesando sobre ellas idéntica prohibición de acumulación a acciones de distinta naturaleza).

CAPÍTULO CUARTO: LAS PARTES DEL PROCESO

I. LEGITIMACIÓN ACTIVA

1. Consideraciones generales

El art. 177 LRJS trata de la legitimación activa en este proceso de forma similar a como lo hacía el art. 175.1 de la LPL anterior, considerando legitimados activamente a "cualquier trabajador o sindicato, que invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados sus derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas". Dicha regulación ya fue criticada por la doctrina por su insuficiencia, al dejar numerosas dudas y cuestiones abiertas a la disparidad de criterios interpretativos.[410] La actual norma completa la regulación del legitimado activamente en estos procesos cuando hace referencia a la "víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas", en el apartado 4 del art.177, para pasar a ocuparse también del legitimado pasivamente en estos procesos, dando un concepto amplio del mismo, que se extiende al empresario y "cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario".

Como es sabido es concepto fundamental de cualquier teoría general de derecho procesal el de legitimación procesal en sentido estricto o *ad causam,* que supone un plus respecto a la capacidad procesal[411] y hace referencia a la capacidad de los sujetos para intervenir y ser parte en un conflicto en concreto, por la conexión de estos con el objeto procesal[412],

---

[410] Véase ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICEER, A., *Proceso de tutela ...,* cit., pág. 34. CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical…,* cit., pág. 207.

[411] Sobre los conceptos de capacidad para ser parte, capacidad procesal y legitimación, en el proceso laboral, véase BAYLOS, GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ, M.F., *Instituciones de derecho procesal…,* cit., págs. 44 a 48. Sobre los distintos tipos de legitimación, véase ALEGRE NUENO, M., "Comentario al artículo 17", en BLASCO PELLICER, A., (Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* Tirant lo Blanch, 2023, págs. 214 a 219. Son múltiples las clasificaciones sobre estos conceptos y a sabiendas del carácter simplista en que pueden caer las mismas, es imprescindible recordar que doctrinal y jurisprudencialmente se viene distinguiendo dentro de la legitimación entre legitimación *ad processum* y legitimación *ad causam,* identificándose la primera "con la capacidad para ser sujeto de la relación jurídico procesal y la segunda (o legitimación procesal en sentido estricto del término) con la capacidad para ser sujeto en un específico y concreto proceso". Vid. ORTIZ LALLANA, M.C., *La intervención del sindicato en el proceso de trabajo,* CES, Madrid, 1994, págs. 107 y 108. Otras clasificaciones de la legitimación, como activa o pasiva, vienen definidas por la titularidad de derechos u obligaciones, respectivamente, en la cuestión litigiosa debatida y por último, cabe distinguir entre legitimación ordinaria o extraordinaria (también denominadas directa e indirecta/derivada) que la ostentan respectivamente, quienes comparecen en juicio en calidad de titulares de la relación jurídica, en el primer caso o quienes, sin ser titulares de dicha relación jurídica debatida en el proceso judicial actúen en nombre e interés del titular del derecho- representación- o en nombre propio, pero por un derecho ajeno-sustitución procesal.

[412]ALEGRE NUENO, M., "Comentario al artículo 17", en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social...* cit., pág. 214: "Es condición necesaria para la estimación de la demanda que los litigantes estén legitimados —legitimación causal— para actuar en el pleito; el actor porque le pertenece el derecho que reclama y el demandado porque está obligado a reconocerlo, a hacerlo efectivo (STS de 10 de junio de 2020 (Tol 7995787)".

lo que puede venir determinado, como regla general, por la titularidad del derecho o la obligación ejercitada (legitimación ordinaria) o aun sin tener dicha titularidad, por estar dotado de habilitación legal expresa (legitimación extraordinaria o sustitución procesal)[413] .

El art. 17 de la LRJS regula la legitimación ordinaria en el proceso laboral y la atribuye a los "titulares de un derecho subjetivo o interés legítimo" que podrán ejercitarla ante los órganos del orden jurisdiccional social "en los términos establecidos en las leyes". Igualmente de legitimación ordinaria gozan los "sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales (…) para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios" (art. 17.2 LRJS). Además de para la defensa de los intereses que le son "propios", los sindicatos con implantación en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que se resuelva sobre "intereses colectivos de los trabajadores", si existe un vínculo entre el sindicato y el objeto del pleito y a través del cauce del proceso de conflicto colectivo para la defensa de los intereses de una "pluralidad de trabajadores indeterminados o de difícil determinación" y en particular, en defensa del derecho a la igualdad efectiva de hombres y mujeres en todas las materias atribuidas al orden social. Todos ellos son supuestos de legitimación ordinaria, pues el sindicato interviene en nombre propio, tanto cuando actúa en defensa de intereses que le son propios, como cuando actúa en defensa de intereses colectivos de las personas trabajadoras afectadas por el conflicto (sean afiliados o no a la organización sindical)[414].

Distinta de esta legitimación para actuar en nombre propio es la intervención adhesiva simple o como coadyuvante prevista en el art. 177.2 de la LRJS, en la que el tercero interviene porque tiene un interés legítimo en la resolución que recaiga, pero no se trataría de un interés directo, sino indirecto o reflejo. La intervención en el litigio es voluntaria y la extensión de los efectos de la cosa juzgada no alcanza al coadyuvante, por lo que no cabe retroceder ni detener el curso de las actuaciones.[415] En los procesos de tutela de

---

[413] ESTEVE SEGARRA, A., GOERLICH PESET, J. M. y NORES TORRES, L. E., *Curso de derecho procesal laboral 2ª edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, versión electrónica, https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411308045: "la existencia de supuestos de legitimación extraordinaria en el orden social que se encuentran recogidos a ciertos efectos y en ciertos asuntos concretos (entre otras, intervención del Ministerio Fiscal en ciertas modalidades procesales –cfr. arts. 164.6 y 177.3 LRJS)", págs. 74- 75.

[414] BAYLOS, GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ, M.F., *Instituciones de derecho procesal…,* cit., pág.53. Se trataría de la denominada como "legitimación colectiva", una legitimación propia y singular, que cabe considerar como un supuesto de sustitución procesal o como una figura propia o independiente: "actúan como partes en el proceso, con auténtica legitimación procesal, si bien la resolución judicial va a producir efectos inmediatos sobre los intereses de los trabajadores y empresarios afectados por el litigio".

[415]ALEGRE NUENO, M., "Comentario al artículo 17", en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BLASCO PELLICER, A., (Dir.),Tirant lo Blanch, e-book, 2023, https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411693554, pág. 215. El sindicato coadyuvante "podrá utilizar los poderes procesales que corresponden a la parte a la que se asocia y, consecuentemente, oponerse o adherirse a la demanda, formular alegaciones, plantear excepciones y proponer y practicar

derechos fundamentales el sindicato al que pertenezca el titular del derecho afectado y cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo podrá personarse en el proceso, recurrir y continuar el mismo, salvo voluntad en contra de la persona trabajadora perjudicada. En supuestos de discriminación, también podrán intervenir como coadyuvantes las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentren la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados.

Realizadas estas primeras consideraciones generales, procede ahondar en concreto en los sujetos legitimados en el proceso de tutela de derechos fundamentales.

En primer lugar, el apartado 1 del art. 177 declara legitimado para la defensa de los derechos de libertad sindical, huelga o del resto de derechos fundamentales a "cualquier trabajador o sindicato". Estos son, en principio, los sujetos legitimados activamente para intervenir como partes en este proceso especial. Esta doble legitimación coincide, claramente, en el caso del derecho de libertad sindical, con la doble titularidad de ese derecho, dada su vertiente o dimensión individual (trabajador) y colectiva (sindicato) [416].

Podrán actuar en este proceso, al igual que con carácter general, por tanto:

- En calidad de parte principal, el trabajador, en el supuesto de lesión de sus derechos fundamentales individuales y el sindicato en el supuesto de lesión de sus derechos que le son propios (cuando resulten vulnerados los intereses particulares y derechos que le corresponden en su condición de organización sindical) pero también cuando resulten afectados los denominados intereses "colectivos" de las personas trabajadoras (y con independencia de la intervención o no de la persona trabajadora individualmente)[417].

  La función de los sindicatos, desde la perspectiva constitucional (art. 7 C.E.), en cuanto que constituida por la "defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios", no queda limitada solo a la función de "representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado. Cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de las personas trabajadoras, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada una de las personas trabajadoras

pruebas. Sin embargo, dado que no es titular de la relación jurídica controvertida ni parte principal en el proceso, no podrá introducir ninguna cuestión que altere el objeto de este, ni utilizar aquellos medios de defensa o resistencia que le beneficien exclusivamente a él. Tampoco podrá realizar actos de disposición del proceso, como allanarse, renunciar, transigir y recurrir, por ser privativos de los titulares de la relación jurídica controvertida. Por último, no podrá recaer sobre el coadyuvante ningún pronunciamiento de absolución o condena en la sentencia dictada en el proceso al que acude como tal, ni queda afectado por la cosa juzgada material en sentido propio".

[416] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela …,* cit., pág. 208.

[417] Vid. MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos fundamentales…* cit. pág. 99.

uti singulus, sean de necesario ejercicio colectivo' (STC 70/1982, FJ 3)"[418]. En estos casos, cuando sindicato y trabajador intervienen conjuntamente lo hacen en situación litisconsorcial.

- Como coadyuvante, el sindicato junto a la persona trabajadora, en aquellos casos en los que a este último corresponda legitimación como parte principal. Cuando el derecho fundamental vulnerado pertenece a la persona trabajadora y es un derecho individual, el sindicato no puede comparecer si no lo hace el trabajador y su intervención debe limitarse a la meramente adhesiva o como coadyuvante.
- Como representante voluntario de la persona trabajadora, el sindicato, en los supuestos de los arts. 19 y 20 LRJS, en el primer caso, en los supuestos de demandas conjuntas de más de diez actores que deberán designar a un representante común (supuesto de apoderamiento plural por imperativo legal[419]), en el segundo caso, en representación de sus afiliados, para la defensa de los derechos individuales de estos últimos, cuando así los autoricen (figura jurídica procesal de la representación voluntaria "cualificada" de la persona trabajadora por el sindicato, en el que se introduce como particularidad la presunción expresa de autorización del afiliado a su sindicato para actuar en el proceso en defensa de sus intereses, con los únicos requisitos de acreditación en demanda de afiliado al sindicato del actor y de comunicación a la persona trabajadora de la intención de iniciar el proceso[420]).

Ahora bien, además es necesario que los legitimados "invoquen un derecho o interés legítimo que consideren lesionado". Se trata, no de la mera legitimación procesal, sino de la legitimación específica o ad causam, lo que genera diversas cuestiones, como qué ha de entenderse por "interés legítimo", si existen otros sujetos legitimados además de trabajador y sindicato para ser parte principal; si es posible la intervención del sindicato como legitimado activamente de forma principal en aquellos casos en los que la lesión se

[418] Véase también la STC 7/2001, de 15 de enero, FJ. 5, que reitera doctrina e indica que la función que ostenta el sindicato en estos casos la ostenta "por sí mismo" y además es independiente de la relación de afiliación o no con los trabajadores afectados, pues el sindicato en principio estará legitimado para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos y concluye: "*Queda así clara «la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores»*…"

[419] ORTIZ LALLANA, M.C., *La intervención del sindicato…,* cit., págs. 125 a 129, sobre este tipo de representación a la que se denomina representación voluntaria plural por imperativo legal, o "representación común necesaria". Vid. también PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "La presencia del sindicato en la nueva ley de Procedimiento Laboral", *Actualidad Laboral*, número 1, 1991, pág. 3.

[420] *Ibídem,* pág. 138. Se trataría de una figura jurídica procesal que se diferencia de la intervención del sindicato en el proceso como coadyuvante, pues esta última es una intervención adhesiva de tercero, que requiere la existencia previa de un proceso o la intervención conjunta con el trabajador que acciona, pero también de la sustitución procesal, pues a pesar de existir habilitación legal, el sustituto actúa en nombre propio derechos ajenos, si bien los efectos de esa actuación recaen sobre el sustituido.
En el supuesto del artículo 20 LRJS, el sindicato actúa en nombre e interés del trabajador afiliado y basado en la relación de afiliación-asociativa- entre ambos, gozando de la presunción de otorgamiento de apoderamiento al ente sindical con una mera comunicación entre poderdante y apoderado, sin necesidad de conferir la representación por alguno de los medios del artículo 18 LRJS.

limita al ámbito individual de la persona trabajadora o la posición que ocupa el sindicato en el proceso en el supuesto de conductas pluriofensivas[421].

*** Concepto de interés legítimo**

El concepto de interés legítimo es más amplio que el de "derecho subjetivo" o interés directo, según la doctrina del Tribunal Constitucional[422] que realiza una interpretación del mismo a favor del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E.), so pena de reducir el alcance del derecho fundamental.[423]

A propósito del concepto de interés legítimo resulta de especial interés atender a la interpretación del mismo realizada en el ámbito contencioso-administrativo, pues en este y una vez sustituido el concepto de interés directo al que se refería el art. 28.1 a) de la Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, la legitimación viene determinada por la "titularidad de un derecho o interés legítimo" (art. 19.1.a) LJCA). Este último concepto supone la existencia de una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), de tal forma que su anulación produce un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto[424]. Por tanto, la expresión "interés legítimo" resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida[425]. No basta un interés general o abstracto, sino que ha de constituir un interés en sentido propio, cualificado y específico,

---

[421]ALBIOL MONTESINOS,I. y BLASCO PELLICER, A., *Proceso de tutela de la libertad sindical*…, cit., pág. 36.

[422] Véase STC 47/1990, de 20 de marzo, sobre el concepto de interés legítimo, que no puede ser confundido con el más restrictivo de titularidad personal del derecho fundamental o libertad pública, siendo de mayor amplitud y alcance que el derecho subjetivo afectado.

[423]STS de 8 de mayo de 2019, rcud. 42/2018, a propósito del derecho de libertad sindical y de las "exclusiones o limitaciones explícitas a la titularidad y pleno ejercicio de la libertad sindical que figuran en la CE y desarrolladas en la LOLS", tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia del TS han establecido que las mismas deben interpretarse de forma restrictiva, "so pena de reducir por vía interpretativa el alcance de un derecho fundamental tan amplio, subjetiva y objetivamente, como el de libertad sindical". Así, a propósito de la prohibición de ejercicio de la actividad sindical en el interior de establecimientos militares previsto en la Disposición Adicional Tercera de la LOLS (posteriormente modificada por la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas), la jurisprudencia constitucional (STC 101/1991, de 13 de mayo, entre otras) y del Tribunal Supremo (STS de 11 de junio de 1997, rcud.3863/1996) establecieron que la prohibición de ejercicio de la actividad sindical debía entenderse en términos restrictivos y exclusivamente con la finalidad perseguida que no es otra que garantizar la neutralidad política y sindical de las Fuerzas Armadas (por lo que no resulta obstáculo a ello, el derecho al crédito horario del delegado sindical, personal laboral del Ministerio de Defensa- STS de 26 de noviembre de 2002, rcud. 1056/2002- debiendo quedar limitada la prohibición al contenido mínimo del derecho a la actividad sindical contemplado en el apartado d) del núm. 2 del artículo 2 de la LOLS).

[424] Vid. SSTC 65/1994, de 28 de febrero, F. 3, y también SSTC 105/1995, de 3 de julio, F. 2. y 122/1998, de 15 de junio, F. 4.

[425] ATC 356/1989, de 29 de junio, F.1: "el art. 162.1 b) de la Constitución otorga legitimación para interponer recurso de amparo a quien invoque un «interés legítimo», categoría más amplia que el derecho subjetivo, e incluso que el interés directo, identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida" y STC 192/1997, de 11 de noviembre, F.2.

que puede afectar a la esfera patrimonial o profesional del afectado.[426] Todo ello supone que la resolución administrativa ha de repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro en la esfera jurídica que quien alegue legitimación en el proceso. [427] .

Interés legítimo también es el necesario para interponer recurso de amparo de conformidad con el art. 162.1.b) C.E., de modo que si este es suficiente para acceder al recurso de amparo ante el TC, ningún sentido tiene que la vía judicial previa que es necesario agotar para acceder al mismo exigiera un presupuesto de legitimación más estricto. El Tribunal Constitucional ha concretado que dicho «interés legítimo», propio y no abstracto y que se identifica con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada para el recurrente de la reparación pretendida, debe apreciarse en relación con el concreto derecho fundamental que se dice vulnerado[428] y ha de reconocerse a todo aquel cuyo círculo jurídico pueda resultar perjudicado por la violación del derecho fundamental, aunque la violación no se produjese directamente en su contra (AATC 1193/1988, de 24 de octubre, y 58/2000, de 28 de febrero).

Y en ese círculo se encuentra el sindicato, por lo que el TC ha señalado que, junto a la posibilidad de ejercer la acción de tutela por el trabajador en protección de sus derechos individuales, ha de reconocerse legitimación a los sindicatos en cuanto que organizaciones representativas de las personas trabajadoras, pues si bien "la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacerse valer"[429] procede reconocerles legitimación cuando exista un interés legítimo o "vínculo especial y concreto" entre el sindicato y el objeto del proceso[430].

Dicha ampliación en la legitimación para el ejercicio de tutela de los derechos fundamentales, amparada por el artículo 24 de la norma constitucional, no supone que cualquier interés sea suficiente para ostentar la legitimación en dicho proceso, pues ha de existir "conexión" de ese interés con la titularidad del derecho o con el derecho mismo, que justifique- que legitime- el uso de la acción[431]. Se exige a los sindicatos la misma

[426] SSTC 257/1988, de 22 de diciembre, recurso de amparo 425/1984, F.3: "… No cabe, pues, confundirlo con el interés genérico en la preservación de derechos que ostenta todo ente u órgano de naturaleza «política», cuya actividad está orientada a fines generales y que ha de cumplir y respetar la legalidad en su sentido más amplio y hacerla cumplir en su ámbito de atribuciones", núm. 264/199, de 3 de octubre, F. 3 y 97/1991, de 9 de mayo, F.2.
[427] STS, Sala Tercera, de 20 de mayo de 2008, rec. 63/2007: "sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas).
[428] MERCADER UGUINA, J.R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.N., *El recurso de amparo: un enfoque laboral,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pág . 127.
[429] STC 210/1994, de 11 de julio, FJ 4.
[430] MERCADER UGUINA, J.R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.N., *El recurso de amparo: un enfoque laboral*…, cit. pág. 205.
[431] GARCÍA MORILLO, J., *La protección judicial*... cit. pág .101.

exigencia que se aplica a cualquier otra persona física o jurídica para reconocer la legitimación en un proceso: ostentar interés legítimo, que en el caso de las organizaciones sindicales estaría constituido por la noción de interés profesional o económico, sin que tenga que revestir un contenido patrimonial[432].

La doctrina constitucional sobre la legitimación activa de los sindicatos en el orden contencioso-administrativo forma un cuerpo consolidado, cuyos rasgos principales serían, por tanto: a) con carácter abstracto o general, la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a las personas trabajadoras, funcionarios públicos y personal estatutario, puesto que los sindicatos tienen atribuida una función genérica de representación y defensa, no sólo de los intereses de sus afiliados, sino también de los intereses colectivos de las personas trabajadoras en general (STC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3), b) la genérica legitimación abstracta ha de proyectarse de un modo particular sobre el objeto de los recursos mediante un vínculo o conexión entre el sindicato y la pretensión ejercitada y c) el vínculo o nexo exigido entre la actividad y los fines del sindicato y el objeto del pleito debe ponderarse en cada caso, lo que en el orden contencioso-administrativo ha de implicar el recurso a la noción de "interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado"[433].

El TC en su sentencia 89/2020, "refleja el máximo despliegue del principio *pro actione*"[434], parte de un "reconocimiento general o abstracto de la potestad de impugnar de los sindicatos ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo resoluciones que afecten a los trabajadores", repitiendo, como ya venía afirmado, que la

[432] STC 101/1996, de 11 de junio, FJ 2.

[433] Vid. STC núm. 48/2014, de 22 de septiembre de 2014, en resolución de recurso de amparo frente a la negativa a reconocer legitimación al Sindicato Médico de la Región de Murcia-CESM para impugnar el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia por el que se suspendía la ejecución de los acuerdos Administración-organizaciones sindicales previamente celebrados, relativos a las retribuciones asociadas a la carrera profesional del personal, en su FJ4 indica: "siendo el objeto del recurso planteado por el sindicato la resolución administrativa que suspendía la aplicación de determinados acuerdos sobre carrera profesional y de cualquier acuerdo que suponga nuevos incrementos retributivos, parece poco discutible que el sindicato ostenta un interés legítimo en impugnar dicho acto administrativo, cuando además las consecuencias de dicha suspensión repercuten en los intereses económicos de sus afiliados". Se aprecia conexión entre los fines y actividad del sindicato y el objeto de debate en el pleito, concurriendo un evidente "interés profesional o económico" traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico, por cuanto de producirse la estimación del recurso, los empleados públicos del sector de Sanidad, afiliados o no, se verían beneficiados en sus remuneraciones económicas. E igualmente se aduce el principio "*pro actione*", pues la falta de reconocimiento de legitimación del sindicato para impugnar dicha resolución administrativa (por interpretar que la legitimación corresponde a las Juntas de personal o los delegados de personal, dado que el derecho a la negociación colectiva se deposita en las mesas de negociación), supone una "interpretación rigorista y desproporcionada" contraria a dicho principio, "lesionando con ello el derecho del sindicato recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso a la jurisdicción".

[434] ROMERO RÓDENA, M.J. y MORARU, G.M., "Derecho a la tutela judicial efectiva y libertad sindical: derecho de los sindicatos a acceder a la justicia" en *Revista de jurisprudencia laboral,* núm. 8, Agencia Estatal BOE, 2020.

función constitucional encomendada a los sindicatos no se agota en la mera función de representación de estos, sino que se extiende a la facultad de defender los derechos de sus representados y abarca la defensa de los intereses de las personas trabajadoras cuando tienen carácter colectivo, con independencia de la afiliación, como de forma clarificadora expone en su FJ 3, a):"La función de los sindicatos, pues, desde la perspectiva constitucional, no es únicamente la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del derecho privado. Cuando la Constitución y la ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores uti singuli, sean de necesario ejercicio colectivo, en virtud de una función de representación que el sindicato ostenta por sí mismo, sin que deba condicionar necesariamente su actividad a la relación de pretendido apoderamiento ínsita en el acto de afiliación, que discurre en un plano diverso del de la acción propiamente colectiva. Por esta razón, es posible reconocer en principio legitimado al sindicato para accionar en cualquier proceso en el que estén juego intereses colectivos"[435].

Junto a esa legitimación general y abstracta de los sindicatos se exige un vínculo o conexión entre la instancia sindical y la pretensión ejercitada, si bien el estrecho vínculo existente entre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E.) y el derecho de libertad sindical (art. 28) justifica la aplicación de un canon de constitucionalidad reforzada respecto a este último [436], interpretando las normas procesales en función de la ratio de la norma y evitando así que formalismos "no razonables de la misma impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto , vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad" (FJ3)

La tendencia jurisprudencial a la ampliación del concepto de interés legítimo en coherencia con el principio *pro actione* se refleja también en la jurisprudencia de la sala Cuarta del Tribunal Supremo. Así, se ha considerado legitimado en un conflicto colectivo de ámbito estatal al sindicato con un solo representante unitario y un delegado sindical en

[435] FERRANDO GARCÍA, F.M., "Interés legítimo y legitimación procesal del sindicato más allá del orden social de la jurisdicción", *Documentación Laboral, Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 127, Editorial Cinca, 2022, pág. 38. Así, en el ámbito del derecho de huelga, "cuando se trata de la impugnación de los decretos de servicios mínimos, la doctrina judicial no exige que las personas obligadas se encuentren afiliadas al sindicato impugnante, ni tan siquiera que hayan mostrado su voluntad de secundar la huelga, bastando que el sindicato sea el convocante del paro o se halle entre los convocantes.

[436] El Fundamento Jurídico 4 de la citada sentencia estima que concurre en el supuesto planteado interés profesional o económico del sindicato "Movimiento Asambleario de Trabajadores de Sanidad" en recurrir el Acuerdo de la mesa sectorial de sanidad sobre criterios para nombramientos de personal interino en los centros sanitarios del servicio madrileño de salud, pues la conexión del sindicato con el concreto objeto del proceso no se limita a la que deriva del interés general del sindicato de defender la legalidad de los procedimientos seguidos para la cobertura de las plazas (interés que, en este caso, supone además garantizar la igualdad en el acceso al empleo público) sino también del interés específico del sindicato a defender sus propios criterios y orientaciones en la defensa de los intereses concernidos en el procedimiento de selección dirigido a sus representados, así como, en general, a todo el personal del servicio madrileño de salud. También aplican el canon de constitucionalidad reforzado al analizar el problema de la legitimación sindical las SSTC 84/2001, de 26 de marzo (BOE 01 de mayo de 2001), FJ3 y 203/2002, de 28 de octubre.

el centro de trabajo de Madrid, en una empresa que cuenta con representación legal de las personas trabajadoras en tres de sus centros de trabajo[437], o al sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma para impugnar la resolución para impugnar la resolución administrativa que afecta a centros de trabajo de varias Comunidades Autónomas, aunque cuenta con un solo representante unitario en un centro de trabajo[438].

Y en el más reciente y "mediático" supuesto de las personas trabajadoras autónomos de Uber se ha reconocido legitimación al sindicato más representativo a nivel estatal para impugnar el despido colectivo "de hecho" de los trabajadores y trabajadoras, consistente en la desconexión de la aplicación, aunque no conste afiliación sindical a dicho sindicato entre las personas trabajadoras de Uber y tampoco conste representación legal en la empresa (si bien esta última no puede exigirse ya que no se les había reconocido la condición de trabajadores por cuenta ajena) [439].

El problema radica en la diferenciación entre los puros intereses individuales de las personas trabajadoras y los intereses colectivos. Y ello según se trate de la protección del derecho de libertad sindical o del resto de derechos fundamentales, pues la legitimación ordinaria del sindicato plantea menos problemas cuando el derecho fundamental vulnerado es la libertad sindical, por la propia naturaleza de este derecho, pero caben mayores dudas en cuanto a la modalidad de intervención del sindicato en el proceso cuando los lesionados son el resto de derechos fundamentales.

Por ello partiremos del estudio diferenciado de los sujetos legitimados activamente en las pretensiones de tutela de la libertad sindical y en resto de derechos fundamentales.

2. Legitimación activa en las pretensiones de tutela de libertad sindical

2.1. Legitimación de la persona trabajadora

Para la defensa del derecho de libertad sindical cuando la vulneración sea estrictamente individual y no resulte afectado el interés legítimo del sindicato estará legitimado exclusivamente el trabajador titular del derecho lesionado.

Las personas trabajadoras legitimados serán "todos los trabajadores" de conformidad con el artículo 28 de la C.E. y artículo 1 de la LOLS, así como el artículo 177 LRJS que reconoce la potestad para accionar a "cualquier trabajador". Ello incluye a las personas trabajadoras por cuenta ajena, a los denominados trabajadores "pasivos" (desempleados, incapacitados, jubilados…) y a las personas trabajadoras por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio a los que también se reconoce derechos de libertad sindical por el artículo 3 de la LOLS, aunque limitados a la libertad de afiliación a un sindicato ya constituido, con exclusión de la capacidad de fundar sindicatos propios. La LOLS también reconoce la condición de trabajadores a aquellos que tengan "una relación de

[437] STS Sala Cuarta, de 14 de abril de 2021, rco. 1/2020.
[438] STS de 17 de febrero de 2022, rco. 244/2021.
[439] STS de 20 de julio de 2022, rco. 111/2022.

carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas", si bien como ya se ha estudiado en profundidad al tratar el ámbito material de este proceso, deberán acudir en petición de tutela de sus derechos fundamentales a la jurisdicción contenciosa a través del proceso preferente ante la misma (arts. 114 a 123 LJCA).

Aunque el art. 177.1 LRJS sigue refiriéndose exclusivamente a "cualquier trabajador o sindicato que ostente un derecho o interés legítimo" como legitimados activamente en el proceso de tutela, la redacción resulta heredada del precedente art. 175.1 LPL[440] y ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha ido abonando una interpretación amplia de los sujetos legitimados, disfrutando de aquella condición en esta modalidad procesal las personas titulares de derechos fundamentales o intereses legítimos, con la condición de que su pretensión se encuadre "en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas". Así, gozan de legitimación activa aun cuando aún no sean trabajadores o hayan dejado de serlo, quienes hayan visto lesionados sus derechos fundamentales en el momento de acceso al empleo[441] o después de la finalización de este[442].

No es necesario la afiliación de la persona trabajadora para poder obtener la tutela de su derecho de libertad sindical, pues igualmente ha de reconocerse a las personas trabajadoras no afiliadas pero que participen en las actividades sindicales, pues no puede aceptarse que sólo las personas trabajadoras afiliadas estén protegidas cuando unos y

[440] MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "Comentario al artículo 177", en *Comentarios a la Ley Reguladora*…, cit., pág. 1084.

[441] Véase la STS de 11 de noviembre de 2022, rec. 6021/2022, Sala de lo Contencioso, que considera contrario al principio de igualdad la no formalización del contrato de trabajo de "una mujer que no se incorpora al puesto de trabajo, ofertado y aceptado, por encontrarse en situación de baja por incapacidad temporal derivada de embarazo, sin que pueda diferirse su contratación al momento en que cause alta si persiste la necesidad que lo motivó cuando por razones temporales no podría llegar a concurrir esa situación". Cabe recordar también la doctrina del TC, en sentencia 214/2006, de 3 de julio, FJ 3, que ha apreciado la vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación, "aun sin encontrarse vigente una relación laboral". También, entre otras muchas, STSJ del País Vasco, de 30 de enero de 2001, rec. 3009/2000, en la que ni siquiera se plantea la falta de legitimación activa de las tres demandantes de empleo que finalmente no fueron contratadas y que reclaman la tutela de sus derechos fundamentales, alegando discriminación por razón de sexo. Con la entrada en vigor de la LOI, en su artículo 12 al regular el derecho a la tutela judicial efectiva se reconoce con carácter amplio a "cualquier persona" el derecho a recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación", reconociendo capacidad procesal y legitimación a "las personas físicas y jurídicas con interés legítimo" según lo que determinen las leyes procesales en cada sector del ordenamiento jurídico.

[442] Vid. STC 173/94, de 7 de junio, declara discriminatoria la no renovación de la prórroga del contrato temporal de trabajadora embarazada: "… no puede sostenerse en modo alguno que sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza, y mucho menos cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva, y ello no se produce a consecuencia del hecho del embarazo sobrevenido de la mujer. De sostenerse la postura anterior, quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad)".

otros realizan los mismos actos[443]. La faceta individual del derecho de libertad sindical comprende el derecho a constituir sindicatos, el de afiliarse al de su elección, a la libre elección de representantes sindicales y al desarrollo libremente de la actividad sindical (art. 2.1 LOLS)[444], sin que nada de lo anterior pueda implicar perjuicio alguno para las personas trabajadoras. Se trata de una "garantía de indemnidad" que veda la diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o de la actividad sindical, en cuanto que ambas forman parte del contenido del derecho de libertad sindical (art. 28 C.E.), de modo que la protección de este derecho fundamental se ha de extender a todos los trabajadores y trabajadoras que participen en la mencionada acción sindical (siguiendo una actividad lícita promovida o programada por organizaciones sindicales) y no exclusivamente a los afiliados a estas[445].

Y para solicitar la protección del derecho de libertad sindical en esta vertiente individual se ha reconocido igualmente legitimación a los representantes unitarios de las personas trabajadoras[446], a diferencia de lo que ocurre con la dimensión colectiva del derecho, en

[443] Véase CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral*…, cit. pág. 212, con cita de la STC, 95/1996, de 29 de mayo, en su Fundamento 4, indica: "si bien se mira, la inclusión de un trabajador no afiliado en el ámbito de la garantía del art. 28.1 CE se ha establecido, básicamente, para los casos en que aquel trabajador sigue una actividad organizada o promovida por un sindicato, pues no resulta aceptable que, realizando los mismos actos afiliados no afiliados sólo estén protegidos los primeros. De no entenderse así el alcance del art. 28.1 CE, no sólo dejarla desprotegidos a los trabajadores, sino que, indirectamente, se estaría afectando de forma grave a los propios sindicatos ya las funciones que la Constitución les reconoce, puesto que las actividades dirigidas a todos los trabajadores y que tratan de implicar en la acción sindical no sólo a los que ya son miembros del sindicato -que son las de mayor relieve, podrían verse frustradas al no ofrecer a todos los destinatarios la referida garantía constitucional".

[444] Un estudio doctrinal sistematizado sobre la libertad sindical individual en GARCÍA VIÑA, J., "El concepto de libertad sindical individual en España", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm 4, Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga (UMA Editorial), Málaga, 2022.

[445] Véase la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas , de 14 de enero de 2013, rsu. 1428/2012: "Desde tal punto de vista individual, las facultades que, en su vertiente organizativa y de actividad, integran el derecho de libertad sindical tienen, en principio, como titulares a los afiliados a los sindicatos. Sin embargo, este derecho no puede ser entendido de forma que se excluya en todo caso de la titularidad del derecho de actividad sindical a los trabajadores no afiliados a un sindicato, sino que cuando la actividad de un sindicato tiene proyección externa y se dirige a todos los trabajadores, afiliados y no afiliados, el derecho constitucional a la libertad de acción sindical debe proteger a todos los trabajadores que participen en la misma, pues de no entenderse así el alcance del art. 28.1 CE , no sólo se dejaría desprotegidos a los trabajadores, sino que, indirectamente, se afectaría de forma grave a los propios sindicatos y a las funciones que la Constitución les reconoce, puesto que las actividades no declaradas ilícitas dirigidas a todos los trabajadores -que son, sin duda, las de mayor relieve-, podrían verse frustradas al no ofrecer a todos los destinatarios la referida garantía constitucional".

[446] Véase SSTS de 30 de junio de 2011, rcud. 3511/2010 y de 26 de noviembre de 2013, rcud. núm. 449/2013, por todas se reconoce legitimación activa a los miembros del Comité de Empresa, para instar reclamaciones individuales en relación a la utilización del crédito horario. En concreto en la última mencionada se fundamenta: "es cierto que el Tribunal Constitucional (S 9-5-1994, nº 134/1994 (RTC 1994, 134) , del Pleno) y esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo vienen reiteradamente afirmando que "la libertad sindical no ampara la actuación de otros sujetos sindicales a quienes la práctica o la legalidad vigente atribuyen funciones sindicales , como es el caso de los Comités de Empresa". Por ello, este Tribunal ha manifestado en múltiples ocasiones que la actividad sindical desempeñada por estas organizaciones queda fuera del ámbito del proceso constitucional de amparo (SSTC 118/1983 (RTC 1983,118) , 98/1985 (RTC 1985, 98) y 165/1986 (RTC 1986, 165)). Pero esa doctrina se refiere a la vertiente colectiva de los derechos de libertad sindical , permaneciendo siempre la posibilidad de ejercicio de tales derechos en la

la que la titularidad del derecho y la legitimación activa corresponde a las organizaciones sindicales y no a otros sujetos colectivos como los comités de empresa o delegados de personal [447]. Igualmente se ha reconocido legitimación activa a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, dado el estatus mixto societario-laboral que mantienen con la cooperativa, por lo que procedería aplicar la normativa laboral, en ausencia de previsión legal contraria, "máxime cuando se trata de un derecho fundamental tan amplio, subjetiva y objetivamente, como el de la libertad sindical"[448]. El Tribunal Supremo reconoce el derecho a la libertad sindical de los socios y socias trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, en virtud de una interpretación amplia del derecho a la libertad sindical y a la luz de las normas internacionales ratificadas por España, especialmente en los Convenios de la OIT (Convenio 87 OIT : "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas" y Convenio 98 OIT : "Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo... Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato"). Junto a dichas normas interpretativas que apoyan la amplitud en el reconocimiento de titularidad del derecho de libertad sindical, se unen consideraciones como el carácter de prestación de trabajo "subordinada" del socio cooperativista, aunque las notas de dependencia y ajenidad tengan una menor intensidad en este ámbito, pues tal y como razona la Sala, idéntico paralelismo se da en las relaciones laborales especiales, en las que también existen una desigual presencia de las notas típicas de la relación laboral común y no por ello dejan de ser titulares del derecho de libertad

---

vertiente individual, que podrán hacerse valer por personas físicas en determinados supuestos". También, la STSJ Comunidad Valenciana, 16 de enero de 2012. rsu. 3062/11, reconoce legitimación activa al Delegado de Personal para reclamar la tutela del derecho de libertad sindical, que entiende vulnerado por el trato discriminatorio consistente en modificación de las condiciones de trabajo que conlleva pérdida de complemento retributivo y cambio de turno de trabajo.

[447] En la dimensión colectiva, la titularidad del derecho de libertad sindical y la legitimación activa corresponde a las organizaciones sindicales y no a otros sujetos colectivos como los comités de empresa o delegados de personal (SSTC 118/83 (RTC 1983, 118) , 197/90 (BOE 10 de enero de 1991) , 134/1994 95/96 (RTC 1996, 95)).

[448] STS de 8 de mayo de 2019, rco. 42/2018, que resuelve favorablemente la demanda de tutela de la libertad sindical planteada por CNT frente a una sociedad cooperativa, por los comunicados publicados en la página web de la cooperativa tendentes a socavar el prestigio del sindicato, atribuyéndole intenciones diferentes a las de defensa de los derechos de los socios trabajadores y encaminadas a hacerles perder sus puestos de trabajo, se refiere al carácter mixto de la relación entre socios trabajadores y la cooperativa, pues si bien la Ley de Cooperativas califica la relación de éstas con sus socios trabajadores como una relación societaria, ello no puede esconder "que ínsita en dicha relación existe una realidad que no es posible desconocer y que consiste en la presencia de un trabajo subordinado realizado por el socio trabajador que está sujeto al ámbito de organización y dirección de la Cooperativa que se personifica en su Consejo Rector" para concluir: "los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse al sindicato de su elección y, lo que resulta más importante a los efectos del presente recurso, el sindicato tiene derecho al ejercicio de la acción sindical en defensa de los derechos e intereses de sus afiliados en este tipo de cooperativas".

sindical. Y, desde esta perspectiva, no cabe duda de que tales socios trabajadores pueden construir y defender intereses alternativos estrictamente laborales que vayan más allá de los propios de la relación societaria, para cuya defensa pueden resultar notoriamente insuficientes los cauces de participación en los órganos de gobierno de las cooperativas derivados de su condición de socios. Con mayor motivo los socios trabajadores de las sociedades anónimas laborales, pues los mismos están vinculados a la sociedad laboral por un contrato de trabajo, de modo que titularizan aquel derecho como cualquier otro trabajador[449].

El actual art. 177 LRJS sigue utilizando el genérico "los", en lugar de "sus" derechos de libertad sindical, al hacer referencia a los derechos que cualquier trabajador o sindicato puede reclamar cuando considere lesionados, al igual que hiciera el anterior art. 175 LPL. Respecto a este último, la ausencia del posesivo para referirse a los derechos invocados llevó a la doctrina a preguntarse si es posible que el sindicato intervenga de forma principal en los casos en los que la lesión afecta exclusivamente el interés individual de la persona trabajadora o trabajadora. En definitiva, si el sindicato tiene una legitimación omnicomprensiva para proteger los derechos de libertad sindical cualquiera que sea la esfera en que dicha lesión se produzca, ya sea colectiva o individual.

Un amplio sector de la doctrina se manifestaba contrario a dicha posibilidad, de manera que el sindicato carecería de legitimación activa ordinaria cuando la tutela impetrada es exclusivamente del interés individual de la persona trabajadora, sobre la base de una serie de argumentos, a saber: a)el sindicato no estaría legitimado para intervenir en un proceso en el que no es titular de los derechos que se lesionan, al ser de titularidad de la persona trabajadora accionante, de modo que no cabría intervenir en el proceso en contra de la voluntad de la persona trabajadora; b) si bien el art. 2.2.d) LOLS reconoce al sindicato la facultad de planteamiento de conflictos individuales en el ejercicio de la actividad sindical, la misma resultaría desarrollada y completada con la posibilidad de intervención del sindicato como coadyuvante (art. 13 LOLS y 177.2 LRJS) o como representante (art. 20 LRJS, mediante la actuación del sindicato en el proceso en nombre e interés de sus afiliados, defendiendo los derechos individuales de estos y recayendo sobre las personas trabajadoras los efectos de su actuación)[450].

---

[449] CAVAS MARTÍNEZ, F*., El proceso laboral de tutela...,* cit., pág. 249. Al autor no le cabe duda la titularidad del derecho de libertad sindical por los socios trabajadores de sociedades anónimas laborales, a pesar de que pareciera que carecen de la misma al incluirse expresamente en el catálogo de sujetos legitimados en reparación de otros derechos fundamentales y libertades públicas y no cuando de la tutela del derecho de libertad sindical se trata. A pesar de ello, no cabe duda del carácter laboral de su relación con la sociedad y su legitimación aún más que evidente, dado el reconocimiento de dicha titularidad a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, cuya relación con la cooperativa es de carácter societario.

[450] Vid., en este sentido, MARTINEZ EMPERADOR, R, "La tutela judicial..." cit., pág. 48; VALDES DAL-RE, F, "El proceso de protección...", cit, pág. 495.

Por su parte, otros autores, mantuvieron la legitimación del sindicato para intervenir como parte principal (litisconsorte) en este tipo de procesos[451] entendiendo que cuando se afecta simultáneamente la libertad sindical del individuo pero también la colectiva del sindicato (por ejemplo, cuando los afiliados o miembros del mismo sufren represalias por dicha condición) existiría un interés legítimo del sindicato distinto del interés individual de la persona trabajadora y digno de tutela[452]. Aunque resulta evidente que cuando se lesiona el derecho de libertad sindical en su vertiente individual coexiste o se deriva una lesión al interés colectivo digno de protección [453], no cabe olvidar que la legitimación a la que aquí se hace referencia, discutiendo la posibilidad o no de su existencia, es una legitimación ordinaria del sindicato (no extraordinaria o indirecta, como sustituto o representante, ni como tercero que interviene en el proceso adhiriéndose a la pretensión del titular, defendiendo el derecho de la parte principal porque ostenta un interés indirecto o mediato en la resolución que recaiga en el mismo), sino como parte principal o litisconsorte que defiende un interés propio y legítimo y que además de intervenir en el proceso defendiendo el derecho de la parte principal, lo hace en defensa de su propio interés legítimo afectado por la conducta antisindical; pudiendo, por tanto, introducir en el proceso pretensiones propias (indemnizatorias de los daños ocasionados al interés legítimo del sindicato) y seguir con el proceso, aun cuando se aparte el trabajador[454].

---

[451] Vid. ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A, *Proceso de tutela*…, cit., pág. 36: "A favor de la posibilidad de intervención del sindicato, sin embargo, cabría argumentar en base al concepto de interés legítimo del que habla el precepto; y que tiene un campo de actuación particularmente abonado en materia de tutela de la libertad sindical, siendo difícil negar la trascendencia colectiva que pueden revestir las lesiones a la libertad sindical individual".

[452] VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Las conductas lesivas de la libertad sindical*, Madrid, Tecnos, 1994, pág. 103.

[453] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral*…, cit. pág.216.

[454] En la STS de 22 de octubre de 2002, rcud. 132/2002, que reitera la de 14 octubre 2005, rcud. 2504/2004, se contiene una síntesis de las diferencias entre ambos tipos de intervención en el proceso: "Interviniente adhesivo simple es, dogmáticamente, el tercero que, no siendo titular de la relación jurídica discutida en el pleito, tiene un interés legítimo en la resolución que recaiga, porque sí lo es de otra relación conexa con la debatida que puede verse afectada de una manera indirecta o refleja por la sentencia que se dicte. Participa en el proceso como parte, pero su actuación queda condiciona por el hecho de que acude a él para defender directamente el derecho de la parte principal, demandante o demandada, a cuya defensa o resistencia se adhiere; aunque, como es lógico, esté así defendiendo indirectamente su interés en el resultado del pleito, con la finalidad de evitar el perjuicio jurídico que la sentencia pudiera ocasionarle. Puede, pues, utilizar los poderes procesales que corresponden a la parte a la que se asocia. Y, consecuentemente, puede oponerse o adherirse a la demanda, formular alegaciones, formular excepciones y proponer y practicar pruebas. Por el contrario, y dado que no es titular de la relación jurídica controvertida, y por ello no es parte principal o material, no puede introducir ninguna cuestión que altere el objeto del proceso, ni utilizar aquellos medios de defensa o resistencia que le beneficien exclusivamente a él. Por la misma razón, tampoco puede realizar los actos típicos de disposición del proceso, como son allanarse, renunciar, transigir y recurrir, por ser privativos del verdadero titular. Por último, y precisamente porque no se ha formulado pretensión alguna frente a él, no puede recaer sobre el interviniente adhesivo simple ningún pronunciamiento de absolución o condena en la sentencia dictada en el proceso al que acude como tal, ni queda afectado por la cosa juzgada material en sentido propio" (...) La posición del interviniente adhesivo litisconsorcial tiene un mayor grado de implicación en el debate, como consecuencia de que su resultado produce efectos directos para él. Es el tercero que concurre al proceso porque es, o afirma ser, cotitular de la relación jurídico-material controvertida, y que por ello pudo o debió ser, ya inicialmente, un litisconsorte. En consecuencia y como quiera que acuda para defender directamente sus propios intereses, puede utilizar, amén de los poderes que

2.2. LEGITIMACIÓN DEL SINDICATO

El sindicato está legitimado activamente cuando resulte sujeto pasivo de lesión del derecho de libertad sindical y ello tanto en defensa de intereses propios, como en defensa de intereses colectivos de las personas trabajadoras.

2.2.1. Legitimación ordinaria en defensa del "interés propio"

Dicha intervención deriva del carácter de sujeto titular del derecho de libertad sindical en su vertiente colectiva, cuyo contenido esencial se regula en el art. 2.2 LOLS (derecho de redacción de sus estatutos y reglamentos y a la autoorganización, derecho de constitución de entes y organizaciones sindicales y de libertad de afiliación positiva y negativa a los mismos y el ejercicio de la actividad sindical dentro y fuera de ella, que comprende el derecho a la negociación colectiva, de huelga, conflictos colectivos y presentación de candidaturas a las elecciones de RLT). Por ello estará legitimado para accionar cuando se produzcan comportamientos antisindicales en la fase de negociación colectiva [455], cuando se hace un uso indebido de las siglas del sindicato, cucando se imponen unos servicios superiores a los mínimos en una determinada huelga o la empresa no le permite disponer de un local sindical a sus secciones sindicales. También, cuando se impide o limita el derecho a promover elecciones en la empresa para la elección de representantes de personal. En estos casos no cabe duda de que la vulneración del derecho de libertad sindical se produce en su vertiente colectiva y que su legitimación procesal es ordinaria.

Sin embargo, en el supuesto en el que la empresa no facilite al Delegado sindical la misma documentación que a los miembros del comité de empresa se ha negado la legitimación activa del sindicato, que solo intervendría como coadyuvante en el proceso, pues el ejercicio de las facultades del art. 10.3 LOLS corresponden al delegado sindical y no al

---

corresponden al interviniente adhesivo simple, aquellos otros medios de defensa o resistencia que sólo le aprovechan a él. En esa línea, el vigente art. 13 LECiv , en sus números 3, párrafo primero y 4 –que según un importante sector doctrinal conciernen exclusivamente al interviniente litisconsorcial y no al simple, aunque el precepto no distinga expresamente entre uno y otro– le permite formular sus propias pretensiones, seguir el proceso «aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa», y hacer uso de «los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte».

[455] Por ejemplo, STS de 21 de septiembre de 2023, rco. 292/2021, en la que se niega al sindicato recurrente la posibilidad de formar parte de la Comisión de Seguimiento de Condiciones Especiales de Trabajo del personal de prevención de incendios de la Xunta de Galicia a la que se reconoce naturaleza de comisión negociadora. Acerca de la jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva, cuando esta última resulta afectada, persiguiendo una finalidad antisindical, véase GARCÍA BLASCO, J. "La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva*", Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social,* nº 76 , 2004, págs. 76 y 77: "…aunque no toda limitación de la capacidad de actuación de un sindicato determina una vulneración de la libertad sindical, tal lesión se produciría cuando la reducción incida realmente en el derecho a la actividad sindical y tenga lugar de modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación (STC 107/2000). (…)Algo parecido ha sucedido en el supuesto de exclusiones o minoraciones de presencia sindical en las comisiones creadas por los convenios colectivos con facultades negociadoras (Comisión Paritaria que asume una verdadera negociación, SSTC 73/84, 9/86, 184/91 y 213/91). Es también el caso de la utilización de las mayorías legales para alcanzar un convenio colectivo estatutario con exclusión de otro sindicato legitimado para negociar (STC 137/91)".

sindicato[456].Como toda persona jurídica, el sindicato además ha de actuar en el proceso debidamente representado por el órgano u órganos que, con arreglo a sus estatutos, estén facultados para interponer las correspondientes acciones judiciales (representación necesaria de las personas jurídicas), a lo que cabe añadir que dicho órgano deberá adoptar la decisión de conformidad con su normativa estatutaria interna[457]. No obstante, a mi parecer y tratándose de una materia como la tutela de la libertad sindical, dichos obstáculos al ejercicio de la defensa del derecho- por no acreditar haberse conformado debidamente la voluntad sindical de litigar- deben ser ampliamente flexibilizados, según las circunstancias de cada supuesto.

Junto a los sindicatos se encuentran facultados para el ejercicio de la acción de tutela de la libertad sindical **las secciones y delegados sindicales**, pues si bien el art. 177.1 LRJS sigue refiriéndose solo a la legitimación de trabajador y sindicato, la jurisprudencia ha venido admitiendo la legitimación de dichos órganos a estos efectos. Gozan de reconocimiento legal expreso de legitimación en los procesos de conflictos colectivos [art. 154.c) LRJS, "cuando se trate de conflictos de empresa o ámbito inferior"] y de impugnación de convenios [art. 165.1.a) LRJS, "si la impugnación del convenio se basa en la ilegalidad del mismo"].

La LOLS regula las figuras de las secciones sindicales y los delegados sindicales en los artículos 8 y 10 de la LOLS, dentro del Título V, "De la acción sindical", con reconocimiento de una capacidad de obrar limitada al ejercicio de la actividad en la empresa [art. 2.2.d) LOLS], pero resultaría contradictorio que atribuidas dichas facultades no pudiera acudir a los tribunales en su defensa, en cuanto que ejercicio de la actividad sindical supone. La doctrina mayoritaria[458] defiende la legitimación activa de las

[456] STS de 22 de febrero de 2024, rco. 329/2021:"el sindicato recurrente no interviene en defensa de un derecho propio, sino como coadyuvante, lo que comporta, que su pretensión quede subordinada al éxito de la que formula la otra parte y que al no ser un derecho propio el lesionado carezca en cualquier caso del derecho a ser indemnizado". También, STS de 14 de enero de 2020, rco. 145/2018.

[457] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela*…, cit. pág. 218, con referencia a la doctrina recogida en la STS (CA) de 1 de julio de 1996, rec. 996/1992, en la que para el ejercicio de acciones de un ente colectivo es jurisprudencia reiterada de la Sala la necesidad de acreditar, si se niega de contrario, que el acuerdo para el ejercicio de la acción ha sido adoptado por el órgano al que estatutariamente viene encomendada dicha facultad.

[458] ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A*: Proceso de tutela*.... cit, pág 42. GÁRATE CASTRO, J. *La tutela*…, cit., pág. 96. CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela*…, cit. pág. 219. En contra, TUDELA CAMBRONERO, G., "El proceso de tutela de la libertad sindical", en el volumen *El procedimiento laboral. Estudios en homenaje a Luis Enrique de la Villa Gil,* Lex Nova, Madrid, 2001, pág. 820 y realizando una interpretación restrictiva de la voluntad del legislador, pues allí donde quiere reconocerles legitimación a las secciones sindicales, como en los procesos de conflictos colectivos y de impugnación de convenios colectivos, la norma lo indica expresamente y CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., "La tutela de la libertad sindical" en el volumen *Comentarios a la Ley de libertad sindical,* Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pág. 352, apelando a la naturaleza de las secciones sindicales como mera "entidad que voluntariamente pueden constituir sus afiliados".

secciones y delegados sindicales, en tanto instancias organizativas internas del sindicato dentro de la empresa con una doble naturaleza interna y externa [459].

Considerada con carácter general como indiscutible[460]la legitimación activa de estas cabe realizar algunas precisiones:

a) Las secciones sindicales y los delegados sindicales carecen de personalidad jurídica propia e independiente de la del sindicato, aunque el art. 16.5 LRJS reconoce capacidad procesal a las entidades sin personalidad jurídica, por lo que ningún problema debe existir para reconocerles legitimación activa.

b) La legitimación que ostentan no es absoluta o general, sino limitada a su ámbito de actuación (la empresa o centro de trabajo)[461], limitándose a las pretensiones frente a las lesiones que afecten al interés colectivo representado por secciones y delegados sindicales que proyecta sus efectos a dicho ámbito de representación e igualmente respecto de aquellas pretensiones de tutela frente a lesiones que inciden en las funciones y competencias que tienen reconocidas y que forman parte del "ejercicio de la actividad sindical en la empresa" [art. 2.2.d) en relación con el 8 y 10 LOLS][462].

c) La legitimación de la sección sindical o de los delegados sindicales estaría sometida también al límite de lo dispuesto en los estatutos del sindicato del cual son instancias organizativas; de modo que salvo que exista prohibición expresa en contra, tendrían legitimación activa para defenderse frente a las lesiones de la libertad sindical que atente contra sus derechos y garantías específicas, por sí mismas sin necesidad de recurrir a la intervención del sindicato[463].

d) La legitimación de estas instancias organizativas del sindicato no excluye la del propio sindicato, pudiendo darse la situación de que ambos demanden conjuntamente, ambos con legitimación ordinaria, pues resulta evidente que junto a la sección sindical el sindicato actúa con legitimación directa; bien separadamente, dando lugar a una acumulación de autos, o bien conjuntamente.

---

[459] Vid. STC 121/2001, de 4 de junio, que se refiere a la carencia de personalidad jurídica de las secciones sindicales, y a su doble naturaleza interna y externa, presentándose como instancias organizativas internas del sindicato, con una posición en la estructura organizativa dentro de este, pero también a la vez, representación externa de este en el ámbito de la empresa de que se trate.

[460] ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A*., Proceso de tutela*..., cit, pág 42.

[461] GÁRATE CASTRO, J. *op*. cit, pág. 97: "Sólo en relación con las lesiones que no excedan de tal ámbito podrá invocarse por las secciones y delegados sindicales, como presupuesto de su legitimación, la titularidad refleja (o derivada de la del sindicato del que constituyen formas organizativas) de un interés legítimo o de alguno de los derechos de libertad sindical supuestamente afectado por aquéllas".

[462] GÁRATE CASTRO, J. *op*. cit, pág. 98, enumera algunos ejemplos de lesiones de las facultades de las secciones y delegados sindicales, como una negativa a la acumulación del crédito horario en un delegado sindical; una obstrucción del acceso del delegado sindical a las instalaciones de la empresa para el desarrollo de sus funciones o un desconocimiento de sus derechos de información.

[463] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela*…, cit. pág. 220.

También hay que considerar legitimadas a la **Federaciones y Confederaciones sindicales** que, a todos los efectos tienen la consideración de sindicato, de conformidad con el art. 28 C.E. y a la LOLS.

2.2.2. Tutela de intereses colectivos

El art. 7.3 LOPJ reconoce legitimación para la defensa de intereses colectivos a las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción y el art. 7 C.E. les reconoce, junto a las asociaciones empresariales, un papel constitucional en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios.

La intervención del sindicato en defensa de estos intereses colectivos se produce en defensa de toda la colectividad de trabajadores afectado por el conflicto y no solo de sus afiliados. En estos casos el sindicato, actúa como parte principal, sin perjuicio de que la resolución produzca efectos inmediatos sobre los intereses de las personas trabajadoras, que también pueden concurrir al proceso.

La manifestación por excelencia de este tipo de procesos especiales es el proceso de conflicto colectivo, en el que los sindicatos cuyo ámbito de actuación sea igual o superior al del conflicto colectivo estarán legitimados para tutelar los intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o un colectivo genérico susceptible de determinación individual (art.153.1 LRJS) pero igualmente cuando se trate de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación, de conformidad con el artículo 17.2. párrafo tercero LRJS, al atribuir a estos legitimación activa ordinaria para actuar "a través del proceso de conflicto colectivo".[464]

La legitimación reconocida a los sindicatos de carácter general o abstracto "para la defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios" y en definitiva, para la tutela de intereses colectivos requiere de una concreción que venía exigiendo la jurisprudencia constitucional y de la Sala IV del TS y que se consagra en la redacción del art. 17.2 LRJS, al indicar que la legitimación sindical exige que el sindicato tenga suficiente implantación en el ámbito del conflicto y que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito.

La tutela no lo es de un interés propio del sindicato como central sindical, en defensa de sus derechos e intereses como lo haría cualquier persona jurídica, sino de intereses colectivos de un grupo genérico de trabajadores (ya sea susceptible de determinación individual o indeterminado o de difícil determinación); por ejemplo la decisión de no

[464] RON LATAS, R. P., "Comentario al artículo 17 LRJS" en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* Editorial Aranzadi, Navarra, 2020, pág. 138: "idéntico remedio procesal de intervención voluntaria de los sindicatos puede acontecer en defensa de derechos e intereses de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación (o lo que es igual cuando no se trate de un conflicto colectivo plural, a los que se refiere ahora el artículo 153.1 LRJS) o en defensa del derecho a igualdad de trato entre mujeres y hombres en todas las materias atribuidas al orden social".

emplear a trabajadores afiliados sindicalmente o que lo estén en un sindicato determinado (son comportamientos antisindicales que afectan por igual a una colectividad de trabajadores y que también lesionan la libertad sindical individual de cada uno de ellos).

La jurisprudencia constitucional[465] viene distinguiendo tres diferentes niveles de relación con el objeto del proceso:

"a) Uno primero consistente en un interés genérico y abstracto en preservar la aplicación del derecho en un determinado sentido, pero sin que ello influya en la esfera de intereses propios de quien lo ejercita, que queda fuera del ámbito de la legitimación pues nadie, ni tampoco un sindicato, puede comparecer en un proceso "como un guardián abstracto de la legalidad".

b) Un segundo nivel calificado por el interés en defender un derecho que sí atañe de forma directa al ámbito de actuación de la persona física o jurídica que actúa, puesto que la solución que se dé al pleito afecta a la esfera de derechos que le son propios, en cuyo caso estamos ante la defensa de un interés legítimo y por ello legitimador.

c) Un tercer nivel, que es el propio de la legitimación en su sentido tradicional que es el que manifiesta quien se atribuye la condición de titular del derecho subjetivo que se halla discutido en el pleito"[466].

De los tres niveles quedaría excluida la legitimación del sindicato en el primer nivel, pues la función constitucional atribuida a los sindicatos, como ha indicado reiteradas veces el TC[467] no los transforma en guardianes abstractos de la legalidad, ni en defensores del cumplimiento del derecho objetivo. El tercer nivel comprendería aquellos supuestos en los que el sindicato es el sujeto pasivo de la conducta antisindical por ser el titular del derecho subjetivo y legitimado directo y principal, como ya se ha indicado. La legitimación de segundo nivel del sindicato es aquella reconocida en los supuestos en los que, aun no siendo el titular directo del derecho subjetivo lesionado, ostenta un interés legítimo en la defensa del derecho, como ocurre en los supuestos de tutela de intereses colectivos de un grupo de trabajadores.

El TC ha sostenido que la legitimación de los sindicatos para ejercer dichas acciones colectivas no es posible "en cualquier ámbito" sino que requiere la presencia de un vínculo acreditado, "de una conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, que ha de medirse en función de la *implantación* en el ámbito del conflicto" y acogiendo la doctrina constitucional, el Tribunal Supremo tiene una consolidada

[465] SSTC 257/1988, de 22 de diciembre, 47/1990, de 20 de marzo, 210/1994, de 11 de julio, 215/2001, de 29 de octubre, 89/2003, de 19 de mayo.
[466] Recordada como doctrina básica constitucional en la STS de 11 de abril de 2023, rcud. 86/2021.
[467] Véase SSTC 210/1994, de 11 de julio, FJ.4, 28/2005, de 14 de febrero, F.J. 3 , y 358/2006, de 18 de diciembre, F. J. cuarto.

jurisprudencia [468]en relación con la legitimación de los sindicatos para la defensa de intereses colectivos de las personas trabajadoras, que puede resumirse en los siguientes elementos:

"a) La apreciación o no de legitimación activa del sindicato debe efectuarse bajo el paraguas del principio "*pro actione*", lo que supone una interpretación a favor de la admisión de la legitimación.

b) La apreciación de la legitimación requiere la concurrencia de dos presupuestos, por un lado, que se tenga la suficiente implantación en el ámbito del conflicto, y, por otro lado, que se dé un vínculo entre el demandante y el objeto del pleito planteado, excluyéndose la legitimación en abstracto cuando no se da dicha vinculación.

c) La suficiente implantación se puede apreciar por ostentar la representatividad establecida en las normas legales; no obstante, no debe circunscribirse la implantación únicamente a la representatividad, de suerte que faltando esta puede apreciarse aquella a través de diversos mecanismos, a saber: afiliación sindical notoria o acreditada, integración en la representación unitaria en la empresa, contar con secciones sindicales, participación en la negociación colectiva, etc.

d) Es la parte demandante, ante el planteamiento de su posible falta de legitimación, la que debe demostrarla, acreditando el nivel de implantación en el ámbito del conflicto por ella planteado"[469].

A lo sistematizado y recopilado por la anterior sentencia del TS cabría añadir que tratándose de un concepto jurídico indeterminado ("suficiente" implantación en el ámbito del conflicto) y no existiendo, por tanto, "una norma única y general que pueda actuar como regla inequívoca y cuasi matemática a tal efecto, habrá de estarse a las específicas circunstancias de cada caso y a los hechos y elementos de juicio que hayan sido acreditados en orden a demostrar el efectivo nivel de implantación del sindicato en el

[468] De especial interés entre otras muchas sentencias, sobre qué ha de entenderse por implantación suficiente del sindicato en el ámbito del conflicto la STS de 14 de abril de 2021, rec. 1/2020, que realiza una recopilación, con un nutrido repaso de resoluciones de la Sala, de los criterios valorados para apreciar la legitimación del sindicato, a saber: 1) Afiliación sindical notoria o acreditada 2) Representación unitaria en la empresa (bien por contar con representantes en el Comité intercentros, bien en un único comité de empresa pero tiene una actividad sindical potencial en todo el ámbito del conflicto, o bien cuenta con representantes unitarios en varios centros de trabajo), 3) Participación en la negociación colectiva.

[469] Véase la SAN de 14 de noviembre de 2022, proc. 147/2022, a propósito de la legitimación activa del sindicato Solidaridad, a través de su único delegado sindical en la empresa Seat, S.A., para solicitar la tutela del derecho de libertad sindical de todos los trabajadores de la empresa que no están afiliados ni a CCOO ni a UGT y que no pudieron votar en el referéndum convocado por estas últimas sobre el preacuerdo de convenio colectivo. La Audiencia Nacional realiza un repaso exhaustivo sobre la doctrina consolidada a propósito de la legitimación activa del sindicato para tutelar intereses colectivos y en el caso de autos concluye negando dicha legitimación al sindicato accionante, ante la falta de implantación en el ámbito del conflicto (solo se ha acreditado constituida una sección sindical que cuenta con un delegado interno y un secretario, lo que supone tener por probada solo la afiliación de dos personas). De ello no cabe colegir una afiliación sindical notoria o acreditada y sin que se aportara prueba alguna por el sindicato de contar con representación unitaria o participación en la Comisión negociadora del Convenio Colectivo de empresa.

ámbito del que se trate"[470] y llevando a cabo una interpretación sistemática e integradora de todos los preceptos legales, conforme al principio de que "el legislador tiene una actitud "proactiva" respecto a la intervención procesal de los sindicatos, cuando de intereses colectivos se trata, para favorecer el cumplimiento de su función constitucional"[471].

La legitimación activa es para "accionar"[472] y, en su caso, para comparecer espontáneamente en el procedimiento iniciado por otro (sindicato, trabajador o trabajadora) y personarse como "interviniente voluntario" en cualquier momento del proceso, es decir, ser tenidos por parte, sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones[473]. Como se ha indicado se trata de una acción autónoma e independiente del sindicato, en defensa del interés colectivo, expresamente reconocido por el art. 17.2 LRJS, que no impide la acción que a cada afectado le pudiera corresponder para la tutela de su derecho subjetivo y que lo legitima no solo en los supuestos de comportamientos antisindicales sino también en el resto de lesiones de derechos fundamentales y libertades públicas, a través de esta modalidad procesal o mediante la invocación de vulneración del derecho fundamental en el proceso de conflicto colectivo.

2.2.3. Legitimación en el supuesto de conductas pluriofensivas

Como se ha indicado hasta ahora la vertiente individual y colectiva del derecho de libertad sindical implica la legitimación de trabajador y sindicato.

En principio, podría parecer que la solución es fácil y homogénea, pues en los atentados contra el derecho de libertad sindical de carácter individual la legitimación la ostentaría el trabajador, mientras que en aquellos supuestos en los que se lesionan los derechos del sindicato o sus intereses propios como tal organización sindical, la legitimación correspondería al sindicato. Pero tal y como se ha visto hasta ahora y como afirma el Tribunal Supremo "la delimitación de las áreas que comprenden el interés individual y el colectivo es una materia compleja y delicada, al no existir fronteras claras entre una y otra pues no están separadas por una línea definida sino que en gran medida pueden

[470] STS de 21 de octubre de 2019, rcud. 208/2019.
[471] STS de 20 de julio de 2016, rco. 323/2014, en referencia al principio "*pro actione*" del sindicato a la hora de interpretar las normas reguladoras de su legitimación. También STS de 17 de enero de 2018, rco. 171/2017.
[472] BLASCO JOVER, C., "Comentarios al artículo 177", en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* en BLASCO PELLICER, A. (Dir.) Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, p. 1166: "En estos casos en los que la lesión afecta al tiempo tanto a trabajadores como a sindicatos, ningún problema se ha visto en que pueda existir, al límite, una situación de acumulación de acciones (STC 30/2000, de 31 de enero y STS de 2 de febrero de 2000), aunque ello a salvo de que el sindicato prefiera tramitar la acción, si se dan los requisitos para ello, por el trámite del conflicto colectivo".
[473] RON LATAS, R.P., "Comentario al artículo 17 LRJS" en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* Edit. Aranzadi, Navarra, 2020*,* pág. 137. Respecto a dicha personación se compara con la intervención de entidades y organismos gestores de la Seguridad social en los pleitos de Seguridad Social, por lo que supone el otorgamiento de plenitud de posibilidades de alegación y defensa en el pleito, incluido la interposición de recursos "o el remedio procesal que pudiera proceder".

confundirse constituyendo en algunos casos una realidad dual que, pudiendo ser única, tiene distintas perspectivas o vertientes"[474].

Cabría, siguiendo a Cavas Martínez distinguir hasta cuatro situaciones en la vulneración del derecho de libertad sindical:

- Lesiones del derecho de libertad sindical individual de la persona trabajadora exclusivamente, en cuyo caso, el sindicato solo podría intervenir como coadyuvante, ostentando la legitimación ordinaria el trabajador, como titular del derecho.
- Lesiones del derecho del sindicato o de sus intereses propios como organización sindical, supuestos en los que la legitimación corresponde al sindicato como titular del derecho subjetivo. En estos casos, la trascendencia individual no es relevante para legitimar directamente a la persona trabajadora individual. Piénsese en las lesiones a la libertad sindical durante un proceso de negociación colectiva, o la negativa a proporcionar un local a sus secciones sindicales en la empresa[475]son ejemplos en los que, por su propia naturaleza, la legitimación corresponderá al sindicato o a las secciones sindicales, como "causa propia".
- Lesiones del derecho de libertad sindical que afecta a un colectivo indeterminado de personas, en las que el sindicato tiene legitimación para actuar de conformidad con el art. 17.2 LRJS, como legitimado en defensa del interés genérico del grupo, en virtud de la denominada legitimación colectiva, sin perjuicio de la legitimación de cada afectado individualmente[476].
- Conductas pluriofensivas, donde se lesiona tanto el interés individual como el colectivo. El trabajador dispondrá de una acción para la tutela de su derecho subjetivo y el sindicato para la defensa del interés legítimo que resulte concernido en estos casos.

Las denominadas conductas pluriofensivas atentan contra intereses individuales y colectivos de carácter sindical, como ocurre en los casos de derechos individuales atribuidos a un trabajador concreto como *prius* para el desarrollo de la actividad sindical y cuyo impedimento u obstaculización lesiona en igual grado los derechos de la persona trabajadora y del sindicato[477]. Se trata estos de supuestos en los que la lesión se dirige directamente contra la libertad sindical individual, pero se obstaculiza el derecho del

[474] STS 18 de febrero de 1994, rcud. 1735/1992.
[475] Vid. STSJ de Cataluña, de 10 enero de 2019, rsu. 5734/2018, considera vulnerado el derecho de libertad sindical por demoras a la hora de poner a disposición del sindicato demandante un local adecuado y finalmente poner a su disposición uno inadecuado.
[476] Vid. STS 17 de febrero de 2021, rco. 129/2020:."ante el problema de si es posible la intervención del sindicato como sujeto legitimado activamente de forma principal en aquellos supuestos en los que la lesión se circunscribe al ámbito de lo individual del trabajador, hay que señalar que cuando la lesión se pudiera proyectar sobre un grupo genérico e indeterminado de trabajadores es evidente, que nada hay que impida la legitimación *sindical*, antes al contrario, tal intervención constituye núcleo duro de su *actividad sindical* y del ejercicio de uno de sus cometidos principales cual es la defensa de los *derechos* de los trabajadores".
[477] Vid., en este sentido, CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J., *La tutela de la libertad sindical*... cit., pág. 350.

sindicato al ejercicio a través de los primeros su actividad sindical (cuando los miembros del sindicato son perjudicados como consecuencia del ejercicio de la actividad sindical o de la condición de afiliado o cuando se desconocen los derechos y garantías que le corresponden para el ejercicio de la acción sindical como representantes). En estos casos se lesiona la libertad sindical individual, pero no exclusivamente esta, sino también el interés legítimo del sindicato, derivado de la "proyección colectiva" de esa lesión individual. Ello no altera la legitimación del grupo sindical, esto es, no desplaza la legitimación que corresponde a la persona trabajadora hacia el sindicato, sino que este último tan sólo ejercita la acción en la medida en que su esfera jurídica ha sido vulnerada[478].

La reclamación de tutela se basaría en unos mismos hechos (el comportamiento antisindical que lesiona el derecho de la persona trabajadora afiliada, representante sindical o unitario[479]), pero tendría dos causas de pedir distintas, con pretensiones igualmente diferentes, la de la persona trabajadora y la del sindicato. Así, por ejemplo en el supuesto de la persona trabajadora que reclama la tutela de su derecho al crédito horario por negativa de la empresa a la utilización del mismo y conjuntamente el sindicato, por vulneración de la acción sindical que ejerce a través de aquel, pudiendo ambos reclamar el cese de la conducta antisindical así como una indemnización de daños y perjuicios específica por vulneración de su derecho de libertad sindical[480]. Igualmente cabría que tanto trabajador como sindicato ejercitaran las acciones por separado (en cuyo caso procedería la acumulación de autos) o incluso que la ejercitara solo uno de ellos, por ejemplo el sindicato, instando el cese de la conducta empresarial que se niega al reconocimiento del crédito horario o cualquier otra que suponga desconocimiento de los privilegios y garantías de que gozan sus representantes[481]. En algunos casos, la negativa no es del crédito horario de un trabajador individualmente determinado, sino del derecho del sindicato a la administración del crédito sindical, impidiéndole la redistribución de las

[478] VALDÉS DAL RÉ, F., *op*. cit. pág. 677.
[479] Vid. STS de 19 de diciembre de 2013, rcud.555/2013, en el que reclama conjuntamente sindicato y trabajadora miembro del Comité de Empresa por la negativa a la utilización del crédito horario sindical.
[480] Vid. STS de 11 de enero de 2017, rcud. 11/2016, en la que se demanda la tutela del derecho de libertad sindical por el Sindicato y los dos delegados sindicales del mismo, ante la falta de reconocimiento del crédito horario por la empleadora a los dos últimos: "No solo han sido privados los delegados sindicales designados del ejercicio del crédito horario que conforme a Derecho les correspondía, sino que el propio Sindicato actor ha visto sensiblemente mermado su derecho a la actividad sindical, con la influencia que ello tiene en su imagen ante afiliados y trabajadores de la empresa. La conducta empresarial ha atentado contra la propia esencia del Sindicato, consistente en su actividad de asistencia, auxilio, asesoramiento e incluso proselitismo ante los trabajadores, al impedir a sus Delegados el pleno desarrollo del cometido para el que fueron designados.» La sentencia fija indemnizaciones por daños morales en cuantía de 6.000 para cada uno de los actores, sindicato y delegados sindicales.
[481] Vid. STS de 29 de noviembre de 2017, rco 7/2017. La acción de tutela de libertad sindical se ejerce por el sindicato, interesando la declaración de nulidad y el cese de la conducta empresarial que desconoce la condición de delegada sindical y el ejercicio de los derechos inherentes a la misma de su única delegada de la sección sindical. En idéntico supuesto, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2020, rco 1361/2017, en la que se denuncia la falta de reconocimiento de un Delegado sindical, por inadecuada aplicación de la unidad de medida de la representatividad (empresa y no exclusivamente centro de trabajo) del artículo 10 LOLS, en la que el accionante es el sindicato.

horas sindicales entre sus representantes[482]. Entre estas conductas pluriofensivas que abarcan los comportamientos antisindicales represores de la persona trabajadora por razón de su afiliación sindical o condición de representante que atentan de forma directa e inmediata sobre la esfera jurídica de la persona trabajadora, pero también del sindicato al privarle igualmente de la posibilidad de ejercer su actividad sindical, se encuentra la falta de abono por la empresa del plus que retribuye el mayor tiempo invertido en el desplazamiento al centro de trabajo durante los días que el trabajador hace uso del crédito horario [483]. En este supuesto se considera vulnerado el derecho sindical de la persona trabajadora accionante (atentando contra la garantía a la indemnidad retributiva por razón de su afiliación), si bien en la fundamentación jurídica (F.3) se recuerda el interés legítimo del sindicato en estos casos, al indicar que junto al obstáculo que supone al ejercicio de la libertad sindical del representante, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales, "el obstáculo repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos (art. 7 CE), que son los representantes institucionales de aquellos".

La dificultad radica en determinar en qué medida en dichas conductas pluriofensivas el atentado a la libertad individual y colectiva se encuentran equilibrados y a pesar de tratarse de una lesión individual la repercusión colectiva que alcanza la misma justifica el interés legítimo del sindicato como parte o bien cuando esta no es de tal relevancia, de modo que la intervención sindical queda relegada a la interviniente adherente simple o coadyuvante. Todo ello tiene consecuencias de gran envergadura, pues de considerarse que la lesión tiene una dimensión estrictamente individual, el sindicato no podría defender su interés legítimo, de no accionar el trabajador (por su propia voluntad o por dejar caducar o prescribir la acción o por sentirse presionado para no hacerlo). Al revés, el reconocimiento del interés legítimo del sindicato para actuar con legitimación activa directa en el proceso no puede llevar al extremo opuesto de negar a la persona trabajadora su legitimación para reaccionar frente a la conducta antisindical, quedando este vinculado por la actuación del sindicato, que podría permanecer en inactividad.

---

[482] Vid. STS de Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2019, rco. 12/2019, en la que la tutela es ejercitada por el sindicato UGT, ante la negativa de la empresa Paradores de reconocer el acuerdo de su sección sindical de suspender el día de la huelga general convocada la licencia por crédito horario sindical de sus liberados y redistribuir la misma en otros representantes: "la actuación empresarial imputando al crédito sindical aquellos lapsos que el sindicato pretendía calificar como ejercicio efectivo del derecho de huelga de sus representantes, y la correlativa negativa a la acumulación de las horas correspondientes en favor de otros, recayeron indefectiblemente en el desempeño del derecho fundamental a la libertad sindical, al quebrantar la vertiente de autorregulación de la actividad sindical consagrada en el art. 28.1 de la CE ".O la STS de 21 de noviembre de 2024, rco. 281/2022, en supuesto de negativa a la acumulación del crédito horario de los representantes unitarios del sindicato demandante que pertenecen a distintos centros de trabajo que, sin embargo sí permite a otras organizaciones sindicales.

[483] STS de 18 de mayo de 2020, rcud.733/2019.

En estos casos de pluriofensividad, la solución idónea en aras de una completa y eficaz defensa del derecho de libertad sindical en su doble vertiente individual y colectiva debe ser la atribución de legitimación activa y directa tanto a trabajador o trabajadora como a sindicato, de modo que quepa su reclamación conjunta o independiente[484] y puesto que la legitimación que ostentan ambos es "directa", manteniendo el sindicato su propia legitimación para la tutela de la proyección o manifestación colectiva del comportamiento antisindical, con independencia de lo que hiciera el trabajador[485]. Y ello, tanto si los derechos vulnerados se proyectan en la esfera individual de la persona trabajadora, pero están directamente relacionados con la función que realizan al servicio de la acción sindical de la organización (desconocimiento del crédito horario, de la condición de sección sindical...) como cuando afectan directamente a la esfera colectiva de la organización sindical. La tesis contraria, como razona la jurisprudencia, supondría "para el sindicato un menoscabo de su libertad sindical pues parte de su contenido esencial es la representación institucional defendiendo los intereses de los trabajadores en su generalidad y, por otra parte, puede implicar una denegación de la acción y una vulneración del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24 CE)"[486]. E idéntica legitimación principal ha de reconocerse a ambos en los supuestos de defensa por el sindicato de intereses colectivos: el trabajador ostentaría legitimación para la defensa de sus intereses individuales, junto a la del sindicato para la tutela de la manifestación colectiva de la misma o del grupo o colectivo lesionado.

2.2.4. El sindicato como coadyuvante de la persona trabajadora

El art. 177.2 LRJS establece que en aquellos casos en los que la legitimación activa como parte principal corresponda a la persona trabajadora, podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que éste pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, así como, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad de la persona trabajadora perjudicada.

Junto a la legitimación activa con carácter principal y directa en los supuestos de conductas pluriofensivas o en la tutela de intereses colectivos, se reconoce al sindicato la intervención como coadyuvante en aquellos supuestos en los que la lesión de la libertad sindical tiene una vertiente exclusivamente o principalmente individual, interviniendo el

---

[484] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela* …, cit. pág. 227, defiende esta solución, sin pasar por alto algunos problemas que puede plantear, como la determinación de la competencia funcional y de eventuales sentencias contradictorias, que pueden resolverse a través de la acumulación de acciones ante el órgano judicial que resulte competente.

[485]BLASCO PELLICER, A. y LÓPEZ TERRADA, E., "Proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas" en *El Proceso Laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, BLASCO PELLICER, A. y ALEGRE NUENO, M. (Dirs). Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, e-book, pág. 1189.

[486] Vid la ya mencionada STS de 18 de febrero de 1994, rec. 1753/1992 y la STS de 25 de enero de 1999, rec. 2567/1998.

sindicato para reforzar la posición de la persona trabajadora lesionada, de modo que el sindicato al que pertenezca el trabajador presuntamente lesionado, así como cualquier sindicato que ostente la condición de más representativo, podrá personarse como coadyuvante en el proceso incoado por aquél.

Esta previsión presente en todas las leyes procesales anteriores a la LRJS es trasunto a las normas rituarias de la previsión del art. 14 LOLS. En estos casos, el trabajador ostentaría la legitimación directa y actuaría como parte principal y el sindicato ya no lo haría como litisconsorte, sino como mero interviniente adherente o simple, a fin de colaborar en la defensa del derecho de la persona trabajadora (por ejemplo, en el proceso de despido o de modificación de las condiciones laborales del trabajado por razón de su afiliación sindical). El trabajador es quien ostenta la titularidad del derecho lesionado y el sindicato al que pertenece aquel o cualquier sindicato más representativo se persona en el procedimiento en apoyo de la acción de la persona trabajadora. El sindicato no ejerce ninguna acción propia, no es titular del derecho lesionado, ni ostenta un interés directo, solo un interés legítimo en colaborar en la defensa de la persona trabajadora[487].

En su día y respecto de la LPL, alguna opinión doctrinal[488] planteaba la existencia de contradicción entre los apartados 1 y 2 del art. 175 (actual 177 LRJS), al reconocer legitimación "a cualquier trabajador o sindicato" en su apartado primero como parte principal y posteriormente restringir esta a la de mero coadyuvante en el apartado segundo, desconociendo el concepto de "interés legítimo" y la interpretación amplia del mismo. Sin embargo, la doctrina mayoritaria[489]no advirtió incompatibilidad entre ambos, pues ambos apartados contemplan situaciones distintas, el apartado primero la legitimación directa del sindicato (en los tres supuestos ya mencionados: como titular del derecho subjetivo, como legitimado en el ejercicio de la facultad atribuida de tutela de intereses colectivos y en defensa de "interés legítimo", que no necesariamente directo, en supuestos de conductas pluriofensivas para la tutela de la proyección o manifestación colectiva del derecho junto con la individual) y el segundo la admisión de la actuación del sindicato como coadyuvante en los supuestos en los que la lesión solo afecte la dimensión individual del derecho o no exista dimensión colectiva relevante. Y a propósito de la figura del sindicato como coadyuvante y la "reducción" de su función que podía suponer, el Tribunal Supremo, señaló que no venía a disminuir sino, al contrario, a

[487] STS de 25 de enero de 1999, rcud. 2567/1998: "no existe un litisconsorcio activo entre el sindicato y el, o los, trabajadores, sino que, cuando el derecho fundamental vulnerado o lesionado corresponde al trabajador el sindicato no puede invocar directamente el amparo judicial ante la jurisdicción, sino que debe esperar a que lo inicie el trabajador, para comparecer y adherirse a él como coadyuvante, pues se trata de un proceso laboral de cognición limitada"

[488] Cfr. ALBIOL MONTESINOS, I, "La modalidad procesal de la tutela de los derechos de libertad sindical", en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes laborales. La nueva ley de Procedimiento laboral,* tomo XIII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1990, págs.1217 y 1218.

[489] CAVAS MARTÍNEZ, F. *El proceso laboral*…, cit, pág. 229. GÁRATE CASTRO, J., *La tutela de los derechos*…, cit., pág. 93, GARCÍA VIÑA, J., "La modalidad procesal especial de tutela de la libertad sindical y de los demás derechos fundamentales", *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núms. 197-198, CEF, 1999, pág. 49.

aumentar sus facultades jurídico procesales, puesto que "este precepto está previsto, como antes se dice, para procesos individuales en que la legitimación corresponde en exclusiva a un trabajador por ser el sujeto directamente lesionado al haber recibido un ataque en su condición de tal, en cuyo caso puede ser apoyado por un sindicato. El art. 174.2, al colocarle en la posición de coadyuvante no ha venido a minorar la presencia sindical en el proceso sino a incrementarla, otorgándole la posibilidad de intervención en un proceso principal que antes no tenía reconocida expresamente" [490]. Y en idénticos términos el TC en sentencia 257/2000, de 30 de octubre afirma que "cuando la LOLS reconoció el derecho del sindicato a intervenir como coadyuvante en los procesos en los que el trabajador individualmente considerado requiere protección jurisdiccional de su propia libertad sindical, no hizo sino poner a su disposición de un instrumento más de acción colectiva".

En cuanto a su régimen jurídico cabe realizar las siguientes precisiones:

a) Solo puede actuar como coadyuvante el sindicato al que pertenezca el trabajador lesionado o aquel que ostente la condición de más representativo. La condición de más representativo puede ostentarse a nivel de Comunidad Autónoma o del Estado. El art. 177.2 LRJS no indica nada al respecto, por lo que en principio, parece que los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma no podrán personarse cuando el asunto se extienda a nivel estatal, aunque algún autor ha sostenido, con cautelas, lo contrario.[491]

   En este sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de febrero de 2022, rcud. 244/2021, a propósito del proceso de impugnación de actos de la Administración ha reconocido legitimación activa de un sindicato autonómico para impugnar la resolución administrativa que afecta a centros de trabajo de varias Comunidades Autónomas, al acreditar interés legítimo.[492]

b) El sindicato coadyuvante ostenta un interés en el proceso, aunque no necesariamente directo. La legitimación activa como coadyuvante se otorga al sindicato en función

[490] STS de 18 de febrero de 1994, rec. 1735/1992.
[491] GARCÍA MURCIA, J. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *La tutela de la libertad sindical y la intervención del sindicato como coadyuvante,* Aranzadi del Tribunal Constitucional, 2001, núm. 1, pág. 8
[492] ROJO TORRECILLA, E., "El TS reconoce legitimación activa de un sindicato autonómico para impugnar una resolución administrativa que afecta a centros de trabajo de varias Comunidades Autónomas, al acreditar interés legítimo. Notas a la sentencia de 17 de febrero de 2022", en *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales" (blog, entrada 12 de abril de 2022).* Recuperado de: El blog de Eduardo Rojo. (eduardorojotorrecilla.es). El autor incide en la "amplitud" con la que está elaborando la Sala del TS el concepto de interés legítimo a efectos procesales y, a su juicio, se justifica plenamente cuando en la fundamentación jurídica de la sentencia se indica que "… no cabe aplicar mecánicamente el principio de correspondencia a los sindicatos más representativos a nivel autonómico, que acrediten interés legítimo, cuando promuevan litigios colectivos, cuyo ámbito sea superior a su comunidad autónoma, por cuanto su ámbito autonómico supone necesariamente que no van a tener representación fuera de esa comunidad autónoma", ya que "si lo hiciéramos así, impediríamos que estos sindicatos pudieran promover litigios colectivos, aunque acrediten fuerte implantación en la empresa dentro del ámbito autonómico, en empresas de ámbito superior a dicho ámbito, lo que supondría negarle el ejercicio de una de las potestades básicas de su libertad sindical".

del interés legítimo que ostente en relación con el derecho presuntamente lesionado, sin que a tales efectos afecte la condición de la persona o entidad causante de la lesión, ni el hecho de que quien ejercitara el derecho lesionado fuese un órgano, entidad o persona ajena al propio sindicato.[493] Así, es posible que el trabajador vea lesionado sus derechos por su participación en la acción de un sindicato al que no pertenece y que tampoco tiene la condición de más representativo, debiendo reconocerse al primero la facultad de intervenir como coadyuvante[494]. En estos casos de trabajadores no afiliados a ningún sindicato, pero que participan en acciones promovidas por otros, también resultado vulnerado el derecho de libertad sindical en su contenido de actividad o acción sindical y desde luego afectada la actividad del sindicato promotor, por lo que no existe razón para no reconocerles legitimación para intervenir como coadyuvante. El TC se ha pronunciado sobre dichas situaciones, muy frecuentes en el supuesto de representantes unitarios "independientes" (no integrantes de la candidatura de ningún sindicato) que participan en las acciones a iniciativa de sindicatos a los que no se encuentran afiliados[495]. Igualmente si quien convocara la acción fuera el Comité de Empresa y no un sindicato, estaría legitimado el sindicato al que pertenezca el trabajador[496].

c) En el caso del sindicato al que pertenezca el trabajador, el interés de adhesión a la demanda e intervención procesal es evidente, pudiendo calificarse incluso de interés directo[497]. En el caso del sindicato más representativo, el interés deriva de su condición de mayor representatividad, lo que les confiere una especial posición para colaborar en la defensa frente a comportamientos antisindicales, como una manifestación más de la función de representación institucional que le ha sido atribuida para la tutela de intereses del colectivo de trabajadores (art. 7 CE)[498].

---

[493] BLASCO PELLICER, A. y LÓPEZ TERRADA, E., "Proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas"…, cit, pág. 1190.
[494] MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos…,* cit., pág.114.
[495] STC 134/1994, de 9 de mayo, a propósito de la sanción impuesta por el empleador a un Delegado de Personal que no consta su afiliación sindical, por su participación en el paro convocado por dos sindicatos (aunque en este caso, los sindicatos eran UGT y CCOO y sí tenían la condición de más representativos): "Cuando una actividad de un sindicato tiene proyección externa y se dirige a todos los trabajadores, afiliados y no afiliados, el derecho constitucional a la libertad de acción sindical debe proteger a todos los trabajadores que participen en la misma".
[496] Respecto de la huelga convocada por un Comité de empresa, el sindicato estaría igualmente legitimado pues "bastaría para desestimar el motivo, tener en cuenta que la libertad sindical implica la libertad para el ejercicio de la acción sindical. Contenido esencial de la libertad sindical en cuanto que integrado en ese derecho, manifestación específica de la libertad sindical es el ejercicio del derecho de huelga. Aducir en este proceso la falta de legitimación del sindicato que demanda para impetrar la tutela judicial de su derecho de libertad sindical, que entiende conculcado por la recurrente, es alzarse contra el precepto contenido en el art. 174 LPL". Si resulta clara la legitimación activa con carácter principal del sindicato igualmente ha de reconocerse su facultad de intervenir como coadyuvante.
[497] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela*…, cit. pág. 231.
[498] GARCÍA MURCIA, J. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *La tutela de la libertad sindical…,* cit., pág. 24.

d) El coadyuvante es parte procesal, pero no material (no es titular de la relación jurídico material, ni forma parte de esta). Su intervención es como parte procesal pero no como litisconsorte[499], ni como sustituto y su posición en el proceso es de carácter subordinado y en beneficio de la part principal. Al no actuar como parte principal no puede ejercitar una pretensión independiente y autónoma de la del demandante, por lo que la sentencia no tendrá efectos procesales de declaración o condena, aun cuando, indirecta y posteriormente pueda afectar de alguna forma su esfera de derechos[500], de ahí el interés en su intervención en el proceso en apoyo de la estimación de la demanda. Si bien, como parte procesal que es, puede formular alegaciones y proponer pruebas y cualquier actuación que no perjudique el derecho de la principal, pero sus facultades procesales están restringidas, pues no puede continuar el litigio por sí mismo, ni recurrir con independencia de la parte principal; de modo que si esta realiza actos de disposición sobre el derecho material (renuncia, transacción, allanamiento) o sobre la relación jurídico-procesal (desistimiento), el sindicato tendrá que atenerse a ello. Sí puede desistir de su propia intervención en el mismo.

e) La intervención del sindicato en el proceso se puede producir en cualquier momento de este, si bien es evidente que al ser una intervención adhesiva, se producirá una vez iniciado este por demanda de la persona trabajadora. Su intervención no hace detener ni retrotraer el curso de las actuaciones. También es libre el sindicato de desistir de su participación en el proceso en cualquier momento, como se ha indicado.

f) La intervención del sindicato requiere del consentimiento de la persona trabajadora. La falta de previsión en este sentido en la LPL de 1995 llevó a considerar que la intervención del sindicato no requería acto alguno de apoderamiento o autorización de las partes[501], pero el actual art. 177 LRJS exige expresamente su consentimiento, ya que no pueden "personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador", ni el sindicato ni las denominadas entidades "promocionales". Esta redacción procede del Dictamen 11/2010 del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En él se recomendaba la necesidad de "autorización expresa" del trabajador demandante, "en concordancia con las directivas comunitarias que regulan esta facultad". En el derecho comunitario, la Directiva 76/207/CE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, supuso la extensión del principio de igualdad entre los sexos,

[499] SAN de 25 de noviembre de 1998, proc. 186/1998.
[500] ORTIZ LALLANA, M.C., *La intervención del sindicato…,* cit., pág. 112: "Lo contrario, además de perturbar el derecho de acción sindical de todos aquellos trabajadores no afiliados a un sindicato, supondría atribuirles una menor tutela de sus derechos fundamentales".
[501] CRUZ VILLALÓN, J., "La actuación del sindicato en los procesos individuales de trabajo", *Relaciones Laborales,* núm.2, Wolters Kluwers, 1992, pág.333.

que en el derecho comunitario se había aplicado hasta entonces solo en materia retributiva, a todas las condiciones de empleo y de trabajo y contenía en su art. 6 las denominadas "cláusulas de protección jurisdiccional efectiva del principio de igualdad de sexos"[502]. A dicha cláusula le es adicionado un párrafo tercero por la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre en el que se preveía que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el principio de igualdad de sexo, pueden iniciar, en nombre o en apoyo del demandante, "y con su autorización", cualquier procedimiento judicial y/o administrativo establecido para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha Directiva. La misma ha sido derogada y refundida en la Directiva 2006/54/CE, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que en su art.16.2 contiene idéntica referencia a la necesidad de autorización del demandante para la intervención de terceros encargados de velar por dicho principio según las normas de derecho interno de cada país. La remisión a las directivas comunitarias se completa con la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (artículo 7.2) o la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (art. 9.2)[503].Dicha previsión fue recogida, en cumplimiento de ese mandato, en el art. 12.2 de la LOI y finalmente en el art. 177.2 LRJS. Por todo ello, cabe concluir que la intervención del sindicato es voluntaria en este tipo de procesos en los que corresponde a la persona trabajadora la legitimación directa principal, pero supeditada a la autorización del perjudicado.

g) Respecto de los sujetos legitimados se ha suscitado la duda sobre la existencia de una posible contradicción entre el art. 177.2 LRJS y el apartado cuarto del mismo, que indica que la "víctima" será "la única legitimada en esta modalidad procesal". El art. 177.2 LRJS reconoce legitimación a otros tres sujetos junto a la víctima lesionada para intervenir en calidad de coadyuvantes: el sindicato al que pertenezca el afiliado, los sindicatos más representativos y en los supuestos de discriminación, además, las entidades promocionales. Por su parte, en el apartado 4 se hace referencia a la "víctima del acoso o de la lesión de los demás derechos fundamentales como única legitimada" en el proceso de tutela. Para superar esa aparente contradicción es apropiado realizar una interpretación sistemática y tener en cuenta que, cuando el legislador se ha referido a la víctima como única legitimada, con exclusión de

[502] Véase sobre dicha Directiva y su transposición al derecho español, LOUSADA AROCHENA, J.F., "La transposición en Espala de la Directiva 76/207/CEE", *Anuario da Facultade de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 18, 2014, 461-477.
[503] BLASCO PELLICER, A. y LÓPEZ TERRADA, E., "Proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas"…, cit, pág. 1196.

cualquier tercero, ha sido a propósito del acoso (así el art. 12.3 de la LOI indica:" la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo"; la modificación del art. 19.1, i) LJCA por la Ley 15/20222, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, con idéntica redacción o la más reciente modificación del art. 17.5 de la propia LRJS, por la Ley 4/2023, en relación a los "litigios sobre acoso discriminatorio por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales"). Y así parece "deducirse" del final del propio art. 177.4, cuando se refiere a que no resulta obligado demandar junto al empresario al sujeto causante directo de la lesión; pero si se requiriese su testimonio, "se velará por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes", previsión coherente con la práctica de dicha prueba en un proceso por acoso. De modo que esa restricción en la legitimación activa a la víctima ha de entenderse referida a aquella que lo sea de una situación de acoso, no en el caso de vulneraciones del resto de derechos fundamentales cuando no constituyan acoso, supuesto en el que entraría en juego el texto del apartado 2 del art. 177 LRJS, de modo que junto a la persona trabajadora podrían actuar como coadyuvantes los sujetos enumerados.

h) Por último y respecto a los supuestos de coadyuvancia del sindicato cuando el vulnerado es el derecho de libertad sindical, la intervención como subordinado del sindicato se dará en aquellos pleitos en los que el comportamiento antisindical derive directamente de la relación de empleo[504], por ejemplo, en los supuestos de despidos, sanciones, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo…, todos ellos por motivos sindicales, por razón de afiliación de la persona trabajadora. Si bien en estos casos, especialmente el sindicato al que se encuentre afiliado el trabajador (parte principal) también puede ver vulnerado su propio derecho de libertad sindical, pudiendo este intervenir como coadyuvante en el proceso de despido (y respecto de esta acción) pero ejercitando la acción de tutela de su derecho de libertad sindical vulnerado al limitar, obstaculizar o restringir su propia actividad sindical mediante las represalias realizadas a la persona trabajadora afiliada al mismo.

En la práctica ocurre con cierta frecuencia que son muchos los casos de "coadyuvancia" del sindicato con el trabajador, que entrarían en el concepto de "pluriofensividad", si bien el sindicato ha preferido limitarse a una intervención adhesiva simple en el proceso, no ejercitando ninguna pretensión autónoma. Así, en supuestos de desconocimiento por la empresa del derecho de la persona trabajadora a ser nombrada delegada sindical[505] o

[504] OJEDA AVILÉS, A., *Derecho sindical,* Madrid, Tecnos, 2003, pág. 280: "las conductas antisindicales contra derechos del trabajador derivados de su relación de empleo sustentan una materia prevalentemente en manos de la iniciativa individual".
[505] STS de 22 de mayo de 2019, rcud. 109, 2018.

cuando no se proporciona al delegado sindical la información solicitada a la empresa[506], el sindicato al que pertenecían las personas trabajadoras "optó" por intervenir como coadyuvante; si bien con posterioridad, interpuso demanda por vulneración del derecho de libertad sindical en su vertiente colectiva. El TS se pronunció a favor de la legitimación del sindicato, desestimando la litispendencia por los pleitos individuales entablados, pues en ellos había intervenido como coadyuvante, y la vertiente colectiva del derecho de libertad sindical "quedó imprejuzgada"[507]. No obstante, en todos ellos el sindicato podría haber intervenido como litisconsorte en el proceso entablado por el trabajador en defensa de su propio derecho de libertad sindical, pues las conductas atentaban a la vertiente individual, pero claramente al interés legítimo del sindicato de ejercer su actividad[508].

2.2.5. El sindicato como representante de la persona trabajadora

Junto a los supuestos de legitimación principal y como coadyuvante, también puede el sindicato intervenir en el proceso como representante de la persona trabajadora, defendiendo los intereses de la persona trabajadora o grupo de trabajadores. El sindicato aquí no actúa en nombre propio, sino como cualquier otro representante, en nombre del representado.

El sindicato puede ser representante común (art. 18.1 LRJS), mediante poder apud acta o por escritura pública, ya que puede ser representante "cualquier persona que se encuentra en el pleno ejercicio de sus derechos civiles". El art. 19 LRJS se refiere expresamente al sindicato como "representante", en los supuestos de procesos en los que demanden conjuntamente más de diez actores. La ley obliga en estos casos, para su relación con el órgano judicial, que se designe por el conjunto de demandantes un "representante común", a fin de entender con él las diligencias del litigio y este "necesariamente" deberá ser abogado, procurador, graduado social colegiado, uno de los demandantes o un sindicato. A este respecto se ha indicado que supone una excepción a la posibilidad de las partes de comparecer por sí mismas como regla general[509], si bien el apartado 4 del mismo

[506] STSJ de Andalucía de 18 de marzo de 2021, rsu. 5/2021.

[507] STS de 14 de octubre de 2020, rco. 40/2019, el Sindicato (Alternativa Sindical) reclamaba la tutela de la libertad sindical en su vertiente colectiva, cuando varios afiliados habían interpuesto demandas de tutela de la libertad sindical en su vertiente individual en las que el sindicato intervino como coadyuvante:" el trabajador era la parte principal, reclamando un derecho en su propio interés, atinente a la vertiente individual de la libertad sindical. En esos pleitos la vertiente colectiva de la libertad sindical quedó imprejuzgada, por lo que no concurre la identidad subjetiva, objetiva y causal entre estos pleitos y la presente demanda necesaria para que concurra la litispendencia".

[508] En contra, STSJ de Andalucía, Málaga, de 24 de julio de 2003, rec. 1404, 2003: " …los comportamientos denunciados tienen un destinatario directo e inmediato, cual es la trabajadora afiliada, que ha reaccionado planteando una demanda sobre tutela del derecho de libertad sindical, la cual coincide prácticamente en su totalidad con la interpuesta por el sindicato recurrente, por lo que, de conformidad con el tenor literal inequívoco del artículo 175-2 de la Ley de Procedimiento Laboral, el sindicato en estos casos únicamente podrá ostentar la condición de coadyuvante del trabajador".

[509] RON LATAS, R.P., "Comentario al artículo 19", *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BARRIOS BAUDOR, G.L., (Dir.), Navarra, Aranzadi, 2020, pág. 143. En contra, Ortiz Lallana, M.C., *La intervención del sindicato…,* cit., pág. 127, la posibilidad de comparecer por sí mismo que prevé el propio artículo 19 "da prueba de que no contradice la regla general en materia de representación que preside el proceso laboral".

precepto indica que "cualquiera de las partes puede expresar su voluntad justificada de comparecer por sí mismo". La comparecencia por uno mismo debe manifestarse expresamente y resultar "justificada", pues prima la representación común, para facilitar la comunicación del órgano judicial con el justiciable. Dicha representación no supone la necesidad de afiliación al sindicato de los representados, puede ejercerse tanto del común de los demandantes, como de alguno/s de ellos en concreto, si solicitan la comparecencia por representante propio. En cualquiera de los supuestos el sindicato actúa en nombre y en interés ajenos, y en ambos casos de forma "voluntaria", pero que en el supuesto de representación plural lo es por imperativo legal[510].

Por último, también cabe la intervención del sindicato prevista en el art. 20 LRJS, que se configura como representación presunta o tácita del afiliado al sindicato.

Esta representación que también lo es para actuar en nombre e interés del afiliado sindical, único titular del derecho presenta la particularidad de que no necesita más acreditación para comparecer en proceso en ejercicio de la acción de este que la condición de afiliado del actor y la comunicación a este de la voluntad de iniciar el proceso, presumiéndose concedida la autorización, salvo declaración en contrario del afiliado. Resulta una excepción a la exigencia general de acreditación de representación por los medios generales (comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia o escritura pública).

Se trata esta de un figura jurídica procesal que se ha llegado a denominar como "sustitución procesal incompleta o cautiva" debido a la necesidad de conformidad de la persona trabajadora, pero en la que junto al interés de la persona trabajadora, también estaría presente el interés propio del sindicato, pues la vulneración de derechos de la persona trabajadora sindicada llevaría implícita un cierto grado de repercusión en el interés del sindicato al que pertenece.[511] No es una intervención con carácter principal pues la titularidad del derecho o interés legítimo corresponde a la persona trabajadora, de modo que el sindicato ex art. 20 LRJS interviene en defensa de intereses ajenos, pero tampoco se trata de una intervención adhesiva, pues no hay un proceso iniciado por el trabajador en el que el sindicato auxilia. [512]. La autorización de la víctima también es exigible en los supuestos de coadyuvancia (art. 177.2 LRJS), si bien junto a aquella diferencia, se añade otra más relativa a los sindicatos legitimados, pues en los supuestos del artículo 20 sólo resultará legitimado el sindicato al que se encuentra afiliado el

[510] ORTIZ LALLANA, M.C., *La intervención del sindicato…,* cit., pág. 125.
[511] PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "La presencia del sindicato en la nueva ley de Procedimiento Laboral", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1991, pág. 3. Vid. también ORTIZ LALLANA, M.C. *op. cit,* pág. 135, para quien el principal obstáculo a la consideración de un supuesto de sustitución procesal, que es la exigencia de autorización del trabajador, se difumina por la presunción establecida por el legislador para su otorgamiento.

trabajador titular del derecho vulnerado, si bien como coadyuvante lo estarán además de este, los sindicatos más representativos.

Se trata, en definitiva, de reconocer la iniciativa sindical para interponer demandas en materia de conflictos individuales respecto a sus trabajadores afiliados, sin necesidad de que el trabajador reaccione frente a la lesión, pero con su autorización, por lo que se configura como una representación también voluntaria de carácter singular por dos notas: su ámbito subjetivo, se limita a las personas trabajadoras afiliadas al sindicato que actúe como representante y por la forma de otorgar la representación[513] .

2.3. NEGACIÓN DE LEGITIMACIÓN EN DETERMINADOS SUPUESTOS

El art. 177.1 LRJS otorga legitimación a dos sujetos activos, trabajador y sindicato, sin que quepa que otros sujetos, salvo las secciones sindicales y los delegados sindicales, en cuanto que forman parte integrante del sindicato puedan promover en nombre e interés propio este procedimiento. No ocurre así con los órganos de representación unitaria, respecto de los que no se hace referencia alguna en la LRJS como tampoco lo hacía la anterior LPL.

En la doctrina han existido posiciones a favor de la legitimación de estos representantes[514] por diversos motivos, entre ellos, el principio "*pro actione*", derivado del art. 24 C.E.; la incoherencia que supone atribuir legitimación a la persona trabajadora y al sindicato, pero no a los órganos de representación de las personas trabajadoras, por ejemplo en el supuesto de lesiones a un colectivo dentro de una empresa y por último la previsión de la Base 6ª 2 de la LBPL que ordenaba desarrollar reglas especiales de legitimación en la modalidad de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales, sin distinguir entre representantes unitarios y sindicales. Si bien otro sector doctrinal[515] se muestra contrario al reconocimiento de dicha legitimación al no resultar así de la jurisprudencia constitucional, por lo que el legislador no ha hecho sino recoger la misma.

El TC, a partir de la sentencia 37/1983, de11 de mayo, reconoce la legitimación exclusiva de los sindicatos para la tutela del derecho de libertad sindical en su vertiente colectiva, con exclusión de los órganos unitarios[516]. Así, después de afirmar que la libertad sindical

---

[513] ALEGRE NUENO, M., "Comentario del artículo 20", en *Comentarios de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social",* BLASCO PELLICER, A., (dir.) Tirant lo Blanch, 2023, e-book, pág. 232. La forma de realizar la comunicación al trabajador o su contenido mínimo no están previstos legalmente, siendo colmada la laguna por la jurisprudencia, "que viene exigiendo el conocimiento, preciso y exacto, por parte del trabajador de la pretensión o pretensiones que se van a formular en su nombre, ora entregándole copia de la demanda, ora informándole de sus extremos sustanciales (STSJ de Andalucía/Sevilla, de 9 de mayo de 1997, rec. 3641/1996), a fin de que pueda oponerse, si así lo estima conveniente".

[514] VALDÉS DAL-RÉ, F., "El proceso…", cit. pág. 500 o ALBIOL MONTESINOS, I y BLASCO PELLICER, A., *Proceso de tutela de la libertad sindical*…, cit., págs. 43 y 44, entre otros.

[515] BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Instituciones…,* cit., pág. 206.

[516] Véase también SSTC 74/1983, de 30 de julio, 118/1983, de 13 de diciembre o 134/1994, de 9 de mayo y 95/1996, de 29 de mayo, entre otras.

comprende "el derecho de los sindicatos a actuar libremente para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, de modo que la propia actividad del sindicato queda integrada en el art. 28.1 de la C.E. y amparada por el art. 53.2" indica que, por contraposición, "los órganos de representación en la empresa son creación de la Ley y sólo poseen las competencias que ésta expresamente les atribuya, mientras que el sindicato está reconocido en la Constitución y de ella recibe sus funciones". Igualmente, en la STC 118/1983, de 13 de diciembre, tras afirmar que la Constitución no ha consagrado "el monopolio del Sindicato" en el reconocimiento de los titulares de los derechos colectivos, continúa concluyendo que ello no significa que haya una indefinición constitucional. El art. 7 C.E. constitucionaliza al sindicato, "no haciendo lo propio con el Comité de Empresa, que es creación de la Ley y sólo puede encontrar una indirecta vinculación con el art. 129.2 de la Constitución".

Tratándose de la libertad sindical, los comités de empresa o delegados de personal (incluso yendo más allá, el comité intercentros[517], así como los delegados de prevención y miembros del comité de seguridad y salud) carecen de legitimación activa para plantear la acción en este tipo de procesos en tanto que su origen es legal y no constitucional.

La doctrina constitucional ha sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo[518], siendo constante el criterio de que los representantes unitarios no tienen constitucionalmente garantizada la libertad sindical, que se refiere sólo a la actividad legítima realizada por los sindicatos en representación, defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de las personas trabajadoras, reafirmando que, en su vertiente colectiva, la titularidad originaria del derecho de libertad sindical corresponde al sindicato y no a otros sujetos colectivos. Y así se ha rechazado la falta de legitimación activa del comité de empresa también cuando éste actúa conjuntamente con el sindicato[519]

Como afirma el TC,[520] en nuestro sistema de relaciones laborales coexisten dos tipos de representantes de las personas trabajadoras en las empresas: de un lado, los representantes sindicales y, de otro, los representantes unitarios o electivos, y que ambos canales de representación están estrechamente conectados, hasta el punto que la gran mayoría de los delegados de personal y miembros de los comités de empresa vienen siendo elegidos en listas presentadas per sindicatos, siendo éstos quienes asimismo promueven de forma absolutamente mayoritaria la celebración de elecciones, debiendo hacerse constar igualmente que la propia representación colectiva o unitaria de las personas trabajadoras es una vía importante y muchas veces preferente de actuación de los sindicatos, dada la

[517] Véase la STS de 25 de octubre de 1999, rco. 1385/1999, que les reconoce la misma legitimación que pueden tener los representantes unitarios, por su indudable carácter de órgano de representación electiva "de segundo grado".
[518] El Comité de empresa no es titular del derecho de libertad sindical en su vertiente colectiva, vid. STS de 10 de diciembre de 2013, rcud. 85/2012.
[519] SSTSJ de Asturias de 30 de junio de 2020, rsu. 12/2020 y de Castilla-La Mancha de 26 de abril de 2018, rsu. 6/2018.
[520] STC 95/1996, de 29 de mayo.

regulación vigente de la acción propiamente sindical. Y si bien es cierto que a los comités de empresa y delegados de personal le son atribuidas facultades para el ejercicio de derechos constitucionales y legales –huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos colectivos– de modo que la Constitución no los reserva en exclusiva a su actuación por los sindicatos, ello no significa que tengan garantizada constitucionalmente la libertad sindical reconocida en el art. 28 C.E.

Por ello y aunque resulta difícil discernir cuándo la actuación de los miembros del Comité de empresa es a título de representante de las personas trabajadoras o se trata de una de las formas en que el sindicato actúa en defensa de los intereses de las personas trabajadoras, valiéndose de su presencia en los órganos de representación unitaria, el TC[521]es uniforme en su distinción a propósito de la legitimación en defensa de la libertad sindical, en su vertiente colectiva, entre el sindicato, único titular de la misma y el Comité de Empresa "que en la medida en que la ley le atribuya el papel de representante a que se refiere el art. 37.1 CE, podrá ver vulnerado su derecho a la negociación colectiva[522] pero no a la libertad sindical, pues ésta no alcanza a cubrir constitucionalmente la actividad sindical del Comité".

Cuestión distinta será que el miembro del Comité de empresa o delegado de personal ejercite la acción de tutela de la libertad sindical a título individual, como cualquier otro

trabajador, no solo frente a la empresa sino frente al propio órgano de representación del que forme parte [523]. En este caso, la causa de su pretensión de tutela no estará basada en su condición de representante unitario de las personas trabajadoras, sino como afiliado a un sindicato o por la doble condición de representante unitario y sindical, por ejemplo.

El representante unitario gozará de legitimación para ejercitar la acción de tutela individual del derecho de libertad sindical cuando este sea lesionado en virtud de comportamientos que, por razón de su afiliación, desconozcan derechos o facultades que en otro caso le corresponderían, pero no cuando su reclamación se basa solo y exclusivamente en su condición de representante unitario de las personas trabajadoras. A este respecto el TC en sus sentencias 40/1985, de 13 de marzo y la 191/1996, de 26 de noviembre, reconoce el derecho de los representantes unitarios "sindicalizados" a recurrir

[521] STC 74/96, de 30 de abril.

[522] STS de 10 de diciembre de 2013, rco. 82/2013. Ejercitada demanda de conflicto colectivo por los Comités de Empresa de dos centros de trabajo de la empresa COFARES se acumula la acción de tutela del derecho de libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva. El TS reitera que, si bien el derecho de libertad sindical tiene un contenido esencial mínimo e inalienable que comprende los derechos básicos de acción sindical: la negociación colectiva, los conflictos colectivos y la huelga; la representación unitaria no es titular del derecho fundamental de libertad sindical, aunque pueda ser titular del derecho a la negociación colectiva, si bien este último no es un derecho fundamental, además de recordar que "el mero incumplimiento de una norma de un convenio colectivo no constituye en sí mismo una violación de la libertad sindical ni del derecho a la negociación colectiva".

[523] GÁRATE CASTRO,J., *La tutela de los derechos*…, cit. págs. 105 y 106. La condición de representante unitario "no priva a quien ostente tal condición de su libertad sindical referida a la vertiente individual, de la que es titular, no como representante unitario, sino como trabajador".

al procedimiento de tutela de libertad sindical para ejercitar reclamaciones en relación con su crédito horario o a la prioridad de permanencia en la empresa en casos de despidos colectivos por causas económicas y ello, a pesar de que dichos derechos resultan atribuidos por una ley ordinaria (art. 68 ET)[524]. Sin embargo, se ha desestimado la demanda de un delegado de personal, a pesar de ser integrante de una candidatura sindical, al reclamar una retribución variable (bonus en función de objetivos) que no le fue abonada en igual cuantía que al resto de trabajadores, por razón del uso de su crédito horario como delegado de personal y alegando vulneración del derecho de libertad sindical, pues se entiende que "su reclamación no posee relación alguna con su condición de afiliado sindical sino con el hecho de haber desempeñado las tareas propias de un delegado de personal, haber estado liberado y no haber podido contribuir a los objetivos marcados para su centro de trabajo"[525].Y ello porque los actos que realice en ejercicio de sus funciones representativas o las posibles injerencias que padezca como consecuencia de ellas, sin una conexión directa con el ámbito sindical, no cuentan con las garantías del proceso de tutela de la libertad sindical, en el caso de que la demanda se fundamente en ese derecho[526].

Por tanto, no cabe reconocer legitimación en un proceso en tutela de libertad sindical, ni siquiera a título individual, al representante unitario, cuando la demanda se base en una pretensión ejercitada meramente en su condición de tal, pues no es titular del derecho de libertad sindical. En coherencia con ello tampoco cabría otorgar amparo exclusivamente al representante unitario "sindicalizado" en una demanda de tutela de libertad sindical si su reclamación no posee relación alguna con su afiliación, sino exclusivamente con su condición de delegado de personal, pues de hacerlo así se incurriría en una evidente discriminación respecto a los no sindicalizados.

A pesar de esta consolidada jurisprudencia constitucional y del TS lo cierto es que no se trata de una cuestión "cerrada", pues si el proceso no es por lesión de derechos específicamente laborales, sino del resto de derechos fundamentales, cabe concluir que cualquier persona física o jurídica (lo que incluye las comunidades de bienes o entes sin personalidad jurídica) que sean titulares de un derecho o interés legítimo estarían

[524] En idéntico sentido, STS de 30 de junio de 2011, rcud. 2933/2010, reconoce legitimación activa de la trabajadora miembro del comité de empresa, para instar una reclamación individual por el cauce procesal especial de tutela de su libertad sindical, en relación con la negativa de la empresa a la utilización de su crédito horario sindical, aun cuando este se solicite antes de la proclamación definitiva de los resultados de las elecciones por la oficina pública y expidiere las certificaciones acreditativas. Considera el TS que no se basa la pretensión tanto en el "desempeño de las labores de representación de los trabajadores que le atribuye el art. 68. e), sino que se funda en la propia LOLS, arts. 2 y 13 , cuando se afirma que la conducta de la empresa está encaminada a limitarle sus derechos como representante de los trabajadores, condición que obtuvo como afiliado y como candidato integrado en candidatura presentada por el Sindicato CGT". También, respecto al uso del crédito horario de representantes unitarios sindicalizados y con idéntico pronunciamientos, SSTS de 19 de diciembre de 2012, rcud. 555/2013 y de 26 de noviembre de 2013 , rcud. 449/2013.

[525] STSJ de Castilla y León, Valladolid de 6 de julio de 2004, rsu. 1213/2004.

[526] STSJ de Murcia, 15 de julio de 2002, rsu. 557/2002.

legitimados para reclamar a través de la modalidad procesal de tutela de los arts. 177 y ss. LRJS[527]. Y así, se ha permitido que el órgano de representación unitaria pueda tramitar su demanda a través de esta modalidad procesal, en orden a la tutela del derecho a la intimidad o del derecho a la no discriminación , pues la falta de legitimación del Comité de Empresa para instar un proceso de tutela de libertad sindical no excluye la de este para, a través de esta modalidad procesal, reclamar la protección de otros derechos fundamentales o la prohibición de trato discriminatorio, como se verá, incluido derechos que integran el contenido esencial del derecho de libertad sindical, como el derecho de huelga. Así, se ha reconocido legitimación activa al delegado de personal para accionar a través de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales contra la empresa que realizó prácticas tendentes a menoscabar el derecho de huelga(firma de un pacto extraestatutario con 22 de los 26 trabajadores del centro de trabajo y contratación de 4 nuevos trabajadores) y que dieron al traste con la huelga convocada[528].

Respecto al **Comité de huelga**, algunos autores[529] le reconocen legitimación para recabar la tutela del derecho de libertad sindical contra lesiones de dicho derecho producidas durante el desarrollo de una huelga, sobre la base de la atribución de funciones al mismo que realiza el art. 5 del Real Decreto Ley de 4 de marzo de 1977 regulador del derecho de huelga (consistentes en la participación en "cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales" sean necesarias para la solución del conflicto") y extrapolando las argumentaciones realizadas por el TS en sentencia de 31 de marzo de 1982, en la que se reconoce legitimación activa a dicho Comité para impugnar un Real Decreto de servicios mínimos. No obstante, habría de entenderse limitada dicha legitimación a la tutela del derecho de huelga, que si bien forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, los atentados al mismo no tienen porqué ser atentatorios a su vez de la dimensión colectiva del derecho de libertad sindical, de modo

[527] BLASCO JOVER, C., "Comentario al artículo 177", en *Comentarios a la Ley Reguladora...,* cit., pág. 1168: "Por este modo de interpretar la norma, de hecho, se ha abogado en sede judicial y doctrinal, admitiéndose, por ejemplo, que también puedan acudir a esta modalidad procesal para defender sus derechos e intereses legítimos los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los sindicatos que los representan en coherencia con lo dispuesto en los arts. 6.3 y 19.1.a) LETA y en los art. 2.d), 17.2 y 3, 63 y 153.1 LJS o el comité de huelga".

[528] STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de junio de 2003, rsu 739/2003: "En definitiva, un menoscabo del derecho de huelga y de los propósitos que en el mismo se perseguían y por tanto de su vertiente colectiva, que no permite sostener como pretende la recurrente, que sólo los trabajadores a su servicio o en su caso el actor en tal condición y no como delegado de personal, estaba legitimado para impetrar la tutela de tal derecho fundamental, pues como se ha dicho, lo postulado está orientado a reforzar su tutela desde la perspectiva de una dimensión colectiva. Tampoco le priva de tal legitimación como *órgano* de *representación unitaria* de los trabajadores, lo dispuesto en el artículo 175 LPL, pues aun cuando conforme reiterada doctrina constitucional, carece de legitimación para recabar la tutela del derecho de libertad sindical -ex art. 28.1CE -, los *órganos* de *representación unitaria* (SSTC 37/1983, 118/1983, 98/1985, 104/1987, 9/1988, 51/1988 y 95/1996 entre otras), sí tienen legitimación por el contrario estos representantes *unitarios,* para la defensa de otros derechos fundamentales".

[529] ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A., *Proceso de tutela de la libertad sindical*…, cit., págs. 48 y 49.

que cuando atenten contra esta última, el legitimado no será el Comité de huelga, sino el sindicato afectado con legitimación directa y principal[530].

En cuanto a los sindicatos, estos se encuentran, por supuesto, legitimados activamente para impugnar la resolución que establece los servicios mínimos ante la jurisdicción contenciosa, así como para reclamar en la jurisdicción social contra los actos lesivos del derecho de huelga cometidos por el empresario en la medida en que "atentan contra el derecho de libertad sindical de los sindicatos y el derecho de huelga de los trabajadores afectados"[531] (ejecución abusiva de los servicios mínimos decretados, esquirolaje para minimizar los efectos de la huelga, medidas de presión a las personas trabajadoras a fin de evitar o limitar su seguimiento...).

El sindicato habrá de demostrar la vinculación con la huelga, en definitiva, que tiene un interés legítimo que, además, en el caso del derecho de huelga, es menos exigente que el requerido para plantear conflictos colectivos.

Ahora bien, si en algún supuesto se ha reconocido legitimación activa al sindicato para reclamar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados a las personas trabajadoras[532] el criterio mayoritario es que el sindicato carece de legitimación para reclamar indemnización por daño moral de las personas trabajadoras, si carecen de representación expresa o autorización de estos últimos, que son los legitimados.

Por último y en cuanto a las **asociaciones empresariales**, como ya se indicó, carecen de legitimación al no ser titulares del derecho de libertad sindical, que corresponde a las organizaciones sindicales, de conformidad con el art. 7 CE, sin perjuicio de su carácter también constitucional en cuanto a su constitución, con acomodo en el art. 22 de la CE (derecho de asociación), por tanto las lesiones del asociacionismo empresarial serán conocidas por la jurisdicción civil, con carácter general. Cabe recordar también que las cuestiones relativas a la "constitución y reconocimiento de su personalidad jurídica" o la impugnación de sus estatutos y su modificación corresponden a la jurisdicción social, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.l) LRJS, si bien dichas acciones tienen acomodo

[530] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela*…, cit. pág. 246.
[531] Vid. SAN de 17 de marzo de 2021, proc. 307/2020, en reclamación de tutela de derechos fundamentales (derechos de libertad sindical y de huelga) por las medidas de presión llevadas a cabo por la empresa Ryanair antes y durante la huelga convocada por los sindicatos demandantes (remisión de correos electrónicos a los auxiliares de vuelo a fin de que se pronunciaran sobre el seguimiento o no de la huelga, emisión de vídeos elaborados por la empresa desacreditando la acción sindical, advertencias sobre descuentos de remuneración mensuales íntegras y no en proporción a los días de huelga o empleo de más trabajadores de los habituales para la realización de servicios mínimos).
[532] Véase la ya mencionada SAN en el supuesto de huelga en Ryanair, en la que se declara la vulneración de ambos derechos fundamentales, el de huelga de los trabajadores y el de libertad sindical de los sindicatos, así como la nulidad de las conductas empresariales, reparando con indemnizaciones de 30.000 euros por daño moral a cada uno de los sindicatos demandantes y también a los trabajadores, pero en este caso, exclusivamente, por el daño material, lucro cesante, al haber detraído la compañía a cada huelguista completo el bonus.

a través de otras modalidades procesales y no a través de la de tutela (arts. 167 a 172 y 176 LRJS, respectivamente).

3. Legitimación activa en las pretensiones de tutela de los restantes derechos fundamentales y libertades públicas

El art. 177.1 LRJS sigue refiriéndose como legitimados a trabajador y sindicato exclusivamente, pero dicho lenguaje resulta heredado de la redacción del artículo 175.1 LPL que solo contenía previsión expresa de los sujetos legitimados cuando el vulnerado era el derecho de libertad sindical, si bien dicha laguna ya resultó cubierta por la interpretación doctrinal y jurisprudencial que, en el caso de lesiones de otros derechos fundamentales consideró ampliado el círculo de sujetos legitimados a cualquier persona física o jurídica titular del derecho o libertad pública lesionados , "siempre y cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas" y la vulneración tenga "conexión directa con la prestación de servicios". Así, gozarán de legitimación activa los representantes unitarios de las personas trabajadoras[533], el Comité de huelga, un beneficiario de prestaciones de Seguridad social, asociaciones (que no sindicatos) de jubilados de empresa, las asociaciones profesionales de jueces y magistrados[534] o el propio empresario o asociaciones de empresarios, por ejemplo, si resulta vulnerado su derecho al honor por un sindicato[535].

Al igual que se afirmó respecto del derecho de libertad sindical, también puede ocurrir que, cuando el vulnerado sea un derecho fundamental distinto de este, exista una dimensión colectiva que exija su defensa, además de por quienes sufran aquella individualmente por otros sujetos colectivos.

Y así ha ocurrido respecto a la legitimación de los sindicatos cuando se trata de la vulneración del derecho a la no discriminación y la defensa del derecho de igualdad (art. 14 C.E.). Se ha reconocido que en estos casos existe una dimensión colectiva del derecho a la no discriminación, de modo que ciertos atentados del mismo lesionan el interés genérico, colectivo e indiferenciado del grupo, estando los sindicatos legitimados para su tutela. El TC se ha referido a esta dimensión en la sentencia 153/1994, de 23 de mayo. El sindicato actuará en todos estos casos en defensa de intereses colectivos tutelables, por tanto, no como representante o coadyuvante, sino como parte en el proceso para la defensa de los intereses del colectivo de trabajadores afectados por la discriminación en el ámbito de las materias atribuidas a la jurisdicción social y en conexión con la prestación de servicios [536]. El sindicato se encuentra legitimado para accionar en cualquier proceso en

[533] STS de 19 de diciembre de 2013, rcud. 555/2013.
[534] STS de 24 de junio de 2019, rcud. 42/2018.
[535] SAN de 18 de diciembre de 2015, proc.344/2015.
[536] El TS ha realizado una construcción jurisprudencial sobre la legitimación sindical en supuestos de discriminación colectiva, y especialmente, a propósito de la discriminación por razón de sexo, por ejemplo

el que estén en juego los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, distintos de la libertad sindical, siempre que ostente un interés legítimo, que habrá de determinarse con arreglo a los criterios ya indicados respecto al derecho de libertad sindical y por tanto, teniendo en cuenta las normas previstas para el proceso de conflicto colectivo (arts. 153 y siguientes LRJS). Y todo ello sin olvidar que el proceso de tutela de derechos fundamentales tiene carácter opcional, por lo que en estos supuestos de defensa de intereses colectivos, cabrá optar, si se dan los requisitos para ello, por el proceso especial de conflicto colectivo (en el caso de interesarse no la mera nulidad de la violación del derecho fundamental, sino extenderse la pretensión a aquella que constituye el objeto de la modalidad de conflicto colectivo).

Esta cuestión resulta relevante, pues siendo el proceso de conflicto colectivo el apropiado para la protección del derecho a la igualdad y no discriminación cuando afecte a un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo susceptible de determinación y verse sobre la interpretación y aplicación de una norma estatal, convenio colectivo o una decisión o práctica de empresa, el sindicato con implantación en el ámbito del conflicto estará legitimado activamente en dicha modalidad procesal. Ahora bien si no se reuniesen los requisitos para el planteamiento de una demanda de conflicto colectivo, ni la modalidad procesal de sería la adecuada (sino la de tutela de derechos fundamentales), ni el sindicato estaría legitimado con carácter principal, sino el trabajador o grupo de trabajadores, pudiendo intervenir el primero pero solo como coadyuvante[537].

Junto a los sindicatos, también cabe reconocer legitimación activa a otros sujetos colectivos. En el ámbito del derecho europeo resulta más que consolidado el reconocimiento de legitimación a sujetos colectivos para la protección jurisdiccional del principio de igualdad de trato, en los supuestos de víctimas no identificadas o identificables [538]. La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa

---

desde la citada sentencia de 18 de febrero de 1994, en la que se aprecia discriminación de las personas de sexo femenino en la empresa demandada, por no haber contratado a ninguna mujer durante un largo período de tiempo.

[537]STS de 17 de enero de 2024, rco. 108/2022: "resulta que el procedimiento de conflicto colectivo seguido no fue el adecuado ya que debió seguirse el proceso de tutela ordinario en el que el sindicato actor no estaba legitimado, ya que no era titular de los derechos e intereses legítimos que pudieran haber sido vulnerados. Todo ello conduce a la estimación del primer motivo del recurso y con él, como se señalará, del propio recurso".

[538] Véase CASAS BAAMONDE, M.E., "Legitimación procesal en defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (en su laberinto)" en BOHIGUES ESPARZA, M.D. Y FABREGAT MONFORT, G.: *Revisitar parte de la obra de Carlos L. Alfonso desde una perspectiva actual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pág. 578. La autora hace referencia a las precisiones del TJUE sobre la existencia de hechos que permiten presumir la existencia de discriminación "—por la declaración pública del administrador de una empresa de que no contrataría a trabajadores de origen marroquí o de un directivo principal de un club de futbol de que no incorporaría a futbolistas homosexuales—, "sin que ningún denunciante identificable afirme que ha sido víctima de esa discriminación", a "falta de un denunciante identificable", "cuando no haya víctima identificable" y sin que la discriminación presuponga "la identificación de un denunciante que sostenga que ha sido víctima de tal discriminación". Ni el artículo 7.2 de la Directiva 2000/43, ni el artículo 9.2 de la Directiva 2000/78 se oponen a que los Estados reconozcan en su legislaciones nacionales "el derecho de las asociaciones que tengan un interés legítimo en lograr que se respete dicha Directiva, o del

a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico establece en su art. 7.1 la obligación de los Estados miembros de establecer procedimientos judiciales y administrativos, y en su caso, de conciliación, para exigir la aplicación del principio de igualdad de trato y el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a dicha Directiva, incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación". En su apartado 2 garantiza que "las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la presente Directiva". En similar sentido, se pronuncia la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (art. 9.1 y 2) y el art. 17.1 y 2 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Los apartados segundos de los respectivos artículos son los que establecen reglas de legitimación activa, en cualesquiera procedimientos judiciales o administrativos a "sujetos colectivos", en cuanto que portadores de un interés legítimo en exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y a fin de paliar la falta de efectividad del modelo de defensa basado en litigios individuales. Los sujetos colectivos legitimados serán determinados según los criterios establecidos por la normativa nacional, en virtud de cada ordenamiento y según lo que este considere como sujeto que tiene atribuido "interés legítimo" para accionar en nombre del sujeto discriminado o en apoyo de él y siempre con su autorización.

La trasposición de dichas Directivas por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social en su art. 31, al regular la legitimación, se limitó a indicar que "las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en los procesos judiciales en nombre del demandante que así lo autorice con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato de las personas por su origen racial o étnico" (en términos similares a los reproducidos en el art. 7.3 LOPJ, que se refiere como sujetos legitimados a las "corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para la defensa y promoción de intereses colectivos"). La ley 62/2003 no

organismo o los organismos" de promoción de la igualdad de trato, "a promover los procedimientos judiciales o administrativos dirigidos a hacer respetar las obligaciones derivadas de la misma Directiva", sin que actúen en nombre de un denunciante determinado, o a falta de un denunciante identificable.

aprovechó la oportunidad de modificar la normativa procesal laboral para efectuar la transposición de dichas Directivas y determinar los sujetos colectivos legitimados[539].

La ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación en su art. 29.1 ha extendido la legitimación para la defensa de la igualdad de trato y no discriminación a "los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos que estarán legitimadas, en los términos establecidos por las leyes procesales, para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas o usuarias de sus servicios en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales, siempre que cuenten con su autorización expresa". A diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 11, bis) y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo (art. 19) la LRJS no ha sufrido reformas en sus arts. 17 y 177.1 y 2, que no han sido objeto de ampliación o modificación; por lo que la legitimación en procesos en los que resulte afectado el derecho a la igualdad y no discriminación resultará de la aplicación conjunta de dichos preceptos. Así, de conformidad con el art. 17.2 de la LRJS, el sindicato con suficiente implantación en el ámbito del conflicto que presente interés legítimo podrá accionar "en cualquier proceso" (por supuesto, también a través de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas) en defensa de los intereses colectivos de las personas trabajadoras (discriminaciones colectivas o lesiones colectivas de cualquier otro derecho fundamental) y sin perjuicio de la facultad del sindicato de "optar" por el proceso de conflicto colectivo ("en especial, en los términos establecidos en esta ley, podrán actuar, a través del proceso de conflicto colectivo, en defensa de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación", párrafo tercero del art. 17.2 LRJS), si se dan el resto de presupuestos para el recurso a la modalidad procesal de conflicto colectivo[540] (en el que podrá alegar la vulneración del derecho de igualdad y no discriminación, dado el carácter opcional del proceso de tutela de derechos fundamentales- arts. 177.1 y 4 LRJS)[541]. Por otro lado, también cabrá la intervención del sindicato al que pertenezca el trabajador o aquellos más representativos, como coadyuvante para la tutela de cualquier derecho fundamental o libertad pública (art. 177.2 LRJS) y en los supuestos de discriminación por cualquier causa las denominadas "entidades promocionales",

[539] Ni tan siquiera transpuso el artículo 9.1 y 2 de la Directiva 200/78 a la LPL de 1995, limitándose a introducir reglas sobre la prueba de indicios, la inversión de la carga de la prueba y la prohibición del acoso.
[540] BLASCO JOVER, C., "Comentario al artículo 177", en *Comentarios a la Ley Reguladora...,* cit., pág. 1166: "en estos casos en los que la lesión afecta al tiempo tanto a trabajadores como a sindicatos, ningún problema se ha visto en que pueda existir, al límite, una situación de acumulación de acciones (STC 30/2000, de 31 de enero) aunque ello a salvo de que el sindicato prefiera tramitar la acción, si se dan los requisitos para ello, por el trámite del conflicto colectivo".
[541] CAVAS MARTÍNEZ, F*., El proceso laboral de tutela...* cit., pág. 253: "cabe recordar que el proceso de amparo ordinario no es de obligado seguimiento en los casos en los que se dirime un interés supraindividual, pudiendo optarse por el también especial de conflicto colectivo, cuya causa de pedir no tiene porqué limitarse a la violación del derecho fundamental".

entidades de carácter público o privado entre cuyos fines se encuentren la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados por la discriminación [542].

La ley 15/2022 aprovechó para superar la falta de regulación del principio de igualdad y no discriminación por causas distintas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como para ampliar el círculo de sujetos colectivos legitimados, si bien en este caso con dos limitaciones: no se incluía entre el listado de sujetos enumerados a las asociaciones empresariales y se obvió la reforma de la LRJS.

Por su parte, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (art. 65 y D.F. 12ª) sí ha introducido modificaciones en la LRJS, que, no obstante no resultan del todo clarificadoras.

El art. 17.5 LRJS reconoce la legitimación del sindicato para intervenir en los procesos individuales, además de las personas afectadas y siempre con su autorización expresa, "en defensa de los derechos e intereses de las personas víctimas de discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales", pero sin exigir ningún requisito adicional, como la afiliación o la condición de más representativo. La legitimación como coadyuvante se extiende a otros sujetos colectivos, que coinciden prácticamente con los enumerados por la Ley 15/2022 (pero ahora sí se añaden las asociaciones empresariales) y señalando también que la defensa lo será de los derechos "de las personas afiliadas o asociadas". Esta última precisión no se traslada después al apartado 5 del art. 17 LRJS. No obstante, ambas normas realizan un reenvío recíproco: el art. 65 de la Ley 4/2023 señala que la legitimación de estos sujetos será "en los términos que establezcan las leyes procesales" y, a su vez, el art. 17.5, primer párrafo, in fine LRJS concluye que la legitimación de los sujetos enumerados para la defensa de los intereses individuales lo será " de acuerdo con lo establecido en la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI".

En los procesos colectivos, la legitimación se reconoce a los anteriores sujetos y además a los organismos públicos con competencia en la materia. Esta legitimación extraordinaria litisconsorcial para la protección de intereses difusos se reconoce a estos sujetos distintos del sindicato en los casos en los que la discriminación tenga como causa la orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, si bien en los procesos discriminatorios por motivos distintos a estos, no está prevista su intervención en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, salvo como coadyuvantes y circunscritas a las entidades públicas o privadas promocionales de los intereses legítimos

[542] GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., "Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la Ley 15/2022", *Femeris, Revista multidisciplinar de estudios de género,* vol. 8, núm. 2, 2023, pág. 24: "Los coadyuvantes no pueden personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado (art. 177.2 LRJS) y tampoco elegir la modalidad procesal ni la clase de tutela de derechos, que también estará en el ámbito de la decisión de la víctima directa (art. 177.4 LRJS)".

afectados. Se ha sostenido que el "olvido" legislativo podría solventarse haciendo extensiva también la legitimación a estas entidades en el proceso laboral, por aplicación supletoria del art. 11.bis. 2 LEC[543].

Cabría hacer dos precisiones más respecto a la legitimación de los sujetos colectivos:

- Que la legitimación de los sujetos colectivos (distintos del sindicato) está prevista para los supuestos de "víctimas de discriminación", no así cuando se trate de la vulneración de otro derecho fundamental (derecho a la vida, integridad física o moral, intimidad…)
- Que en el caso del sindicato, a diferencia de los otros sujetos colectivos, su legitimación colectiva sí se ha reconocido en el ámbito de la protección de derechos fundamentales distintos a la prohibición de discriminación. Por ejemplo, a propósito de la pandemia del Covid-19 para la tutela del derecho a la vida e integridad física de los sanitarios por omisión de medidas de prevención[544].

Por último y tratándose de acoso sexual o por razón de sexo (art. 12. 3 de la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) y en los litigios sobre acoso discriminatorio por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, la persona acosada será la única legitimada (art. 17.5 LRJS). Como ya se hizo referencia, a la luz de estos preceptos, es como habrá de interpretarse la referencia del art. 177.4 a la "víctima" como única legitimada en los procesos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

II. LEGITIMACIÓN PASIVA

En todo proceso la legitimación pasiva se predica respecto de la persona frente a la que se dirige la acción y de ser estimada la demanda, tendría que dar satisfacción a la pretensión ejercitada por el actor. La LPL no concretaba quiénes tenían legitimación pasiva en el proceso de tutela. La LRJS, aun siguiendo esa misma línea, de falta de determinación expresa de quién puede ser demandado, sí contempla con enorme amplitud quien puede ser el sujeto responsable. Así resulta de la aplicación de los arts. 177.4 LRJS, al afirmar que la víctima podrá dirigir sus pretensiones "tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario" y 182.1.b) LRJS que, entre los posibles contenidos del fallo de la sentencia, incluye el de declaración de nulidad radical de la actuación del

[543] CASAS BAAMONDE, M.E., "Legitimación procesal en defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (en su laberinto)", *op. ult* cit., pág.588: "Esa preterición injustificada y problemática solo se salva mediante la aplicación supletoria de las leyes procesales civil y contencioso-administrativa a la jurisdicción social".

[544] Véase, MONEREO PÉREZ, J.L., "Derechos fundamentales y prevención de riesgos en el trabajo en el contexto crítico de la Pandemia Covid-19", *Revista de Jurisprudencia laboral*, núm. 3, Agencia Boletín Oficial del Estado, 2021.

"empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada". Con arreglo a dichos preceptos, cabe la posibilidad de demandar a quien ostente la condición de empleador (ya sea este empresario, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona o entidad pública o privada, también un sindicato, cuando actúa como tal) y a cualquier otro sujeto responsable, con independencia del vínculo que le una con el empresario y aunque este sea ajeno a la relación laboral. El listado del art. 182.1.b) LRJS no es exhaustivo y el art. 177.4 LRJS a propósito de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales utiliza una expresión amplia y laxa, que abarca a "cualquier otro sujeto responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario", por lo que quedarán incluidos todos los posibles infractores o causantes de la lesión: tanto un compañero de trabajo, como cualquier otro tercero que esté unido al empresario por otros vínculos (cliente, proveedor, colaborador del empresario…).[545] No obstante, sí es necesario que la vulneración tenga "conexión directa con la prestación de servicios", por lo que se exigirá que la misma, aunque el vínculo que una al empresario con el tercero no sea laboral, se haya producido durante la prestación de servicios o directamente relacionada con ella.

No cabe duda de que el principal sujeto productor de lesiones a los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral es el empresario y lo mismo cabe decir de la Administración cuando actúa como empleadora, si bien cuando la lesión la sufra un funcionario público o personal asimilado, como regla general, el orden jurisdiccional competente, como ya se ha indicado es el contencioso-administrativo[546].

Entre los terceros que pueden ser sujetos responsables se encuentran **los sindicatos** que además de gozar de legitimación activa cuando son lesionados, también pueden ser sujetos agentes de la vulneración. Los supuestos más comunes en los que el sindicato estará legitimado pasivamente los constituyen los procesos entablados por sus afiliados, por ejemplo, cuando se produce la expulsión o suspensión temporal de militancia de uno de ellos. No obstante, ha resultado dudoso el recurso al procedimiento de tutela de derechos fundamentales en estas impugnaciones de medidas sancionadoras impuestas por los sindicatos, por el carácter de cognición limitada del mismo, remitiendo los tribunales para el conocimiento de la sanción impuesta por un sindicato al proceso ordinario y advirtiendo que, en términos generales, la imposición de una sanción no vulnera sin más la libertad sindical, si está prevista en los Estatutos y/o reglamentos internos del mismo [547]. Un sindicato también puede ser sujeto productor de la lesión de la libertad sindical de

[545] MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "Comentario al artículo 177" en BARRIOS BAUDOR, G.L., (Dir.) *Comentarios a la ley reguladora...,* cit., pág. 1087.
[546] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical…,* cit., pág. 256.
[547] SSTS de 24 de noviembre de 1996, rcud. 683/1996 y STSJ de Cataluña, de 27 marzo de 2001, rsu. 1/2001: "…en términos generales la imposición de una sanción a un afiliado no vulnera la libertad sindical, si la falta merecedora o no de la sanción impuesta está incluida en los Estatutos y Reglamentos del sindicato es problema a ventilar en el procedimiento ordinario correspondiente". Vid. también STSJ de Andalucía, Málaga, de 12 de septiembre de 2013, rsu. 546/2013, en la que se recuerda que también es inadecuada la

otra organización sindical, p.ej. en el caso de conflictos entre sindicatos a propósito de la convocatoria de elecciones a comité de empresa[548]. Igualmente pueden ser demandados el comité de empresa[549], el comité intercentros y el comité de huelga, si son agentes productores de la lesión.

En los supuestos de grupo patológico de empresas ninguna duda hay sobre la legitimación pasiva de todas ellas y de su responsabilidad solidaria, también en los supuestos de lesión de derechos fundamentales. Igualmente se ha entendido en los supuestos de descentralización productiva (art. 42 ET), pues tanto la empresa comitente o principal como la contratista pueden ser responsables de la lesión del derecho fundamental, en virtud de las relaciones existentes entre ambas, si bien en estos casos, debe ser siempre demandada la contratista o titular de la relación jurídico laboral y conjuntamente con ella, el empresario principal, sin que pueda prosperar una acción directa por lesión del derecho fundamental contra la principal exclusivamente.[550] En caso de subrogación empresarial (art. 44 ET) también estaría legitimada pasivamente, la empresa entrante que continúa con la actuación llevada a cabo por la saliente, por ejemplo en caso de discriminación por razón de sexo en materia retributiva, puesto que supone una situación discriminatoria anterior mantenida[551].

No obstante, la figura del empleador (en cualquiera de sus realidades, como empleador único, grupo o unidad empresarial, subcontratación…) no agota el catálogo de sujetos responsables, pues junto a ellos también han de ser demandados en el proceso quien ha realizado el comportamiento ilícito[552]. Este tercero, causante de la lesión "directa", será responsable solidario junto con el empresario, constituyendo un litisconsorcio pasivo necesario, pues el superior o compañero causante de la lesión es el autor real y directo de

---

modalidad procesal de impugnación de sanción, al tratarse la relación del sindicato y sus afiliados de una relación societaria, no laboral y el carácter de orden privado del derecho sancionador de una organización sindical, de modo: "…que nada impide que esos estatutos establezcan que un socio puede perder la calidad de tal en virtud de un Acuerdo de los órganos competentes de la asociación basado en que, a juicio de esos órganos, el socio ha tenido una determinada conducta que vaya en contra del buen nombre de la asociación o que sea contraria a los fines que esta persigue. Cuando esto ocurre el control judicial sigue existiendo, pero su alcance no consiste en que el Juez pueda entrar a valorar, con independencia del juicio que ya han realizado los órganos de la asociación, la conducta del socio, sino en comprobar si existió una base razonable para que los órganos de las asociaciones tomasen la correspondiente decisión ...".

[548] STS de 11 de abril de 1991, rec.1033/1990.

[549] STS de 8 de mayo de 1995, rec. 1319/1994.

[550] Así se ha declarado la responsabilidad solidaria de todas las empresas demandadas, por "constituir una unidad empresarial en la explotación del comercio marítimo", en STSJ del País Vasco, de 6 de mayo de 2008, rsu. 1464/2006, en la que la acción por acoso iba dirigida no solo frente al presunto acosador y superior jerárquico de la víctima, sino frente a la empresa que contrató a la demandante, frente al armador y propietario del buque en el que prestaba sus servicios y frente a la empresa concesionaria del servicio de catering del buque, quien contrató al superior jerárquico demandado.

[551] STSJ de Extremadura de 6 de abril de 2021, rsu. 133/2021. La empresa entrante continuó abonando el plus de peligrosidad exclusivamente a los trabajadores varones, pero no a las mujeres, siendo la categoría profesional y la actividad laboral idénticas.

[552] Véase STSJ Islas Canarias de 26 de enero de 2001, rsu. 508/2000: «los sujetos legitimados pasivamente —cuando de un proceso en tutela de derechos fundamentales se trata— no se agotan con la empresa/empresario, debiendo dirigirse la demanda contra cualquiera que protagonice el comportamiento ilícito».

esa conducta, y por tanto, será el principal vulnerador de los derechos fundamentales del demandante[553]. A pesar de dicha interpretación jurisprudencial basada en el derecho a la tutela judicial efectiva del tercero (art. 24 C.E) que, de no ser demandado, no podría ejercitar su derecho de defensa, el art. 177.4 LRJS no aprovecha para aclarar esta cuestión pues reconoce que la víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas "podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable", así como "elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley", pero "sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare".

Una adecuada interpretación del precepto conduce, en primer lugar, a determinar que no cabe dirigir la demanda exclusivamente frente al tercero causante de la lesión, pues el precepto recoge la opcionalidad de demandar o no al tercero, pero no lo prevé respecto del empresario, de modo que este último deberá siempre estar presente en el proceso. Esta cuestión no resulta a día de hoy cerrada, pues el art. 27.1 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación ha matizado la responsabilidad del empresario cuando dispone que "serán igualmente responsables del daño causado las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido las obligaciones previstas en el apartado 1 del artículo 25". Se configura la responsabilidad del empleador a modo de la responsabilidad vicaria de los dueños de los establecimientos por los actos de sus dependientes (art. 1903 CC) y exige como requisitos para que esta surja: que la discriminación o acoso se produzca en el ámbito de organización o dirección del empleador y que este además no haya cumplido las obligaciones previstas en materia de prevención y protección frente a la discriminación y al acoso. El primer requisito ha de interpretarse a la luz del art. 177.1 LRJS que exige, para poder recabar la tutela a través de esta modalidad, que la lesión del derecho fundamental se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento de la jurisdicción social o en conexión directa con las mismas, de modo que no restringe los supuestos de legitimación pasiva, pero tampoco los extiende más allá de la relación laboral y aquellas situaciones conexas con esta (proveedores, clientes...). El segundo requisito sí limita en mayor medida la responsabilidad del empleador, pues la circunscribe a aquellos casos en los que se hayan incumplido las obligaciones previstas en el art. 25 de la misma ley ("aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias"). Ello podría hacer surgir dudas sobre la necesidad de demandar necesariamente al empresario conjuntamente con el tercero (abriendo la

[553] STS de 30 de enero de 2008, rcud. 2543/2006.

posibilidad de ser demandado solo el tercero causante de la lesión, si el empleador ha adoptado las medidas necesarias para evitar que se produzca la discriminación), si bien habría que distinguir entre los presupuestos necesarios para que surja la responsabilidad solidaria entre ambos y la necesidad de demandar al empleador en estos procesos junto al tercero, aunque haya adoptado las medidas necesarias para evitarlo, pues ciertamente esto último habrá de probarse y acreditarse en el acto del juicio y para ello resultará necesaria la presencia del empleador[554].

Aunque no se ha recogido en el texto legal una situación litisconsorcial en la parte pasiva (a pesar de resultar esta la más apropiada por razones de seguridad jurídica y economía procesal) de modo que resulte inescindible la litis y necesario demandar a ambos (empleador y causante de la lesión) puede concluirse que si se opta por demandar al causante directo de la lesión, habrá que interponer la acción necesariamente también contra el empresario[555], no así al contrario (resultando opcional y no obligatorio para la víctima dirigir la pretensión también contra el tercero).

El carácter potestativo de la demanda del tercero causante de la lesión se contempla fundamentalmente como un mecanismo de protección de la propia víctima, a fin de que no se vea obligada a demandar al causante directo de esa lesión, como se deduce además del último inciso del número 4 del art. 177, en el que se contienen previsiones especiales para la práctica de la prueba testifical de la víctima[556]. Esta opcionalidad decae en el supuesto de que la víctima pretenda la condena del tercero, pues al resultar directamente afectado por la resolución la presencia del mismo en el proceso es obligada, a fin de evitar

---

[554] Véase BLASCO JOVER, C., "Comentario al art. 177", en *Comentarios a la Ley Reguladora...,* cit, pág. 1170:"Por lo tanto, parece, a tenor de las normas en liza, que el empresario sólo tendría que ser demandado en un muy específico supuesto, cuando no hubiese cumplido con las medidas a las que le obliga el número uno del art. 25 Ley 15/2022". Si bien pone de manifiesto su postura a favor de la constitución de un litisconsorcio pasivo que reforzaría la economía procesal y añadiría seguridad jurídica para los codemandados.

[555] STS de 23 de enero de 2017, rco. 60/2026, que tacha de "singular argumentación", la del sindicato recurrente (el sindicato AST en demanda de tutela del derecho de huelga contra Telefónica, al considerarla causante directa de la lesión del derecho de los trabajadores pertenecientes a diez empresas, con las que la primera subcontrata la actividad de provisión de servicios finales de telecomunicaciones),al interpretar el apartado 4 del artículo 177 LRJS, pretendiendo extraer la conclusión de que "en el proceso de tutela de derechos fundamentales resulta opcional para el demandante que considere vulnerado su derecho fundamental o libertad pública, llamar o no al proceso al sujeto que se considere responsable o causante directo de la lesión" y continúa indicando que "el precepto recoge esa posibilidad de demandar o no al causante directo de la lesión "necesariamente con el empresario", de lo que se infiere sin duda que el titular de la relación laboral habrá de estar siempre presente en el proceso; además en este supuesto sería absolutamente exigible esa presencia tal y como se desprende de la excepción que contempla el precepto, porque lo que se pretende en el caso es la condena de quien se afirma es causante de la lesión del derecho".

[556] Véase BLASCO PELLICER, A., y LÓPEZ TERRADA, E., "Proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas", en *El Proceso Laboral*, BLASCO PELLICER, A. y ALEGRE NUENO, M., (Dirs.),Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 1201: "La literalidad del precepto se ajusta mejor, con toda claridad, a otra interpretación, en virtud de la cual será la clase de tutela elegida por la víctima la que determinará la existencia o no de litisconsorcio pasivo, de manera que si se opta por demandar, además de al empresario, al presunto causante directo, y se pretende su condena o que resulte directamente afectado por la sentencia, entonces, y solamente entonces, existirá obligación de llamar al sujeto causante de la lesión y, en consecuencia, se podría generar litisconsorcio pasivo necesario".

su indefensión, existiendo también en este caso un litisconsorcio pasivo necesario entre ambos.

Son dos las opciones que tiene la víctima: a) demandar o no junto al empresario al causante directo de la lesión; b) en el caso de que opte por demandar al tercero junto al empresario puede "elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley" frente a ambos (declarativa, inhibitoria, restitutoria o reparadora o todas ellas).

La primera opción está sujeta a unas excepciones que, desde el punto de vista práctico, le restan gran virtualidad práctica. Así, tendrá que ser demandado necesariamente el tercero cuando se pretenda su condena (no cabe solicitar la condena de quien que no resulta demandado), pero también cuando pueda resultar afectado por la resolución que se dicte en el proceso, lo que suele conducir a que el órgano judicial requiera la ampliación de demanda frente al tercero. Piénsese en la estimación de la demanda en la que se declare como hecho probado la existencia de lesión de un derecho fundamental por parte de un compañero o compañera de trabajo, sin haber sido dirigida la demanda contra él. El acosador directo puede resultar afectado por la sentencia si el empleador ejerce con posterioridad su potestad disciplinaria.

III. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

El apartado 3 del art. 177 LRJS establece que el Ministerio Fiscal "será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas". Su intervención deriva de la función que le atribuye el art. 124 CE y su Estatuto Orgánico que lo desarrolla, que en su art. 3º le impone la obligación de velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.

La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso es en concepto de "parte principal", no mero coadyuvante, si bien no dispone de acción, pues carece de legitimación activa para interponer la demanda inicial, reservada a los particulares y tampoco podrá ser condenado, pues el proceso no se dirige contra él, por lo que carece de legitimación pasiva.[557]

Ahora bien, ello no resulta contradictorio con la afirmación de su carácter de parte principal en el proceso, pues en su condición de garante de la legalidad y protector de los derechos fundamentales le corresponde intervenir en las fases de alegaciones, de prueba y de recursos y su falta de citación al proceso será causa de nulidad de lo actuado con retroacción de las actuaciones[558].

[557] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela*, op. cit. pág. 260.
[558] STS de 27 de noviembre de 2002, rcud. 3948/2001.

En su función última de velar por el respeto de los derechos fundamentales, su posición en el proceso podrá alinearse con las pretensiones del demandante o bien, en caso contrario, con las del demandado, según considere a la vista de lo planteado, sin que proceda determinar "a priori" si su comparecencia en el proceso lo es como parte actora o como demandada, pues su intervención va más allá de los intereses particulares de los sujetos que ocupan cada posición en el proceso, adoptando aquella que sea necesaria para garantizar el respeto de los derechos fundamentales. Además, y como parte, debe considerársele en igualdad de condiciones procesales con respecto al demandante, por lo que podrá disponer del objeto del proceso, oponiéndose, si así lo considera conveniente, a los actos de renuncia, allanamiento o transacción de parte e instar la continuación del procedimiento. Sus facultades, en fin, son meridianas. Le corresponde tanto "interesar la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la depuración de las conductas delictivas" como "velar especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas". Función o competencia ésta que debe entenderse como obligación de comprobar, de un lado, que la sentencia se pronuncia sobre todos los aspectos a que se refiere el art. 182.1 LRJS según las pretensiones que concretamente hayan sido ejercitadas y, de otro, que la ejecución se lleva a cabo en su totalidad a fin de que sea completa la restitución del estatus de la víctima.

No obstante, quedarían algunas cuestiones POR apuntar, una de ellas la obligatoriedad del demandante de exigir en su demanda la citación del Ministerio Fiscal[559]o si el mandato del art. 177.3 LRJS va dirigido al órgano judicial, de modo que aun no exigiéndolo expresamente el demandante debe ser citado por aquel.

Lo correcto sería solicitar la citación del Ministerio Fiscal por el demandante, sin perjuicio de que, de no hacerlo, sea citado por el órgano judicial, bastando que sea citado, aunque no comparezca, pues la asistencia es potestativa para él. La necesidad de que el Ministerio Fiscal intervenga como parte en estos procesos da lugar a un litisconsorcio legal, activo o pasivo. [560]Ahora bien de no resultar citado, resulta necesario determinar el alcance y consecuencias de su falta de llamada al proceso cuando sea necesaria. Cabría aplicar el criterio establecido para los conflictos y cuestiones de competencias, en los que el Tribunal Supremo ha valorado la omisión de la previa audiencia del Fiscal como una simple irregularidad formal que no puede provocar la nulidad de la sentencia, si bien la intervención del Ministerio Fiscal en un proceso de tutela de derechos fundamentales y donde estos resultan concernidos no es asimilable a su falta de audiencia previa sobre cuestiones de competencia, a pesar del carácter público e indisponible de estas últimas.

La consecuencia de la falta de citación a juicio del Ministerio Fiscal se ha considerado con carácter general que es la declaración de nulidad de las actuaciones, incluso

[559] STSJ de Madrid de 18 de noviembre de 1996, rsu. 4288/1996.
[560] STSJ Comunidad Valenciana de 16 de febrero de 2001, rsu. 56/2001.

apreciable de oficio[561]. Aunque no han faltado pronunciamientos que, en los supuestos de estimación de la demanda, la alegación de nulidad de las actuaciones por el empleador que ha sido condenado por falta de intervención del Ministerio Fiscal, ha sido cuestionada, pues "no se alcanza a comprender como pudo causar indefensión a la empresa la falta de una garantía que la ley establece, sin duda, en beneficio de la persona trabajadora. No debe olvidarse que la misión del Ministerio Público en este tipo de proceso, amén de la genérica de defensa de la legalidad, es la de "adoptar las medidas necesarias para la depuración, en su caso, de las conductas delictivas" (art. 15 de la L.O.L.S, número 4 de la Base 30ª de la Ley 7/1989 de 12 de abril y art. 175.3 LPL, en relación con el art. 315 del Código Penal). Y éstas solo pueden provenir de la persona, empresa o entidad empleadora frente a la que, en cada caso, se acciona".[562] Y en esa línea, la doctrina judicial[563] ha considerado que la declaración de nulidad de actuaciones en los procesos en los que la tutela se concreta en un "interés de parte" exige: a) protesta previa de alguna de las partes en el proceso, b) la existencia de indefensión en la parte que insta la nulidad. Si no se acredita el cumplimiento de esos requisitos, la falta de citación del Ministerio Fiscal no determinará la nulidad de todo lo actuado, salvo aquellos supuestos en que la intervención del Ministerio Fiscal está vinculada a la defensa de un interés público directo en el proceso.

Cuestión distinta es que el propio Ministerio Fiscal, debidamente citado a juicio, "excuse" su asistencia al mismo, es decir, que la incomparecencia derive de la propia voluntad del Ministerio Fiscal, supuesto en el que no procederá la declaración de nulidad de las actuaciones, ni cabrá suspender el acto del juicio, pues su falta de personación no implica infracción procesal, ya que la asistencia a juicio es potestativa para el mismo.

[561] STS de 26 de diciembre de 1996, rcud. 403/1996. Vid también STSJ C. Valenciana de 1 de febrero de 2001, rsu 3709/2000.

[562] STS de 29 de junio de 2001, rcud.1886/200: "Si la indefensión consiste en la privación o limitación injustificada y relevante de las facultades de alegación y prueba que causa o puede causar grave perjuicio a quien la alega, resulta evidente que la falta de citación del Fiscal como parte - que no su ausencia en el acto del juicio, puesto que la asistencia que es potestativa para él - no pudo causar ninguna indefensión a las empresas recurrentes, que mantuvieron íntegras en todo momento las posibilidades y garantías necesarias para alegar y probar cuanto estimaron necesario para su mejor defensa o resistencia". Igualmente, la STSJ Comunidad Valenciana, de 21 de febrero de 2002, rsu. 3340/2001: "deben entenderse como requisitos mínimos exigibles para decretar la nulidad de actuaciones que se cite por el recurrente de modo concreto la norma procesal que estime violada, STC 48/1990 , que se haya infringido una norma procesal que haya producido indefensión a la parte que denuncia tal defecto procesal, STC 158/1989 y que se haya formulado la oportuna protesta, salvo que la misma no se haya podido realizar".

[563]SSTS de 15 de enero de 2005, rcud. 4222/2004, de 28 de enero de 2009, rcud. 1576/2008 y de 12 de diciembre de 2019, rcud. 2189/2017.

CAPÍTULO QUINTO: ASPECTOS PROCEDIMENTALES

I. EJERCICIO DE LA ACCIÓN: PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

El art. 179.2 LRJS prevé que la demanda ha de interponerse "dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública".

La doctrina del TC[564] declara la "imprescriptibilidad de los derechos fundamentales", si bien añade que el hecho de que "el ordenamiento limite temporalmente la vida de la correspondiente acción (cuya prescripción en modo alguno puede extinguir el derecho fundamental de que se trate, que el ciudadano podrá continuar ejerciendo y que podrá hacer valer en relación con cualquier otra lesión futura), significará tan solo que ha transcurrido el plazo dentro del cual el ordenamiento le permite reclamar jurisdiccionalmente ante una presunta y determinada violación".

El derecho fundamental no prescribe nunca, si bien sí lo hará la acción para reclamar contra los actos concretos que lesionan o vulneran dichos derechos. El plazo para el ejercicio de dichas acciones será el que corresponda a la acción frente a tales actos, si bien al tener por objeto el procedimiento la vulneración de derechos fundamentales, debe realizarse una interpretación favorable a su efectividad[565].

También se aplica el plazo de un año para el ejercicio de la acción de reclamación de daños y perjuicios eventualmente causados por la imposibilidad sobrevenida de ejecución de una sentencia. Para la reclamación de diferencias salariales por distinta categoría profesional, el plazo de prescripción no se computa a partir de la sentencia que, en su caso, reconozca la superior categoría, sino desde el día en que efectivamente se tuvo derecho a la misma, sin que el proceso declarativo de clasificación profesional interrumpa la prescripción de la acción de reclamación de aquellas diferencias.

Los plazos de prescripción y de caducidad aplicables son, sin lugar a dudas, los plazos establecidos en la legislación laboral[566]. Habrá que estar al plazo general de prescripción de un año del art. 59.1 del ET[567], con las muchas salvedades que presenta el mismo, como

[564] STC 236/1982, de 14 de febrero.
[565] STC 196/1985 de 8 de octubre.
[566] Bajo la vigencia de la LPL de 1980, el plazo de prescripción para reaccionar frente a las lesiones del derecho de libertad sindical se consideró el general de prescripción de 15 años del artículo 1964 del Código Civil, para las acciones que no tuvieran señalado plazo especial. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "La prescripción de las acciones para la defensa de la libertad sindical" en *III Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Fundación Universitaria, Jerez de la Frontera,1985, pág.114.
[567] Véase STS de 10 de julio de 2018, rcud. 3269/2016, a propósito del plazo para reclamar por vulneración del derecho al honor del trabajador y la posibilidad de aplicar al ejercicio de la acción el plazo de prescripción de un año del art. 59.1 del ET o el de caducidad de cuatro años del art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, recuerda que desde la STC 7/1983 de 14 de febrero citada, el carácter permanente e imprescriptible de los derechos fundamentales "es compatible, no obstante, con que "el ordenamiento limite temporalmente la vida" de las acciones concretas que derivan de las lesiones infligidas a tales derechos. Así, pues, dichas acciones prescriben y se agotan, sin que se extinga por ello el derecho fundamental, "que el ciudadano podrá continuar ejerciendo y que podrá hacer valer en relación con cualquier otra lesión futura".

el plazo de caducidad de veinte días para la impugnación del despido, sanciones, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, movilidad geográfica, vacaciones, conciliación de la vida familiar y laboral, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, que ya son remitidas por el artículo 184 al ejercicio a través de la modalidad procesal correspondiente.

Dicho plazo general de prescripción de un año proporciona una mayor certeza y agilidad en el desenvolvimiento de las relaciones laborales que los plazos civiles supletorios de los arts. 1966 y 1967 CC[568].

Como regla general, la acción para reclamar percepciones económicas o aquellas que sean de tracto único prescribirán al año desde el día en que la acción pudo ejercitarse.

El problema surge, a la hora de determinar el *dies a quo* de la "*actio nata*", cuando se trata de las denominadas acciones "subsiguientes". Por ejemplo, se ha considerado que, interpuesta demanda por el sindicato por vulneración del derecho de libertad sindical ante el despido disciplinario de catorce de sus afiliados por su participación en una huelga, posteriormente declarada legal, el cómputo del año de prescripción ha de contarse desde la notificación de la sentencia del TS que declara la legalidad de la misma al sindicato actuante (fecha en que la acción podía ejercitarse)[569].Y ello por tratarse de reclamaciones anudadas a una previa declaración, por lo que la indemnización correspondiente al perjuicio causado por el desconocimiento de un derecho está vinculada al reconocimiento del mismo, de modo que hasta que este no queda establecido judicialmente no se inicia el cómputo de la prescripción de la acción por daños condicionada a su reconocimiento.

También se ha considerado como *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de tutela de libertad sindical del sindicato demandante, la fecha de notificación de las sentencias condenatorias en los pleitos individuales anteriores interpuestos por sus delegados sindicales y en los que el sindicato intervino como coadyuvante (y no la fecha de la firmeza de cada una de estas acciones individuales)[570]. La acción se considera "nata" y la acción pudo ejercitarse en la fecha de "finalización en cualquiera de las instancias de los procedimientos que integran el sustrato de demandas individuales formuladas"[571] en

[568] SEMPERE NAVARRO, A.V., "Sobre la prescripción de acciones laborales "subsiguientes:" muestrario jurisprudencial", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 11,Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2021, que hace referencia, por resultar relevante en esta fijación de criterio, a la STS 26 enero 2005, rcud. 35/2003.
[569] SAN de 16 de noviembre de 2015, proc. 255/2015.
[570] STS de 8 de marzo de 2024, rco. 103/2022.
[571] FJ. 5 de la citada STS, Sala Cuarta, de 8 de marzo de 2024: "Por tanto, habiendo sido interpuesta la demanda por el sindicato el 9 de diciembre de 2020 (Antecedente de Hecho primero de la sentencia recurrida), estarían prescritos para viabilizar la acción -obviamente solo a los efectos aquí tratados- aquellos procedimientos, en los que la sentencia (de instancia o de firmeza) o auto final que se invoca, sean anteriores al 9 de diciembre de 2019".

la medida en la que son tenidas en cuenta para "viabilizar" la unidad de propósito lesivo de la empresa[572].

Es ejemplo prototípico de acciones subsiguientes la de la persona trabajadora para exigir la indemnización de los daños y perjuicios- consistente en los salarios dejados de percibir- por la falta de reconocimiento del derecho de la persona trabajadora a ocupar una vacante o por la exclusión de las listas o bolsas de empleo[573]. Resulta de interés la STS de 9 de febrero de 2023, rcud. 2827/2019, al recoger el cuerpo de doctrina sobre la prescripción de las acciones de resarcimientos de daños y perjuicios. Recuerda, en primer lugar, que "las acciones de resarcimientos de los daños y perjuicios no son acciones en las que se reclame un salario, los cuales se devengan mes a mes y en ellos una acción declarativa no podía interrumpir la prescripción"[574] y que en estos supuestos consistentes en la negativa empresarial al reconocimiento de un derecho (como el de ocupar una plaza o vacante) "el día inicial del plazo se debe situar en el momento en el que se conoce el daño que, en el caso de identificarse con el lucro cesante, al estar ante los denominados daños continuados, permite que el plazo de prescripción no comience hasta el definitivo resultado del mismo". Dicha doctrina también ha sido aplicada en otras materias, como las reclamaciones de daños y perjuicios en accidentes de trabajo[575] y, por supuesto, es trasladable a aquellos casos en los que la no inclusión en las listas de espera o la negativa a ocupar una vacante se haya realizado con discriminación o lesión de un derecho fundamental, en los que a la indemnización correspondiente al lucro cesante (salarios dejados de percibir), cabe añadir la indemnización por el daño moral.

A propósito del derecho de huelga, la STS de 13 de octubre de 2021, rcud. 4919/2018, sostiene que, ejercitada la acción resarcitoria por vulneración del derecho de huelga promovida por el trabajador (basada en la prestación de servicios mínimos fijados por una orden de servicios mínimos que acaba siendo anulada por falta de motivación suficiente)

---

[572] Como "apoyo probatorio indirecto o indiciario de la conducta denunciada" al tratarse de "actuaciones perpetradas contra personas pertenecientes al sindicato en calidad de representantes o delegados, y que fueron enjuiciadas individualmente en otros procedimientos".

[573] El derecho de la actora de exigir una indemnización del perjuicio causado por el desconocimiento de su derecho a ocupar una vacante no surge hasta que no queda este último derecho declarado judicialmente (STS de 17 de abril de 2018, rcud. 919/2016) o en un supuesto similar de resarcimiento de daños y perjuicios por no inclusión en la bolsa de empleo de Correos, el cómputo del plazo de prescripción para reclamarlos no se inicia hasta que adquiere firmeza la sentencia que reconocía el derecho a la inclusión en la bolsa de empleo (STS de 1 de octubre de 2019, rcud. 1209/2017).

[574] STS de 20 de noviembre de 1998, rcud. 3034/1997, criterio reiterado en múltiples ocasiones, como en la STS de 1 de junio de 2016, rcud. 3487/2014: "La tramitación de un procedimiento anterior en el que se postulaba un pronunciamiento declarativo no afecta a la obligación del actor a reaccionar en evitación de la prescripción porque esta no comienza a computarse a partir de la sentencia declarativa antecedente, sino desde la fecha en que, habiéndose denegado la correspondiente retribución, no se hizo efectivo el momento legalmente previsto para el pago". La prescripción de la acción no se interrumpe por la reclamación previa que tenga diferente objeto. Así una demanda de clasificación profesional no interrumpe la prescripción anual de las diferencias retributivas posteriores a dicha demanda, ni la prescripción de los gastos generados por un traslado se interrumpen por la impugnación del mismo, así como tampoco se interrumpe la prescripción de las cantidades debidas en el momento de la extinción de un contrato de trabajo, por el ejercicio de la acción de despido.

[575] SSTS de 15 de septiembre de 2018, rcud. 3698/2014 y de 5 de marzo de 2020, rcud 4329/2017.

estaríamos ante un supuesto similar al de reclamaciones resarcitorias anudadas a una declaración previa, pero con matices añadidos. Es cierto que la acción del sindicato impugnando la resolución administrativa de servicios mínimos ante el orden contencioso administrativo no interrumpiría la prescripción de un año de la acción de las personas trabajadoras que fueron asignadas a ellos, pues se trata de acciones con objeto diverso. Sin embargo, si no se reconociera interrumpida la prescripción de la acción de la persona trabajadora huelguista frente a la empresa, quedaría sin poder ejercitar dicha acción, al no poder reclamar los daños y perjuicios derivados de unos servicios mínimos que aún no han sido declarados abusivos o lesivos. A lo que hay que añadir que el trabajador carece de legitimación activa para impugnar la resolución de la autoridad gubernativa que fija los servicios mínimos, de modo que no cabe considerar prescrita una acción que presupone la legalidad o no de los servicios mínimos, si contra la resolución que los fija, el demandante carece de acción. El TS recuerda la necesidad de realizar una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción, de modo que "el día inicial del plazo para reclamar daños y perjuicios por parte de las personas que consideran vulnerado su derecho de huelga arranca cuando alcanza firmeza la sentencia declarando que la Resolución fijando los correspondientes servicios mínimos es contraria a Derecho. Lo contrario sería dejarlas sin posibilidad de extraer las consecuencias inherentes a la anulación de la Resolución dictada por la Secretaría de Estado".

La justificación de ese efecto interruptivo de la prescripción que se reconoce a la impugnación de la decisión de la autoridad gubernativa por el sindicato, único legitimado, respecto de las reclamaciones de tutela de la libertad sindical de las personas trabajadoras afectadas por los servicios mínimos, no está en el tipo de acciones ejercitadas (pues ambas son acciones con objeto diverso). Tampoco existe una especie de prejudicialidad. Sencillamente, se indica "... que la acción activada, tal y como ha sido configurada por sus propios promotores, no pudo ejercerse con antelación".

Aunque la regla general de un año de prescripción será la aplicable en aquellos casos que no haya señalado un término especial, surgen algunos problemas en los supuestos de conductas vulneradoras que no se agotan en un único acto, sino que se hayan integrados por una pluralidad de actuaciones (supuesto paradigmático es el de las situaciones de acoso). A estos efectos resulta de interés recordar la distinción entre daños permanentes y daños continuados[576] . Cuando la vulneración del derecho fundamental se ha producido por una determinada acción, pero las consecuencias persisten a lo largo del tiempo estaremos ante daños permanentes (la lesión se produce en un momento determinado y son sus efectos los que permanecen en el tiempo), si bien en el supuesto de daños causados por una conducta continuada en el tiempo, cuando no es posible fraccionar en hechos diferenciados la producción de los daños y estos continúan agravándose en el tiempo en

[576] SSTS (Sala Primera) de 7 de noviembre de 2019, rec. 5883/2018 o 29 de enero de 2014, rec. 2509/2011 y (Sala Tercera) de 23 de enero de 1998, rec. 5283/1993.

cuanto que su causa productora no cesas, estaremos ante daños continuados. En el primer caso, "el plazo de ejercicio de la acción comienza a correr "desde que lo supo el agraviado", como dispone el art. 1968.2º Código Civil, es decir, desde que el afectado tuvo conocimiento del mismo, porque "De otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el art. 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción y la caducidad"[577]. En el caso de daños continuados, el cómputo del plazo no se inicia hasta la producción del resultado definitivo "porque solo a partir de entonces el perjudicado está en condiciones de valorar en su conjunto las consecuencias dañosas y de cifrar el importe de las indemnizaciones que puede reclamar por concurrir una situación jurídica de aptitud plena para el ejercicio de las acciones"[578].

De manera genérica cabe indicar que, en los supuestos de acoso, si cada una de las actuaciones concretas tienen sustantividad para reaccionar frente a ellas aisladamente, el plazo de prescripción o caducidad que corresponda a cada una ha de prevalecer (cuando el acoso se materializa en acciones sucesivas, como una sanción, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en la falta de reconocimiento de un ascenso…). No obstante, la acción para solicitar la declaración de nulidad de la conducta global del empleador y reparación de la misma, con la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, no se entenderá prescrita y se entenderá viva mientras estos persistan[579].

Y con similares argumentos, el TSJ de Cantabria, en sentencia de 16 de junio de 2023, rsu. 377/2023, desestima la excepción de prescripción de la acción de indemnización de daños y perjuicios derivada de acoso, al no haber transcurrido el plazo de un año desde el despido de la trabajadora (agente de seguros), al haber sido continuadas las represalias de la empresa desde las actuaciones de la Inspección de Trabajo que sancionan a la empresa por falta de reconocimiento del carácter laboral de la relación. Es cierto que en este caso coexisten diferentes circunstancias: la falta de reconocimiento de la relación laboral por la empresa, la existencia de actuaciones inspectoras y el inicio del procedimiento de oficio que concluye con la declaración de existencia de relación laboral de los vendedores de seguros, así como una conducta de hostigamiento a la trabajadora consistente en el vaciamiento de sus funciones y cese de abono de comisiones y de pagas extras, quedando su salario reducido a 1.000 euros. Frente a ello se formula demanda de tutela de derechos fundamentales reclamando los daños y perjuicios derivados del acoso consistentes en las

[577] STSJ de las Islas Canarias, de 21 de enero de 2020, rsu. 1031/2019.
[578] En este mismo sentido, la STS (Social) de 24 de noviembre de 2010, rcud. 3986/2009, o la de 17 de abril de 2018, rcud. 919/2016.
[579] STSJ de Madrid de 12 de junio de 2009, rsu. 1900/2009: "aun cuando la lesión de un derecho fundamental haya nacido de un hecho puntual, el trabajador podrá ejercitar el derecho que le corresponda para poner fin a los daños que traen causa de ese hecho mientras tales daños se mantengan". También, STSJ de Madrid, de 26 de junio de 2007, rsu. 914/2003: "La continuidad de la conducta del demandado impide apreciar la prescripción alegada". O la STSJ de Cantabria, de 29 de febrero de 2024, rsu. 899/2023: "No se trata de los hechos aislados o ataques "puntuales" a la dignidad del trabajador (…), sino de una situación de hostigamiento permanente".

diferencias retributivas desde el año 2019, fecha en la que se minoraron las retribuciones de la trabajadora, coincidiendo con las actuaciones de la Inspección de Trabajo. La empleadora, entendiendo que no cabe reclamar diferencias salariales más allá de un año antes de la demanda, opone la prescripción.

Los argumentos para desestimarla por parte del TSJ resultan acertados: el primero, con base en la doctrina de las acciones subsiguientes, de modo que no cabe entender prescritas las cantidades que excedan del año anterior al ejercicio de la acción, ya que cuando un derecho resulta desconocido la acción para reclamar los daños y perjuicios derivados no nace hasta que no se obtenga reconocimiento del mismo (en este caso, hasta que no se reconoce la existencia de relación laboral entre las partes por el juzgado de lo social) momento en el que una vez declarado por sentencia, comenzará el cómputo del plazo de prescripción de la acción indemnizatoria (diferencias retributivas por minoración del salario coincidiendo con la denuncia ante la Inspección de trabajo)[580]. El segundo argumento hace referencia a la actuación de la empleadora en cuanto que constitutiva de acoso laboral (vaciamiento de funciones, descuentos salariales, no asignación de clientes…) y tratarse de una conducta continuada en el tiempo vulneradora de derechos fundamentales; supuestos en los que se otorga prevalencia a la protección de estos últimos frente al instituto de la prescripción[581]. Por último, añade que ,cuando se trata de daños y perjuicios derivados de la lesión de un derecho fundamental, "también podría considerarse como *dies a quo* la fecha del despido de la actora, como momento de cese de la conducta vulneradora", y en ese caso tampoco estaría la conducta prescrita.

A idéntica solución se ha llegado en los supuestos de discriminación salarial o retributiva[582], en los que no se considera prescrita la acción para reclamar las diferencias retributivas originadas por la lesión del derecho a la igualdad y no discriminación, entretanto subsista la discriminación en el momento en que se ejercita la acción. Si atendemos al año de prescripción de las diferencias salariales, es evidente que estarán prescritas las que superen el año anterior a la reclamación, pero no así cuando estamos ante los "perjuicios" derivados de la discriminación[583]. Para la compensación de esas diferencias retributivas, no cabe la remisión a un proceso ordinario de cantidad, como si

[580] Con referencia a la ya citada STS de 17 de abril de 2018, rcud. 919/2016: "la indemnización por los daños irrogados como consecuencia del desconocimiento de un derecho está vinculada al reconocimiento del mismo, motivo por el que, hasta que este derecho no es reconocido judicialmente, no se puede entender iniciado el plazo de prescripción de la acción."

[581]Véase, entre otras, SSTS de 28 de febrero de 2018, rcud. 16/2017 y de 12 de febrero de 2019, rcud. 175/2018; que reiteran la doctrina sobre la prescripción en cuanto que institución no fundada en "principios de estricta justicia" sino en la presunción de abandono o dejadez en el ejercicio del derecho y por tanto, en razones de seguridad jurídica, por lo que su aplicación debe ser cautelosa y restrictiva.

[582] STS de 3 de abril de 2024, rcud. 5599/2022.

[583] La STS de 9 de febrero de 2023, rcud. 2827/2019, ha señalado, a propósito de las diferencias salariales reclamadas por discriminación retributiva, que no se puede perder de vista que en estos casos la acción es de reclamación de daños y perjuicios.

se tratase de cualquier otro incumplimiento contractual[584], sino que estas vienen a formar parte de los daños y perjuicios sufridos por la lesión del derecho fundamental (lucro cesante). Por tanto, su plazo de prescripción es el mismo que el del derecho fundamental, pues la indemnización va unida a la declaración de vulneración del derecho (art. 183 LRJS). Esas diferencias en la retribución no solo no tienen naturaleza de reclamación salarial ordinaria, sino que constituyen un criterio "objetivo -claro, transparente y totalmente adecuado- para fijar la cuantía de la indemnización que resarce los daños y perjuicios causados"[585]. Por tanto, cabe reclamar la totalidad de las diferencias salariales del período que se ha producido la discriminación entre tanto esta no cese y el plazo de prescripción de un año no surge hasta que esta no haya cesado y sin perjuicio de acumular a ella la indemnización por daños morales.[586]

Por último y respecto a la caducidad a la que están sujetas las acciones a las que remite el art. 184 LRJS, como ocurre con el despido o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando en ellas se vulnera derechos fundamentales, resulta de especial interés la jurisprudencia del TJUE en Sentencia de 27 de junio de 2024, C-284, que, a propósito de los plazos existente en el derecho alemán para reclamar contra el despido nulo de una trabajadora embarazada realiza ciertas consideraciones sobre la suficiencia de los plazos reconocidos para garantizar el principio de efectividad[587]. El principio de efectividad no es contrario al establecimiento de plazos razonables preclusivos para el ejercicio de las acciones (pues los mismos resultan imprescindibles por razones de seguridad jurídica), pero siempre y cuando dichos plazos y en general, los requisitos exigidos para poder ejercitar las acciones, no sean de tal complejidad o brevedad "que hagan imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión". La cuestión prejudicial es planteada por un tribunal alemán que eleva la pregunta de si es compatible el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992[588], con los plazos para el ejercicio de la acción por despido nulo de la trabajadora embarazada que establecen los arts. 4 y 5 de la Ley de Protección contra los despidos alemana de 25 de agosto de 1969. El art. 4 de la citada ley establece un plazo

[584] La ya citada STS de 3 de abril de 2024, rcud. 5599/2022, FJ Tercero.2: "…ello equivaldría a rebajar la cualificada posición del derecho lesionado -reduciéndolo a la categoría de un derecho ordinario- y a desconocer la singular protección de que goza en la legislación constitucional (artículo 14 CE) y en la laboral (artículo 17 ET)".
[585] Ibídem, FJ Tercero.3.
[586] STS de 20 de noviembre de 2024, rcud. 2655/2023.
[587] En cuanto al principio de efectividad, vid. STJUE de , de 21 de diciembre de 2023 (asunto C-38/21) y de 27 de febrero de 2020 (asunto C-773/18 a 7775/18).
[588] Directiva 92/85, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y que en su artículo 10 prohíbe el despido de trabajadoras desde el comienzo del embarazo y el final de su permiso por maternidad, salvo que concurran circunstancias excepcionales no inherentes a su estado biológico y estos motivos justificados para el despido se comuniquen por escrito. La consecuencia de prohibición del despido se ha previsto en consideración al riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora embarazada a interrumpir voluntariamente su embarazo (STJUE , la sentencia de 11 de noviembre de 2010, Danosa, C-232/09)

general de tres semanas para la interposición de demanda contra el despido, con algunas excepciones, entre ellas, cuando la mujer tuviera conocimiento de su embarazo con posterioridad a la expiración de dicho plazo (pues en este caso el incumplimiento del plazo se debe a razones no imputables a la mujer) y esta realizara inmediatamente la comunicación de su situación al empleador, en cuyo caso tendrá un plazo de dos semanas para solicitar la admisión de una demanda extemporánea y para la presentación de la misma, "desde que cesara el impedimento para interponer la demanda".

El TJUE concluye que el plazo de dos semanas previsto en el derecho alemán para presentar la demanda "fuera de plazo" por razón de la constancia del embarazo es más breve que el general de tres semanas para su presentación "dentro de plazo", lo que supondría un obstáculo procesal para el ejercicio de la acción por la trabajadora, al no permitirle "asesorarse eficazmente y, llegado el caso, para redactar y presentar no solo dicha solicitud de admisión de la demanda extemporánea, sino también la demanda propiamente dicha". Las conclusiones a las que llega el TJUE resultan bastante limitadas, pues solo declara opuesto al derecho comunitario una normativa nacional que establezca un plazo para interponer la demanda "fuera del plazo general" por razón de haber tenido conocimiento de su embarazo con posterioridad, que sea inferior al que habría tenido de haber tenido conocimiento de su embarazo antes o al tiempo de su despido[589].

Ello llevaría a plantear interesantes cuestiones, no tanto por el alcance de la solución del TJUE en el supuesto concreto, sino a la luz de la protección que otorga nuestra normativa nacional a la trabajadora embarazada en comparación con la legislación alemana, pues la legislación española ni tan siquiera prevé un plazo, fuera del general de 20 días de caducidad, para presentación extemporánea de la demanda cuando la mujer embarazada conozca de su embarazo con posterioridad a su despido. Si ese plazo de dos semanas, inferior al plazo general de tres semanas que prevé la legislación alemana resulta insuficiente para la protección de la trabajadora que conoce su embarazo tras el despido y es contraria al principio de efectividad de sus derechos, con mayor motivo lo será un único plazo de 20 días hábiles (4 semanas) establecido "en todo caso". Como propuesta *de lege ferenda,* resultaría apropiado establecer un plazo que permitiera a la trabajadora accionar cuando tuviera conocimiento de su embarazo con posterioridad al transcurso del plazo general y que, por lo que resulta de la doctrina comunitaria, deberá ser al menos de otros 20 días hábiles. Quedaría el problema, no menos proceloso, de determinar a partir de qué momento comienza a contar ese nuevo plazo de caducidad: ¿cuándo la trabajadora

[589] Véase un estudio pormenorizado de la sentencia en ROJO TORRECILLAS, E., "UE. Sobre la especial protección de la trabajadora embarazada en caso de despido y los plazos para accionar ante los tribunales. Notas a la sentencia del TJUE de 27 de junio de 2024 (asunto C-284/23)", *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* (*El blog de Eduardo Rojo), 2024. Disponible en:* EL BLOG DE EDUARDO ROJO: UE. Sobre la especial protección de la trabajadora embarazada en caso de despido y los plazos para accionar ante los tribunales. Notas a la sentencia del TJUE de 27 de junio de 2024 (asunto C-284/23). (eduardorojotorrecilla.es) .

tenga conocimiento del embarazo, en cualquier momento, con posterioridad al despido? ¿y en ese caso, ante la circunstancia de tratarse del conocimiento de un hecho incierto, no seguro o dudoso y cuya constancia fehaciente puede alargarse en el tiempo, establecer además un plazo máximo (que es de seis meses en la legislación alemana) para poder presentar la demanda "a contar desde la expiración del plazo incumplido"?

En relación a esta cuestión, resulta de interés mencionar la STS de 10 de septiembre de 2024, rcud. 1636/2024, que permite la ampliación de la demanda de despido de la trabajadora embarazada con posterioridad al acto de conciliación para alegar su situación de embarazo, pues con ello no se aprecia que se cause indefensión a la parte demandada, al poder ser objeto de debate en el acto del juicio. Asimismo, se indica que la calificación del despido en cuestión corresponde al órgano judicial, no siendo esta una materia dispositiva que dependa de la petición de parte.

II. ACTOS PREPROCESALES

Una de las manifestaciones de la sumariedad cuantitativa o celeridad de este procedimiento es la innecesariedad de actos preprocesales, como el intento de conciliación o el agotamiento de la vía administrativa previa, de modo que el demandante puede ejercitar directamente su pretensión de tutela de derechos fundamentales ante los órganos jurisdiccionales del orden social, a través de la modalidad procesal regulada en los arts. 177 y siguientes, sin necesidad de los mismos.

Se trata de dos presupuestos o requisitos procesales previos a la tramitación del proceso, cuya obligatoriedad con carácter general se establecen en la vía judicial social en los arts. 63 (conciliación-mediación) y 69 (agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial social). Con la conciliación extrajudicial se pretende asegurar que las partes hayan tenido oportunidad de alcanzar una solución extrajudicial al conflicto, evitando así el proceso laboral[590]. Por su parte, el art. 69 LRJS exige el agotamiento previo de la vía administrativa, en todos los litigios en los que se desee demandar al Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, también como un medio de evitar la vía judicial, a fin de que la entidad pública se pronunciara sobre la reclamación planteada.

En cuanto a la conciliación extrajudicial, el art. 63 LRJS obliga al intento de conciliación como requisito previo a la interposición de la demanda social ("será requisito previo para la tramitación del proceso") y lo hace con carácter general, dentro del Título V "De la evitación del proceso"; si bien el art. 64 establece excepciones a dicha regla en los siguientes procesos: los que versen sobre Seguridad Social, los relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de las personas trabajadoras, disfrute de vacaciones y a materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las

[590] Vid. SSTS de 19 de septiembre y 14 de marzo de 2017 (rcud. 1223/15 y 105/2016, respectivamente)

condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el art. 139, los iniciados de oficio, los de impugnación de convenios colectivos, los de impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación, los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, los procesos de anulación de laudos arbitrales, los de impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones, así como aquellos en que se ejerciten acciones laborales de protección contra la violencia de género.

Por lo que aquí nos interesa, los procesos de tutela de derechos fundamentales están excluidos de la necesidad de celebrar conciliación previa.

También quedan exceptuados aquellos procesos en los que siendo parte demandada el Estado u otro ente público también lo fueren personas privadas, siempre que la pretensión hubiera de someterse al trámite de reclamación previa y en éste pudiera decidirse el asunto litigioso; así como los supuestos en que, iniciado el proceso, fuere necesario dirigir la demanda frente a personas distintas de las inicialmente demandadas.

La excepción a la regla general que recogía tanto el art. 64 LPL, como el actual art. 64 LRJS implica que no se exige este presupuesto en determinados procesos; si bien ello no supone el extremo opuesto, la prohibición absoluta de acudir a él, como ha puesto de manifiesto la doctrina[591].

Hay que recordar, con el profesor Montero Aroca, que la conciliación se puede contemplar desde varias perspectivas, una de ellas, en función del resultado pretendido, como contrato de transacción (art. 1809 del Código Civil) por el que las partes realizan concesiones recíprocas para la superación del conflicto y otra, desde la perspectiva procesal, como presupuesto para la tramitación del proceso, sin cuya acreditación procede la inadmisión de la demanda y el archivo del procedimiento[592].

La excepción a dicho presupuesto procesal en las modalidades enumeradas en el art. 64 LRJS viene determinado por razones de urgencia o celeridad, de modo que se prescinden de aquellos trámites procesales que pueden retrasar la tutela judicial, si bien ello no impide que se pueda recurrir al intento de conciliación, porque no resulta prohibido, solo

[591] MORENO VIDA, M.N., "Comentario al art. 64 LPL", en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M N. y GALLEGO MORALES, A. J. (Dirs.*), Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada, 2001, tomo 1. pág 422.

[592] STS de 17 de febrero de 1999, rec. 1457/1998: "la conciliación regulada en los artículos 63 y siguientes de la ley de Procedimiento Laborales susceptible de una triple consideración, a) como una actividad ordenada a una solución del conflicto con evitación del litigio, b) como un contrato-transacción cuando la conciliación llega a término y c) como un presupuesto procesal (...); la ley exige...la celebración de la conciliación[,] propiciando que las partes acudan al acto de celebración. A esta finalidad va orientado el artículo 66 de la ley de Procedimiento Laboral que en su número 1º establece la obligación de los litigantes de asistir al acto de conciliación y los números 2 y 3 previenen las consecuencias adversas para el solicitante y para la otra parte de una inasistencia injustificada".

no obligatorio (por ejemplo, en materia de vacaciones o de conciliación de la vida personal y familiar y laboral, sería posible un acuerdo sobre la fecha de disfrute de las vacaciones o sobre las medidas solicitadas para conciliar la vida familiar y laboral) .

No obstante, el principal escollo que presentaría el recurso al intento de conciliación en el proceso de tutela de derechos fundamentales sería la indisponibilidad del derecho que se somete a transacción de las partes en conciliación o mediación, al tratarse los derechos fundamentales de materia de "orden público" y por tanto, no susceptibles de transacción. En este proceso, la ausencia de obligatoriedad sí equivale a prohibición del intento de conciliación.

Esta excepción del intento de conciliación previa fue formulada expresamente en el Texto Articulado de la LPL de 1990. Con anterioridad, la LPL de 1980 no recogía la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, supliéndose dicha laguna por la jurisprudencia constitucional que declaró como cauce natural de protección de los derechos fundamentales vulnerado en el ámbito social, el proceso laboral. El Tribunal Central de Trabajo entendió en un primer momento que la conciliación previa sí era exigible en estos procesos al no existir una modalidad procesal específica para ellos y siendo la regla general la obligatoriedad de esta[593], pero ese criterio fue corregido por la STC 81/1992, de 28 de mayo[594].

No ofreciendo en la actualidad ninguna duda la existencia de esta excepción para los procesos de tutela de derechos fundamentales tras su expresa regulación normativa, desde la LPL de 1990, sí cabe plantear su repercusión para el supuesto de recurrir a la conciliación previa aún en el caso de no ser obligatoria, siendo común el criterio de considerarla prohibida. La prohibición supone que el órgano conciliador deberá inadmitir la papeleta o solicitud de conciliación y para el caso de que así no fuera, resultaría impugnable judicialmente el acuerdo que se alcanzara, dentro del plazo de los 30 días hábiles siguientes a su celebración o desde que lo pudieran haber conocido los terceros perjudicados. Para dicha impugnación estarán legitimadas activamente las partes, por las causas que invalidan los contratos, así como "terceros perjudicados", con fundamento en la ilegalidad o lesividad del pacto o transacción. Al tratarse los derechos fundamentales de una cuestión de orden público también estará legitimado el Ministerio Fiscal[595], pues

[593] Ni el carácter preferente y sumario del procedimiento que exigía el artículo 53.2 de la C.E, ni la indisponibilidad de los derechos fundamentales le pareció al TCT motivos para prescindir de la conciliación previa al proceso laboral, argumentando que no todos los derechos fundamentales son innegociables. Vid. STCT de 30 de septiembre de 1988.

[594] FJ 4: "En cualquier caso, la conciliación, como los demás medios autocompositivos, desde siempre ha tenido como límite infranqueable la propia vigencia del principio dispositivo. En aquellas contiendas en la que esté comprometido el interés o orden público (...) las partes no son absolutamente dueñas de poder disponer, a través de la conciliación, de los derechos o intereses en conflicto. Pues bien, dentro del estándar orden público- hay que reputar hoy incluidas las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales".

[595] Sobre los efectos de la solicitud de conciliación y del propio acuerdo de conciliación entre las partes, véase CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela...,* cit. págs. 291 y 292.

su intervención en el proceso es preceptiva, en defensa del interés público y cumplimiento de la legalidad.

En el caso de que la pretensión no corra por los cauces de los arts. 177 y siguientes de la LRJS, sino que proceda la tramitación inexcusable por las modalidades previstas en el art. 184 LRJS, se estará a lo dispuesto en cada una de ellas acerca de la obligatoriedad o no del intento de conciliación, como ocurre en los supuestos de despido, impugnación de sanciones y extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador.

Sobre la contradicción existente entre el principio de sumariedad cuantitativa y la eliminación de trámites propia de la modalidad procesal de tutela y la prevalencia de la obligación del intento de conciliación preprocesal cuando se acumula a estas otras modalidades en las que constituye presupuesto de admisibilidad de la demanda, se ha tratado extensamente en el Capítulo Tercero, apartado III.2 de esta tesis, al estudiar la nota de sumariedad cuantitativa de este proceso y al que nos remitimos.

En cuanto al trámite de agotamiento de la vía administrativa previa previsto en el art. 69 LRJS, como medio de evitación del proceso, cabe hacer referencia a que el texto original de la LRJS exigía reclamación administrativa previa o agotamiento de la vía administrativa previa, como intentos de solución del conflicto y evitación del proceso; si bien la disposición final 3.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas suprimió el requisito de la reclamación previa, dada su escasa utilidad práctica[596], quedando solo la exigencia de agotamiento de la vía previa en aquellos casos en los que se impugnan actos administrativos dictados por la Administración en materia laboral y de Seguridad Social a través de los recursos administrativos correspondientes (alzada, reposición…)[597].

La eliminación de la reclamación administrativa, con carácter general, supuso la eliminación de la vía previa en los supuestos en los que la Administración actúa como empleadora y no su sustitución por el intento de conciliación[598].

---

[596] "CAVAS MARTÍNEZ, F. "Comentario al artículo 69" en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social,* Sempere Navarro, A.V. (Dir.), Editorial Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 412 a 419, ya manifestaba las contundentes críticas de la doctrina a la permanencia de ese requisito, cuya desaparición se venía postulando años antes de la promulgación de la LRJS. Por su parte, la Exposición de Motivos de la Ley 39/2015 (en adelante, LPACAP) manifiesta la necesidad de suprimir las reclamaciones previas en la vía civil y laboral, al no suponer ventaja alguna, sino "una carga que dificultaba el derecho de los administrados". Sobre los orígenes de la reclamación administrativa previa, vid. SANTAMARÍA PASTOR, "Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa", *Revista de la Administración Pública,* núm. 77, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 109 a 111. El autor se refiere a este presupuesto previo como de uno más del "aberrante abanico de privilegios" del proceso contencioso.

[597] Sobre los procesos en los que es necesario el agotamiento de la vía administrativa previa en materia laboral, vid. MAS GARCÍA, E.M., "Comentario al artículo 69" en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BARRIOS BAUDOR, G.L. (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 387 a 397.

[598] GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., "Dudas e incertidumbres en la supresión de la reclamación administrativa previa a la vía laboral por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de

Por su parte, el art. 70 LRJS exceptúa del agotamiento de la vía previa las demandas de tutela de derechos fundamentales: "no será necesario agotar la vía administrativa para interponer demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical".

El art. 71 LRJS sigue manteniendo la exigencia de reclamación administrativa previa para formular demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social, con carácter general (salvo las resoluciones administrativas expresas en las que se acuerda el alta médica emitidas por los órganos competentes de las Entidades gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días de la prestación de incapacidad temporal).

De todo ello y por lo que aquí nos interesa cabe concluir[599]:

- Todas las demandas frente a la Administración pública, con carácter general, se pueden interponer directamente ante los órganos de la jurisdicción social, al haberse suprimido la reclamación administrativa previa.
- Como excepción, será necesario agotar la vía administrativa en los casos de las demandas dirigidas contra la administración laboral, esto es, cuando se impugnan actos de las administraciones públicas en las que estas ejercitan sus potestades en materia laboral, sindical y de Seguridad Social, con la interposición de los recursos administrativos, "cuando procedan" (art. 69.1 LRJS). Sin embargo, a su vez, se excepcionan también del agotamiento de la vía administrativa previa las demandas

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas**",** *Revista de Información Laboral*, núm. 1, Editorial Aranzadi, 2017, edición electrónica: "Como en su día señaló la Abogacía del Estado en la Comunicación Laboral 67/2016: «aunque la redacción dada al art. 64.1 LJS por la D.F. 3.ªLPACAP pueda generar alguna duda al respecto, un criterio de interpretación teleológico aboga por entender que no es necesario dicho intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente». Añade que si la finalidad del legislador al suprimir el requisito de la reclamación previa ha sido, en palabras de la Exposición de Motivos de la LPACAP, «la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos», carecería de todo sentido sustituir dicho trámite por otro trámite previo como el intento de conciliación o mediación ante el servicio administrativo correspondiente, máxime tomando en consideración los límites legales a la transacción, previstos en el caso del Estado en el art. 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria". Véase también sobre, FERRANDO GARCÍA, F.M, "Alcance y consecuencias de la (parcial) supresión de la reclamación administrativa previa a la vía jurisdiccional social", *Revista Derecho Social y Empresa,* núm. 9, 2018*,* págs. 96-119.

[599] Siguiendo la doctrina judicial recogida en la SAN de 28 de mayo de 2018, proc. 64/2018, sobre el nuevo escenario en materia de demandas ante actos de las administraciones públicas tras la entrada en vigor de la LPACAP. Véase también, por su claridad, la STSJ de la C. Valenciana de 5 de marzo de 2019, rsu. 3909/2018:"En la actualidad el panorama de los actos previos sería el siguiente: las demandas en materia de Seguridad Social requieren que con carácter previo se dé cumplimiento a la reclamación administrativa regulada en el art. 71 LRJS ; por su parte, la impugnación judicial de las resoluciones emanadas de la administración "laboral" requieren el agotamiento de la vía administrativa; finalmente, las resoluciones dictadas por la administración empleadora agotan en sí mismas la vía administrativa y, en consecuencia, se pueden impugnar judicialmente de manera directa".

que impugnen dichos actos y en las que se alegue lesión de derechos fundamentales, en virtud del art. 70 LRJS.

- Por último, las demandas prestacionales frente a la Seguridad social siguen exigiendo reclamación administrativa previa con arreglo al art. 71 LRJS y también será preceptiva la misma, aunque se alegue en esos procesos vulneración de derechos fundamentales, salvo que se opte por ejercitar exclusivamente la demanda de tutela del derecho fundamental lesionado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 140 LRJS: "En las demandas formuladas en materia de prestaciones de Seguridad Social contra organismos gestores y entidades colaboradoras en la gestión se acreditará haber agotado la vía administrativa correspondiente, incluidas aquellas en las que se haya acumulado la alegación de la lesión de un derecho fundamental o libertad pública y salvo que se opte por ejercitar exclusivamente esta última mediante la modalidad procesal de tutela".

III. LA DEMANDA

1. Requisitos formales

Comienza el art. 179.3 LRJS indicando: "La demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los arts. 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador."

Por tanto y como primera exigencia, la demanda ha de reunir los requisitos generales establecidos en el art. 80 LRJS para cualquier demanda que, sucintamente son los siguientes: órgano ante el que se presenta y modalidad procesal, designación y datos del demandante y del demandado, enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y todos aquellos que resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas, la súplica acorde al contenido de la pretensión que se ejercita, designación de un domicilio del demandante para la práctica de diligencias, fecha y firma.

El art. 179.3 continúa señalando que "deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración", lo que puede parecer una reiteración innecesaria (y que tiene su origen, según la doctrina,[600] en la cognición limitada que caracteriza a este

proceso), así como "el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida". Según este precepto es fundamental que en la demanda se expresen los concretos actos que se consideren atentatorios del derecho en cuestión, detallando cada uno de ellos de forma específica, de modo que se concreten las peticiones que se formulan[601]. Junto a ello, se habrá de alegar el derecho o libertad infringidos y ello aun cuando no sea necesaria u obligatoria la fundamentación jurídica de la demanda, pues no puede ser erróneamente alegado el derecho fundamental que se considera lesionado. Ahora bien, el art. 182.1.a) LRJS no impide la declaración en la sentencia de la existencia o no de vulneración del derecho fundamental, si el mismo resulta infringido, "según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes". Y ello porque cuestión distinta a la correcta alegación del derecho infringido es la fundamentación jurídica y las normas aplicables que hayan podido ser alegadas, el primero no puede ser erróneo, el error en las segundas no impedirá la declaración de vulneración del derecho fundamental.

La concreción de los hechos y del derecho o libertad infringidos resulta necesaria para evitar la indefensión del demandado y para que el órgano judicial pueda tener conocimiento de los hechos en los que se basa la pretensión ejercitada. De no hacerlo, el órgano judicial requerirá al actor que proceda a su subsanación antes de admitir la demanda a trámite. Igualmente, cabe la alegación de hechos distintos a los aducidos en la demanda con posterioridad a su admisión, pero siempre con anterioridad al acto del juicio, a fin de evitar "alegaciones sorpresivas". La alegación de hechos distintos supondrá una ampliación de la demanda perfectamente admisible como regla general en el proceso laboral y que no implica variación sustancial de la demanda[602]. La variación sustancial de la demanda solo cabe apreciarse cuando la variación de los hechos suponga un cambio sustancial en la pretensión ejercitada, de modo que "añada un elemento de innovación tan significativo como para generar a la parte demandada indefensión"[603].

Siendo conceptos diferentes el de variación sustancial y el de ampliación de la demanda, como regla general, no hay obstáculo para la ampliación de la demanda en fechas

[601] STS de 30 de noviembre de 2015, rco. 307/2014, en la que ejercitada la acción de tutela de derechos fundamentales frente a determinadas conductas de la Comisión de seguimiento formada tras procedimiento de despido colectivo, se acuerda la nulidad de lo actuado a fin de que "se proceda a subsanación, en plazo legal, concretándose por Sindicatos demandantes las alegadas vulneraciones del derecho libertad sindical que impugnan y las específicas peticiones que formulan con respecto a cada una, así como determinen posibles sujetos responsables e importe separado de responsabilidad; y, tras ello, el órgano judicial deberá determinar, en su caso, la adecuación procedimental de las distintas pretensiones y resolver sobre caducidad y/o prescripción y derivadamente, si procede, sobre demás cuestiones oportunamente planteadas".

[602] La variación sustancial de la demanda se regula en el artículo 80.1.c LRJS, recogiendo como excepción del demandado la alegación de hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación o respecto de la vía administrativa previa, salvo los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad. En el proceso de tutela de derechos fundamentales podría ocurrir en los supuestos de remisión a otras modalidades procesales del artículo 184 LRJS.

[603] STS de 11 de junio de 2020, rec. 27/2019.

posteriores a su admisión, "incluso si se incorporan novedades sustanciales en los fundamentos de la pretensión, o, incluso, en las propias pretensiones esgrimidas[604]". La ampliación de la demanda no quedaría limitada a los hechos nuevos o antes no conocidos no incluidos en la papeleta de conciliación (a los que se refiere expresamente el artículo 80.1.c): "…hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad") sino incluso a los posteriores, siendo el único límite realmente el temporal, es decir, siempre que la ampliación sea anterior al acto del juicio[605]. La LRJS no incluye ninguna especialidad en los procesos de tutela de derechos fundamentales respecto al proceso ordinario, por lo que habrá que entender que cabe la ampliación objetiva de la demanda (hechos y en su caso, derechos infringidos) como cabría en el procedimiento ordinario o incluso con mayor flexibilidad, pues se trata de garantizar la tutela de un derecho fundamental.

La STS de 10 de septiembre de 2024, rcud. 1636/2021, a propósito de la ampliación de la demanda de despido nulo (sin indicación de la causa) por el embarazo de la trabajadora ha recopilado la doctrina de la Sala sobre esta cuestión, recordando que ante la falta de regulación expresa de la cuestión examinada, a tenor de lo establecido en la Disposición Final cuarta de la LRJS y art. 4 LEC, hemos de acudir a la regulación contenida en esta última norma. El art. 401.2 LEC permite ampliar la demanda antes de la contestación para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas o para dirigirlas contra nuevos demandados, lo que trasladado al orden jurisdiccional social significa que cabrá la ampliación de la demanda en cualquier momento anterior a la vista oral para que se pueda ser trasladada al demandado[606]

En cuanto a la ampliación subjetiva de la demanda, en principio, también sería posible, si bien cuando de la acumulación de despido y vulneración de derechos fundamentales se tratare, habrá que reparar en las limitaciones del art. 103.2 LRJS, que impide la ampliación posterior de la demanda contra el empleador ante el que no se promovió la misma, salvo que fuera conocida la cualidad de empresario con posterioridad (antes del juicio o durante la celebración del mismo), en cuyo caso sí cabrá promover nueva demanda contra este o, en su caso, ampliar la demanda, si el juicio no se hubiere

[604] MIÑARRO YANINI, M., "Congruencia de la demanda con la papeleta de conciliación y protección frente al despido de la mujer embarazada: un ejemplo de flexibilización. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1151/2022, de 23 de diciembre". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 474, 2023, pág. 213. https://doi.org/10.51302/rtss.2023.1871. La autora considera la posibilidad de ampliación de la demanda en términos muy amplios, porque mientras que la ampliación de demanda responde al principio de tutela judicial efectiva, la exigencia de conciliación previa al acto del juicio "constituye una limitación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de modo que, por imperativo constitucional, esta ha de interpretarse de forma restrictiva y aquella expansiva".

[606]Véase STS de 11 de junio de 2020, rcud. 27/2019: "la prohibición de introducir en el proceso una variación sustancial de la demanda se limita únicamente a que se modifique sustancialmente la demanda en el juicio, en el momento de ratificar o ampliar la demanda, ex artículo 85.1 de la LRJS, pero nada impide realizar dicha variación en un momento anterior, siempre que se dé traslado de la misma a la demandada. En consecuencia es irrelevante que los escritos de ampliación de la demanda supongan o no modificación sustancial de la misma".

celebrado. En materia de despido, por ejemplo, las SSTS de 14 de enero de 2021, rcud. 888/2019 y de 13 de enero de 2022, rcud. 39/2019, admitieron la ampliación de la demanda de despido, pero declararon caducada la acción: "La ampliación de la demanda contra quien en todo instante ha sido el real y explícito empresario del trabajador tuvo lugar transcurridos los veinte días hábiles desde su despido, circunstancia que de manera irremediable determinaba la caducidad de la acción de despido". Sin embargo, la STS de 20 de julio de 2022, rco. 111/2022, admitió la ampliación de una demanda de despido colectivo contra otra empresa del mismo grupo.

Junto a los anteriores, es requisito específico de esta modalidad procesal la determinación de la cuantía de la indemnización pretendida, "con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios y que, salvo cuando se trate de daños morales, deberá establecer "las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador", de la que se tratará cumplidamente con posterioridad.

2. Trámite de admisión de la demanda.

Una vez presentada la demanda, el órgano judicial habrá de realizar una comprobación del cumplimiento de los requisitos de la misma. Las normas de procedimiento que regulan el funcionamiento de los órganos judiciales son cuestiones de orden público, por lo que el órgano judicial debe controlar los siguientes extremos: a) su propia competencia para conocer del procedimiento, b) si la demanda presenta los requisitos generales y específicos establecidos por la norma; c) que la modalidad procesal elegida es la correcta.

De concurrir los citados extremos y no apreciarse defectos u omisiones, el art. 182.1 LRJS prevé la admisión a trámite de la demanda, citando a las partes para los actos de conciliación y juicio en el plazo improrrogable de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda, debiendo mediar un mínimo de dos días entre la citación y la efectiva celebración de aquellos actos.

El art. 81.1. LRJS ha sido modificado por el art. 104.18 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, establece a propósito del defecto de falta de jurisdicción o de competencia que "el letrado o letrada de la Administración de Justicia, dentro de los tres días siguientes a la recepción de la demanda, requerirá a las partes y al Ministerio Fiscal de conformidad con el artículo 5, si entendiera que concurren los supuestos de falta de jurisdicción o competencia. Cumplido el trámite dará inmediata cuenta al juez, la jueza o el tribunal para que resuelva lo que estime oportuno".

El control de la jurisdicción o competencia del órgano sigue siendo de oficio, y la audiencia previa a las partes y al Ministerio Fiscal exigida por el art. 5 LRJS se mantiene,

si bien se impone al Letrado o letrada de la Administración de Justicia que requiera dentro de los 3 días siguientes a la recepción de la demanda a las partes y al Ministerio Fiscal, concediéndoles audiencia sobre este punto, debiendo resolver el juez o tribunal lo que estime oportuno.

Además del control de la jurisdicción o competencia deben ser comprobados los requisitos generales y específicos de la demanda, requiriendo a la parte para que subsane aquellos que lo sean en el plazo de 4 días.

Como se ha indicado, resulta especialmente relevante en las demandas de esta modalidad procesal la concreción del relato circunstanciado de los hechos que infringen el derecho fundamental, por lo que, de no apreciarse defectos en la redacción de la demanda y resultar admitida puede dar lugar al planteamiento por el demandado de la excepción de "defecto legal en el modo de proponer la demanda". Esta excepción prevista en el art. 416.5.ª de la LEC tiene escaso ámbito de aplicación en el ámbito laboral[607], pues el órgano judicial debe controlar de oficio dicho defecto o imprecisión en la redacción y advertir al demandante para que subsane en el plazo de cuatro días. De no ser apreciada por el órgano judicial y ser admitida a trámite, podrá el demandado alegar dicha excepción en el acto de la vista, de modo que se requerirá al actor para que proceda a su subsanación. De no ser opuesta por el demandado y tampoco apreciada por el órgano judicial, no cabrá proponer esta cuestión por primera vez en el recurso de suplicación[608].

Por último habrá de sujetarse a control de oficio la modalidad procesal elegida, pues si el demandante ha elegido inadecuadamente el proceso a seguir (por ejemplo ha elegido el de tutela cuando el mismo resulta excluido, como ocurre en los supuestos del art. 184 LRJS) o bien por los hechos indicados en demanda resulta de forma clara y directa que la demanda no tiene por objeto solicitar la tutela de ningún derecho fundamental, el juez habrá de inadmitirla, de conformidad con lo dispuesto en el art. 179.4 LRJS. La norma habla de "rechazar de plano", con advertencia al actor de que podrá promoverla por el cauce procesal correspondiente. Todo ello siempre que sea insubsanable la elección, pues cuando fuera posible, se dará a la demanda la tramitación ordinaria o especial que

[607] SAN, de 30 abril de 2018, proc. 68/2018, en proceso de despido colectivo (sobre la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda): "desde antiguo la jurisprudencia subrayó que la misma carece de cualquier virtualidad y resulta inaceptable en el proceso laboral toda vez que los arts. 80 y 81 de la ley adjetiva, excluyen su aceptación, en cuanto establecen y obligan al juez de instancia a que advierta previamente si la demanda cumple las exigencias formales previstas en el Art. 80 LPL". En el mismo sentido, la STS de 14 de febrero de 2007, rcud. 93/2006. Dicho criterio jurisprudencial continúa siendo aplicable tras la entrada en vigor de la LRJS, ya que en su Exposición de Motivos se pretende reforzar el principio tradicional rector del proceso laboral de garantizar la subsanación de los presupuestos formales que pudieran impedir un pronunciamiento sobre el fondo ya respondan a omisiones, imprecisiones o defectos en la demanda, falta de capacidad o representación, inadecuación de procedimiento con transformación de oficio del procedimiento seguido según el proceso que deba seguirse, litisconsorcio pasivo necesario o cualquier otra causa obstativa de orden procesal.

[608] STSJ del País Vasco, de 10 de julio de 2001, rsu 1310/2001.

proceda, si el órgano judicial fuera competente para ello y la demanda reuniese los requisitos exigidos por la ley para ese procedimiento.

3. Inadmisión de la demanda: especial referencia a la inadecuación de procedimiento

Como se ha indicado en el apartado anterior, la admisión de la demanda en esta modalidad procesal consta de un trámite específico, distinto y complementario del genérico y común del art. 81 LRJS, que resulta justificado por el carácter de cognición limitada, preferencia y sumariedad que caracterizan a este proceso.

Así, son causas de inadmisión de la demanda, por tratarse de defectos insubsanables, la falta de jurisdicción o de competencia del órgano judicial o la indebida acumulación de acciones, cuando el demandante no opta por una de ellas en el plazo de cuatro días que se le concede de conformidad con el art. 27.1 LRJS; si bien ni una ni otra aparecen reguladas en los arts. 177 y ss. como causas específicas de inadmisión[609]. Sí se regula específicamente, además de las causas de inadmisión genéricas de la demanda con arreglo al art. 81 LRJS, la de inadecuación del procedimiento en el art. 179.4 LRJS.

La STC 116/2001, de 21 de mayo, en relación con la apreciación de la inadecuación de procedimiento como causa de inadmisión, afirma que si bien el art. 24. 1 CE encierra el «derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de derechos e intereses legítimos» es imprescindible que el cauce procesal elegido sea el jurídicamente correcto, pues el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un derecho fundamental a procesos determinados; son los órganos judiciales los que, aplicando las normas competenciales o de otra índole, han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, sea o no el elegido por la parte actora[610]. Y que si bien el artículo 24.1 CE encierra el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, sea o no favorable, ello no es incompatible con la inadmisión cuando concurra alguna causa legal para ello[611].

El procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales tiene por expresa disposición legal un ámbito de cognición limitado, por lo que será el "alcance de lo pretendido" lo que determinará que sea calificado como adecuado o inadecuado por el órgano judicial competente la elección de este. Y la inadecuada utilización del cauce procesal ha de tenerse en cuenta no solo cuando el error se produzca entre la alternativa proceso de tutela/proceso ordinario, sino también cuando la elección errónea se produzca entre el proceso de tutela y otros procesos "modalizados"[612], que cobran especial

[609] CAVAS MARTÍNEZ, F. *El proceso laboral*…, cit., pág.308.
[610] Con referencia a las SSTC 21/1986, de 14 de febrero ; 20/1993, de 18 de enero, F. 5; 189/1993, de 14 de junio y 214/2000, de 18 de septiembre, que recogen dicha doctrina.
[611] SSTC 42/1992 de 30 de marzo, 145/1998, de 30 de junio y 198/2000, de 24 de julio, entre otras.
[612]STS de 27 de noviembre de 2019, rco. 95/2018, acerca de la inadecuada elección del proceso de conflicto colectivo en lugar del proceso de tutela de derechos fundamentales, alegada por la empleadora.

importancia por la imposibilidad de elección, como son los enumerados en el art. 184 LRJS.

Ahora bien, el carácter de "ius cogens" que predomina en materia de elección del procedimiento y su apreciación de oficio por el órgano judicial ha de conciliarse con el principio "*pro actione*", de modo que debe acudirse a una interpretación restrictiva de la excepción de inadecuación de procedimiento. La inadmisión de la demanda o su rechazo de plano, como indica el art. 179.4 ha de aplicarse exclusivamente cuando se cometan irregularidades en la elección del procedimiento que sean insubsanables, o cuando el recurso a la modalidad de tutela se haya realizado en fraude de ley o bien cuando quepa apreciar sin duda alguna, que el acto impugnado no ha repercutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados"[613]. El TS en sentencia de 20 de junio de 2000, rcud. 4140/1999 reitera la doctrina constitucional respecto al art. 177.3 LPL (actual 179.4 LRJS).

Como venimos señalando, la apreciación de la inadecuación de procedimiento y el rechazo de plano de la demanda requerirá que la elección sea insubsanable, lo que lleva a realizar algunas consideraciones:

a) Se apreciará la inadecuación de procedimiento cuando no quepa reconducir la pretensión a la modalidad procesal especial u ordinaria correspondiente, por no reunir los requisitos exigidos por la ley para estas o por no ser competente el órgano judicial para conocer de ellas. En otro caso, se dará a la demanda trámite por esta otra modalidad procesal, no solo en la fase de admisión de demanda, "sino en cualquier momento desde la presentación de esta, cuando fuere advertida la inadecuación del procedimiento seguido", de acuerdo con lo dispuesto con carácter general por el art. 102.2 LRJS. Con ello se pretende limitar los pronunciamientos absolutorios en la instancia por inadecuación del procedimiento con la consiguiente remisión a otro proceso posterior, pues especialmente tratándose de acciones sujetas a plazos de caducidad no cabrá ejercitar nuevamente la demanda[614].

---

[613] STC 24/1983, de 6 de abril.

[614] DEL VALLE DE JOZ, J.I., "Comentario al artículo 102 LRJS" en BARRIOS BAUDOR, G.L., (Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2020, pág. 717. Como indica el autor, en alguna ocasión se ha reconocido los efectos procesales propios de la modalidad adecuada, al no haberse producido indefensión a ninguna de las partes, evitando así cercenar el derecho del trabajador de acceso al proceso. Así en la STS de 20 de octubre de 2009, rcud. 2956/2008, en su Fundamento de Derecho Segundo, a propósito de la caducidad de la acción de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cuando esta no ha sido ejercitada cumpliendo los requisitos del artículo 41 ET: "…Hacer una interpretación extensiva de un instituto tan severo como es el de la caducidad, cuando es jurisprudencia, que esta Sala sentó ya en sus sentencias de 27-septiembre-1984 (RJ 1984, 4489) , 21-abril-1986 (RJ 1986, 2213) , 22-enero-1987 (RJ 1987, 109) , 9-febrero-1988 (RJ 1988, 598) y 24-mayo-1988 (RJ 1988, 4287) , que la caducidad `como medida excepcional del ordenamiento que, para proteger el interés derivado de la pronta estabilidad y certidumbre de situaciones jurídicas pendientes de modificación, impone la decadencia de determinados derechos o facultades por el mero transcurso del tiempo, no puede ser objeto de interpretaciones extensivas que cierren la posibilidad de un examen material del fundamento de la pretensión cuando el ejercicio de ésta no resulta claramente extemporáneo".

Ahora bien, resultarán limitados los supuestos en que cabrá reconducir la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales cuando esta ha sido inadecuadamente elegida, por el amplio abanico de pretensiones que se remiten a otra modalidad procesal en el art. 184 LRJS, muchas de ellas sujetas a plazo de caducidad, siendo este uno de los supuestos (junto a la invocación exclusivamente de infracciones de legalidad ordinaria) que podrían dar lugar al rechazo de plano de la demanda de tutela de derechos fundamentales por inadecuación de procedimiento[615].

No obstante, en aquellos casos en los que, por ejemplo, la modalidad elegida sea la de tutela de derechos fundamentales y se accione frente a un despido sufrido con lesión de derechos fundamentales, si la demanda se ejercita en el plazo de caducidad de veinte días, se lleva a cabo la adecuada alegación de los hechos extintivos y su vinculación con la lesión del derecho fundamental cuya tutela se reclama (siempre y cuando reuniese los requisitos exigidos por la ley para el procedimiento de despido) resulta contradictorio que no se pueda aplicar la regla general del art. 102 LRJS, dándose a la demanda el curso procedente.

Una vez extendidas todas las garantías de la modalidad procesal de tutela a las modalidades a las que efectúa el reenvío el art. 184 LRJS y salvo por el intento de conciliación previa en las escasas modalidades que lo exigen (despido, impugnación de sanciones, extinción de la relación laboral por acoso...), la elección no resulta en estos casos, "insubsanable". En cuanto al trámite de conciliación previa, el mismo podría completarse o subsanarse. El escollo a esta reconducción sería la posible indefensión generada en la parte demandada, circunstancia que no parece que se produzca por la falta del intento de conciliación, dadas las posibilidades de conciliación voluntaria (preprocesal y judicial anticipada que prevé la legislación procesal). Por último, la doctrina sentada desde antiguo por el TS de favorecer el ejercicio de las acciones, evitando las rigurosas y excesivas consecuencias que podría tener la apreciación de la inadecuación procesal permitirían esta interpretación: “aun comportando la infracción de normas de orden público, naturaleza que tienen las procesales, [la inadecuación de procedimiento] no debe ser apreciada, con los consiguientes efectos de nulidad, más que cuando implique la ausencia de los requisitos indispensables para que sea alcanzado el fin ínsito al proceso o a los actos procesales afectados o cuando comporta la indefensión de parte”[616].

---

[615] CAVAS MARTÍNEZ, F., "Comentario al art. 179", en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.) , Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social, Editorial Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 935. Solo en dos supuestos sería pertinente la inadmisión de la demanda de tutela por inadecuación de procedimiento: cuando la pretensión ejercitada queda fuera de esta modalidad procesal por proceder *ex lege y ratione materiae* otra distinta (art. 184 LRJS) o cuando la causa petendi se limite a invocar infracciones de legalidad ordinaria.

[616] STS de 23 de octubre de 1993, rec. 3758/1992. Vid también STS de 11 de junio de 1997, rco.3729/1996: “el hecho de que formalmente la demanda identifique la modalidad procesal (de conflicto colectivo, p. ej.) de manera errónea, pero cumpliendo con las exigencias propias del tipo de procedimiento correspondiente (de impugnación de convenio, p. ej.) no puede determinar que se estime automáticamente la inadecuación de procedimiento”.

Se ha considerado también que no resultaría factible la reconducción del procedimiento de tutela de derechos fundamentales al procedimiento de conflicto colectivo no seleccionado, porque este último "tiene una configuración extremadamente particular en cuanto a legitimación de las partes y efectos"[617], de forma que se considera que el ejercicio de tan concreta acción no puede acordarse de oficio por el órgano judicial, sustituyendo con ello a la voluntad de la parte , que es a quien corresponde dicha opción de forma personalísima.

No se ha apreciado inadecuación de procedimiento en el supuesto de opción por la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, aunque el proceso ordinario era el adecuado, en supuestos de la reclamación de una delegada de personal cuyo mandato había sido revocado, argumentando el Tribunal Supremo[618]: "… que si bien la modalidad adecuada era la de proceso ordinario en lugar de la especial de tutela del derecho de libertad sindical, esa anomalía no presupone la estimación de la inadecuación de procedimiento, pues no se ha lesionado el derecho de defensa, ni ha resultado indefensión para las partes, dado que se respetaron todas las garantías procedimientos (sic) legalmente previstos interviniendo incluso el Ministerio Fiscal, cuando no era necesario"[619]. Concluye el alto tribunal que la sentencia de suplicación no debió declarar la inadecuación de procedimiento y la nulidad de la sentencia, sino resolver sobre las restantes causas de nulidad ejercitadas en relación al procedimiento electoral, dando curso a la demanda por los trámites del procedimiento ordinario. Todo ello resulta coherente con el principio *pro actione* y el carácter opcional del proceso de tutela de derechos fundamentales, pues a idéntico resultado se podría haber llegado de haber recurrido la parte actora al procedimiento ordinario con alegación en el mismo de la vulneración del derecho de libertad sindical.

El TS, en sentencia de 17 de junio de 2014, rcud. 157/2013[620] reitera doctrina recordando cuál es el ámbito del proceso de tutela que determina la adecuación o no de la elección de esta modalidad procesal: "el ámbito del proceso en cuestión comprende las pretensiones que tengan por objeto la tutela de un derecho fundamental, con una doble precisión: 1ª) que lo que delimita esa pretensión es la lesión del contenido esencial del derecho en su configuración constitucional o en las normas ordinarias de desarrollo que concretan esa delimitación, sin comprender las facultades que hayan podido ser adicionadas por normas infraconstitucionales, a las que el art.176 se refiere como 'fundamentos diversos' a la tutela del correspondiente derecho fundamental (principio de cognición limitada) y 2ª) que lo decisivo, a efectos de la adecuación del procedimiento, no es que la pretensión deducida esté

[617] Véase Auto del TSJ de Madrid, de 27 de mayo de 2020, rsu. 318/2020.
[618] STS de 21 de noviembre de 2006, rcud. 3137/2005.
[619] En idéntico sentido, las SSTS de 26 de julio de 2004, rcud. 2334/2003 y de 19 de enero de 2004, rcud. 4179/2002.
[620] También en STS, de 14 de julio de 2006, rcud. 5111/2004.

correctamente fundada y deba ser estimada, sino que formalmente se sustancie como una pretensión de tutela[621], es decir, que se afirme por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental".

Se ha estimado que el proceso de tutela de derechos fundamentales es el cauce procesal adecuado cuando se trata de un procedimiento de promoción interna, en el que se alega vulneración del art. 14 CE, al haberse visto relegado el actor sin causa justificada[622]; también en la reclamación del complemento de maternidad por aportación demográfica en la pensión de jubilación deducida por el demandante varón y basada en la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, pues "nada impide que una pretensión de seguridad social se encauce por el procedimiento de vulneración de derechos fundamentales" y así se deriva de los arts. 26.6 y 140.1 LRJS[623] o en las acciones de reclamación de incumplimiento de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, cuando ha existido riesgo para la vida, salud e integridad física, como en los supuestos acaecidos bajo la vigencia de la pandemia del COVID-19, sin que quepa considerar "abusiva" o "fraudulenta" la utilización de esta modalidad procesal.

b) La posibilidad de apreciación de la inadecuación de procedimiento es de carácter eminentemente procesal, no de fondo, y como tal constituye una cuestión de orden público que ha de ser controlada de oficio por el órgano judicial. El proceder del órgano judicial debe ser la comprobación de todo ello en la fase preliminar de admisión de demanda, lo que deberá realizar basándose en un juicio de adecuación de procedimiento, evitando entrar al fondo del litigio, pues no se valora en este momento la justeza de la pretensión o si el demandante tiene razón, sino si el procedimiento es el adecuado para conocer de esta[624]. Los supuestos de inadmisión de la demanda por esta causa quedarán limitados a aquellos en los que no se invoque lesión alguna de derecho de un derecho fundamental, de modo que lo planteado sea exclusivamente una cuestión de legalidad ordinaria (no así cuando se planteen ambas conjuntamente, lesión de un derecho fundamental y otras de legalidad ordinaria, relacionadas con el mismo, sin perjuicio en este caso del control sobre la posible acumulación indebida de acciones), cuando intente tramitarse por esta modalidad cualquiera de las pretensiones contempladas en el art. 184 LRJS (con las

[621] Reitera doctrina ATS de 28 de febrero de 2019, rcud. 2850/2018.
[622] STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, de 3 de octubre de 2019, rsu. 1406/2019.
[623] STSJ de Castilla La Mancha, de 28 de octubre de 2022, rsu. 1436/2022, y ello aunque el proceso de seguridad social no es de los enumerados en el artículo 184 LRJS que permite acumular cuestiones de legalidad ordinaria y de legalidad constitucional, pues el título de pedir no es otro que la vulneración del derecho fundamental en la falta de reconocimiento del complemento por nacimiento de hijos y el "restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión".
[624] STC 31/1984, de 7 de marzo.

consideraciones realizadas ut supra) o cuando se haya recurrido a esta modalidad en fraude de ley.

c) Además, y por la cierta cercanía o confusión entre las excepciones de inadecuación de procedimiento y el defecto legal en el modo de proponer la demanda (dos caras de una misma moneda), el órgano judicial deberá antes de proceder al rechazo de plano y archivo de la demanda, requerir en fase de admisión, que se proceda a la subsanación de la demanda, por falta de alegación del derecho fundamental o falta de claridad de los hechos constitutivos de la vulneración, que exige el art. 179.3 LRJS. Si así no se hiciera, aún cabría su subsanación con posterioridad, de ser excepcionada por el demandado.

d) Si a pesar de la subsanación, la modalidad de tutela del derecho fundamental elegida por el demandante resultara inadecuada, debe el juzgador, como se ha indicado, antes de rechazarla de plano, dar a la demanda la tramitación ordinaria o especial que proceda, si la demanda reuniera los requisitos exigidos para este otro y el órgano judicial fuese competente. Y además no resulta algo potestativo, sino un deber : "el juez o la Sala dará a la demanda…". Y en esa reconducción al procedimiento correspondiente a la verdadera naturaleza de la pretensión ejercitada, ha de tenerse en cuenta la aplicación de las diversas normas sobre legitimación, plazos de ejercicio (caducidad[625] o prescripción), contenido mínimo de la demanda, requisitos de procedibilidad, etc., de este otro procedimiento[626].

e) Si no concurrieran las circunstancias necesarias para poder dar a la demanda la tramitación correspondiente, procederá a rechazar de plano la demanda con archivo de las actuaciones, pero solo una vez agotadas las posibilidades de subsanación; de modo que ello quedará reducido a escasos supuestos: como la negligencia o pasividad del demandante en la subsanación de la demanda (art. 81.1 LRJS) o la utilización abusiva y en fraude de ley de esta modalidad procesal, o bien por tratarse de uno de los supuestos del art. 184 LRJS y no quepa reconducción al mismo o bien por persistir el actor en la modalidad procesal inadecuada.

f) El rechazo o inadmisión de la demanda aún conlleva un último deber del órgano judicial, que es advertir al demandante del derecho que le asiste a promover la acción por el cauce procesal correspondiente.

g) La resolución que habrá de dictarse para la inadmisión de la demanda, aunque no indique nada la ley, debe adoptar forma de auto, contra el que cabrá interponer recurso de reposición, de conformidad con el art. 186.2 LRJS.

[625] Así, no cabrá reconducción si el procedimiento adecuado está sometido a plazo de caducidad (STS de 30 de noviembre de 2018, rcud. 215/2017).
[626] Véase STS de 27 de enero de 2015, rcud. 28/2014.

IV. MEDIDAS CAUTELARES

Con carácter general, la LRJS permite solicitar medidas cautelares en cualquier procedimiento ordinario o especial, como se deduce del art. 79 LRJS, que remite para su adopción "a lo dispuesto en los arts. .721 a 747 de la LEC con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social".

La interpretación de los anteriores preceptos de la LEC se resume de manera clarificadora en el Auto del TSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2020, medidas cautelares núm. 44/2020:

"1) En primer lugar, tanto la solicitud de la parte actora, como los trámites seguidos por el Tribunal, han de cumplir los requisitos formales que exige la LEC para poder implementar medidas cautelares.

2) En segundo lugar, el principio de homogeneidad[627]. Es decir, debe existir una correlación entre la medida cautelar que se insta y la súplica de la demanda, de modo que no cabe acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución que se dicte en el proceso principal.

3) En tercer lugar, el principio de idoneidad. Esto es, la medida suscitada ha de ser la idónea para tutelar con naturaleza cautelar la eventual eficacia futura de la pretensión enjuiciada en el proceso, y a la luz, naturalmente, de cuál sea el contenido de esta última.

4) En cuarto lugar, el principio de proporcionalidad, esto es, una proporcionalidad entre los bienes jurídicos protegibles, cuya tutela judicial se demanda y el tipo de medida solicitada.

5). En quinto lugar, el llamado "fumus boni iuris", relativo a la necesidad de que la medida cautelar no se adopte por la autoridad judicial sino ante la constatación de elementos de juicio que arguyan sobre la apariencia de sostenibilidad o buen fundamento de la pretensión que ejercita quien insta la medida (pues solo así se justifica que tales medidas restrictivas puedan acordarse en el estadio inicial del proceso).

6) En sexto lugar, el llamado "periculum in mora", esto es, la necesidad de que la medida cautelar se adopte ante la existencia cierta del riesgo de que, por el transcurso del tiempo imprescindible para sustanciar el litigio, quede frustrada la ejecución del futuro pronunciamiento que culmine la fase jurisdiccional declarativa".

El art. 180 LRJS regula las concretas medidas que pueden solicitarse en esta modalidad procesal en función de la tutela que se pretende obtener, si bien ello no impedirá que se pueden solicitar cualesquiera otras previstas con carácter general en el art.79 LRJS, como

[627] STC 40/1995, de 13 de febrero: "siendo uno de los caracteres fundamentales de las medidas cautelares la homogeneidad con las medidas ejecutivas, es decir, el que anticipan en parte los efectos de la decisión final, resulta evidente que no cabe acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final".

el embargo preventivo, si este es necesario "para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia"(art. 180.1, in fine LRJS).

También hay previsiones específicas sobre la adopción de medidas cautelares en otros procesos especiales, como el de conciliación de la vida familiar y laboral (art. 139.1 LRJS), la protección de víctimas de violencia de género (139.2 LRJS) o la impugnación de actos de la Administración en materia laboral y de seguridad social (art. 152 LRJS).

Para completar la regulación aplicable a las medidas cautelares habrá que tener en cuenta los arts. 721 a 747 de la LEC, que se aplican con carácter supletorio en esta materia por remisión del art. 79 LRJS; así como los preceptos 129 a 136 LJCA, también de aplicación supletoria cuando el proceso verse sobre impugnación de actos de las administraciones públicas en materia laboral y de seguridad social.

La medida típica cautelar en esta modalidad sigue siendo la suspensión de los efectos del acto impugnado, de la que nos ocupamos a continuación.

1. La suspensión de los efectos del acto impugnado y demás medidas cautelares innominadas

El art. 180.1 LRJS amplía respecto del anterior 178 LPL el número de medidas cautelares a solicitar por el actor, pues junto a la suspensión del acto impugnado se añade cualquier otra medida que sea necesaria "para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia"[628].

En cuanto al tipo de medidas cautelares que se pueden solicitar no cabe duda que pueden ser todas aquellas que permitan garantizar la eficacia del pronunciamiento de la sentencia en su día[629], pues el art. 180.1 LRJS viene a realizar una habilitación general, que cabe entender, en cuanto a la clase de medidas cautelares, tanto aquellas negativas como positivas (no limitadas como en la anterior norma a la suspensión de efectos del acto impugnado) y respecto de los derechos fundamentales protegibles de modo cautelar, cualquier derecho fundamental - no solo la libertad sindical-, pudiendo ser aplicados respecto de cualesquiera modalidades procesales, como aquellas a las que se remite el art. 184 LRJS. La medida cautelar deberá ser adoptada por el juez o tribunal previa audiencia

[628] BLASCO JOVER, C., "Comentario al artículo 180" en *Comentarios a la Ley Reguladora...,* cit, pág. 1190: "De este modo, si anteriormente y a raíz de la defectuosa redacción del art. 178.3 LPL pudiera haberse generado algún tipo de duda por lo que respecta al objeto de la medida cautelar, ahora ya no hay margen para la misma, en tanto que la dicción del art. 180 LRJS resulta clara: se podrá acordar, frente a la lesión de cualquier derecho fundamental o libertad pública, tanto la suspensión del acto impugnado como cualquier otra medida que sea necesaria".

[629] SALINAS MOLINA, F., "Aspectos constitucionales de las medidas cautelares", en *Actum Social* núm. 83, Editorial Lefevre, 2014, pág. 22. El autor destaca la aplicación supletoria de la normativa civil y por ello se refiere a los principios contenidos en la Exposición de motivos de la LEC: "… como principios inspiradores que es dable sirvan de criterios interpretativos también en el orden social dada la supletoriedad de la norma civil -, que «esta Ley ha optado por sentar con claridad las características generales de las medidas que pueden ser precisas para evitar que se frustre la efectividad de una futura sentencia, perfilando unos presupuestos y requisitos igualmente generales, de modo que resulte un régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de número limitado o cerrado".

de las partes y el Ministerio Fiscal (principio de contradicción) debiendo aportar la parte solicitante un principio de prueba respecto de la justificación y proporcionalidad de la medida, salvo en supuestos de urgencia excepcional, como se verá más detalladamente al tratar la tramitación del incidente cautelar.

Siendo estas las reglas generales para la adopción de cualquier medida cautelar, el apartado segundo del art. 180 LRJS se refiere en concreto a la medida de suspensión señalando que solo podrá acordarse cuando la ejecución del acto de que se trate "produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad" y "siempre y cuando no ocasione una perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos"[630]. Deberá hacer el juzgador una valoración de los intereses en conflicto, un juicio de proporcionalidad ya exigido por el apartado 5 del art. 180 LRJS a propósito de la tramitación del incidente cautelar, pero que se reitera en la medida suspensiva de actos, al incidir en que la misma no puede causar una perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades protegidos, lo que exigirá para su adopción de la realización por el órgano judicial de un adecuado juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad[631].

2. La suspensión de los efectos del acto lesivo en las demandas de tutela de la libertad sindical

La LRJS, a diferencia de la derogada LPL, ha establecido un regla general con relación a la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto impugnado, si bien, como excepción y respecto de las demandas de tutela de libertad sindical mantiene la limitación de supuestos en los que podrá deducirse la suspensión del acto impugnado ("sólo se podrá deducir la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando las presuntas lesiones impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de las personas trabajadoras y que puedan causar daños de imposible reparación").

---

[630] CAVAS MARTÍNEZ, F., "Comentario al art. 180", en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social...,* cit., pág. 938. El autor recuerda que esta previsión se corresponde en el proceso constitucional con lo dispuesto en el art. 56.2 LOTC.

[631] Las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; 159/2009, de 29 de junio; 206/2007, de 24 de septiembre; y 173/2011, de 7 de noviembre, entre otras, han reiterado que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)», juicio que habrá de realizarse en el caso de que la medida cautelar solicitada pudiera ser restrictiva de otros derechos y libertades.

Respecto a la anterior regulación ya surgieron diferentes interpretaciones de la redacción dada a este precepto.

De conformidad con una de las interpretaciones [632], eran necesarios dos presupuestos para acordar la suspensión del acto impugnado: a) que el acto que se vaya a suspender se trate de una lesión producida en los ámbitos indicados y que impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva (tanto estatutaria como extraestatutaria), o la reestructuración de plantillas (hay que considerar incluidas aquí las negociaciones para la suspensión y extinción de los contratos de trabajo por las causas previstas en los arts. 47 y 51 ET), u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de las personas trabajadoras (por ejemplo la participación en el proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo colectivas); b) que el acto impugnado pueda causar daños de imposible reparación. En definitiva, que concurran en cualesquiera de los supuestos enumerados el "periculum in mora", el riesgo de que la tardanza en la suspensión del acto pueda frustrar la finalidad de la sentencia.

Otra línea interpretativa[633] consideraba que el art. 178.1 LPL establecía dos grupos de supuestos en los que era procedente la suspensión, estando en los tres primeros "implícito" el periculum in mora o la existencia de daños que devienen de imposible reparación (aquellas conductas que impidan la participación de candidatos en el proceso electoral, el ejercicio de la función representación o sindical respecto de la negociación colectiva o respecto de los procesos de reestructuración de plantillas). El segundo grupo estaría constituido por la cláusula final de cierre que admite la suspensión en cuestiones colectivas que afecten al interés general de las personas trabajadoras y tengan una importancia trascendental, donde ya no se presume el periculum in mora, sino que habrá de acreditarse el carácter irreversible del daño.

Esta limitación de las causas de suspensión en los supuestos de ataque al derecho de libertad sindical se ha justificado por la utilización abusiva de esta figura, especialmente en el ámbito del proceso contencioso-administrativo[634], si bien también se advirtió que esta limitación es más aparente que real en la práctica, pues al permitir la suspensión en los supuestos de ejercicio de funciones representativas o sindicales y otras cuestiones de

---

[632] GÁRATE CASTRO, J. *La tutela…,* cit. pág. 129 y VALDÉS DAL RÉ, F. "El proceso de protección…", cit. pág. 509.

[633] PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "La tutela judicial de los derechos fundamentales...", cit. pág. 249, CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela*…, cit. pág. 334. BLASCO JOVER, C., "Comentario al artículo 180 LRJS" en Comentarios a la Ley Reguladora…, cit. pág.1195. Esta autora considera que no cabe deslindar entre supuestos de hecho por un lado y consecuencias gravosas de los actos lesivos por otro. "…Máxime cuando uno de los presupuestos básicos que debe concurrir para que se puedan solicitar y aplicar medidas cautelares es que exista, como antes se ha dicho, periculum in mora, esto es, que el acto impugnado sea susceptible de causar daños irreparables que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad. Por ello, creo que es más oportuno entender que lo que la norma desea es deslindar tres supuestos de hecho bien delimitados entre sí".

[634] CRUZ VILLALÓN, J., "Las modalidades procesales…", cit., pág. 382.

importancia trascendental que afecten al interés general de las personas trabajadoras solo quedarían excluidos los supuestos de derechos de titularidad individual y siempre y cuando no fueran, a su vez, actividad sindical de representación[635].

El mantenimiento de esta reducción de las causas de suspensión en el derecho de libertad sindical no parece cumplir una finalidad "necesaria" hoy día, cuando sí se admite con carácter general la suspensión como medida cautelar en el supuesto de vulneración del resto de derechos fundamentales y libertades públicas. Así, en un supuesto de negativa de la empresa a permitir la asistencia a las reuniones del Comité de empresa de los miembros del mismo afiliados al sindicato CCOO que habían sido despedidos, la adopción de medidas cautelares solicitadas en un proceso de tutela de libertad sindical independiente al de despido se deniegan, por la falta de previsión legal que permita el mantenimiento de las funciones representativas más allá del despido; no porque el supuesto no fuera incardinable en "cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación". Además se aprecia también la falta de periculum in mora, pues los representantes legales habían sido sustituidos en el ejercicio de sus funciones representativas por otros candidatos, de modo que no se daría el presupuesto de daños de imposible reparación[636].

3. Las medidas cautelares en las demandas de tutela del derecho de huelga

Se regula específicamente por primera vez las medidas cautelares en los procesos de tutela del derecho de huelga: "Podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando, en caso de huelga, se impugnen exclusivamente los actos de determinación del personal laboral adscrito a los mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, así como cuando se impugnen los actos de designación del personal laboral adscrito a los servicios de seguridad y mantenimiento precisos para la reanudación ulterior de las tareas. El órgano jurisdiccional resolverá manteniendo, modificando o revocando la designación de personal adscrito a dichos servicios conforme a las propuestas que, en su caso, formulen al respecto las partes" (art.180.3 LRJS).

En el ámbito del derecho de huelga, la impugnación de las disposiciones que establezcan las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad y, en su caso, de los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin son competencia del orden contencioso-administrativo (art. 3.d LRJS), pero lo son del orden social las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en esos servicios mínimos, así como para el conocimiento de los restantes actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto laboral conforme al RDL 17/1977, sobre Relaciones de Trabajo.

[635] BAYLOS GRAU, A. CRUZ VILLALÓN, J. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Instituciones…,* cit. pág. 210.
[636] Vid. STS 25 de abril de 2023, rcud. 4371/2019.

Respecto del derecho de huelga no existe regulación expresa que establezca los criterios a seguir para proceder a la selección de trabajadores que no van a poder ejercer su derecho fundamental a la huelga.

No obstante, cabe recordar que el art. 6.7 del RDL prevé que "el Comité de Huelga habrá de garantizar la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa". Y en su último inciso atribuía al empresario la designación de las personas trabajadoras que realizarían dichos servicios. Este último inciso fue declarado inconstitucional, por Sentencia del TC 11/1981, de 8 de abril[637] debiendo realizarse la designación de trabajadores con la concurrencia y participación del Comité de huelga.

En cuanto a la designación de personal para cubrir los mínimos cuando se trata de servicios esenciales para la comunidad, será la autoridad gubernativa la que "podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de esos servicios y adoptar, a tales fines, las medidas de intervención adecuadas".

A uno y otro supuesto se refiere el art. 180.3 LRJS, de modo que la designación que se realice de las personas trabajadoras que no ejercerán el derecho de huelga puede ser impugnada ante la jurisdicción social a través de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, bien porque en la selección se haya incurrido en discriminación o arbitrariedad o bien porque no se haya tomado la decisión con conocimiento del Comité de huelga[638]. Y en ese proceso de impugnación será en el que el actor podrá solicitar las medidas cautelares que prevé el art. 180.3 LRJS, consistentes en "el mantenimiento, revocación o modificación" de las designaciones efectuadas, tras ponderar el juez los intereses en conflicto y valorar "las propuestas que formulen al respecto las partes".

En el extremo opuesto se encuentran los supuestos en los que la medida cautelar no tenga por objeto garantizar la efectividad del derecho de huelga, sino que consista en la suspensión de la huelga convocada, por considerar que la misma tiene un fin ilícito, por ejemplo, cuando pretende modificar el convenio colectivo aplicable y su desarrollo puede generar un grave desorden organizativo [639], concurriendo aquí los dos requisitos para la

[637] FJ 20 de dicha sentencia: "…la designación hecha unilateralmente por el empresario priva a los trabajadores designados de un derecho, que es de carácter fundamental. Por ello, no es inconstitucional la totalidad del apartado 7 del art. 6, pero sí el último inciso del mismo. La adopción de las medidas de seguridad no compete de manera exclusiva al empresario, sino que en ellas participa el comité de huelga que es quien las garantiza con la inevitable secuela de que la huelga en que el comité no preste esta participación podrá ser considerada como ilícita por abusiva".

[638] BLASCO JOVER, C., "Comentario al artículo 180", *Comentarios a la Ley Reguladora...,* cit., pág. 1192.

[639] Auto AN de 14 de mayo de 2015, proc. 131/2015, acuerda la suspensión de la huelga convocada por la Asociación de futbolistas españoles con fundamento en la doctrina constitucional, por todas, STC de 21 de diciembre de 1988, rec. 254/1988 o de 16 de diciembre de 1986, rec. 159/1986: "…sentado que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los

adopción de la medida cautelar: de un lado, la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado (la probable o verosímil ilicitud de la huelga) con lo que se lesiona claramente el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante ("*fumus boni iuris*") y de otro lado, "el perjuicio que acarrearía si no se adoptara la medida solicitada, ya que se producirían situaciones que impedirían o dificultarían gravemente la tutela judicial que pudiera otorgarse caso de una eventual sentencia estimatoria" (*periculum in mora*). Así pues, cabe admitir la tutela cautelar frente al ejercicio ilícito de un derecho fundamental.

4. Las medidas cautelares en las demandas de protección frente al acoso y las seguidas por víctimas de violencia de género

Se regulan también de forma específica medidas cautelares en los procesos de tutela referidos a la protección frente al acoso , así como en los procesos seguidos a instancia de la trabajadora víctima de la violencia de género para el ejercicio de los derechos que le son reconocidos en tal situación, disponiendo que "podrán solicitarse, además, la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquéllas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste" (LRJS art.180.4).

La modalidad procesal para el ejercicio de los derechos reconocidos a la víctima de violencia de género (reducción de jornada, horario flexible, adaptación de horario...) no es el de tutela de derechos fundamentales, sino la modalidad de conciliación de la vida familiar y laboral (art. 139.2 LRJS) a la que cabe acumular la indemnización de daños y perjuicios derivados de la negativa o demora en su efectividad[640]. El repertorio de medidas cautelares contenido en el apartado 4. del art. 180 LRJS puede solicitarse tanto en aquella modalidad procesal como en los supuestos de acoso (que sí se tramitan a través de la modalidad procesal que nos ocupa).

Este artículo contiene una previsión garantista, coherente con la protección de las víctimas del acoso y de la violencia de género recogidas en las normas que se han ido dictando, como el art. 21 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (que dispone que "la trabajadora víctima de

límites a que ha de someterse el ejercicio de los mismos. (…) …Y el derecho de huelga es, como todos, un derecho limitado y también es un derecho que admite y precisa una regulación legal". El auto concluye que, si bien nada impide la huelga durante el período de vigencia del Convenio colectivo, cuando la finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterar el Convenio, como puede ser reclamar una interpretación del mismo o exigir reivindicaciones que no impliquen modificación del Convenio, sí tendrá carácter ilícito cuando tenga por objeto la modificación del convenio vigente. Con arreglo a ello admite la medida cautelar propuesta, subrayando que se trata de un juicio provisional, que podría ser modificado, en su caso, cuando se entre a conocer de la demanda principal, debiendo la demandante responder con la caución ofertada.

[640]CAVAS MARTÍNEZ, F., "Comentario al artículo 180" en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social,* cit., pág. 939.

violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo") y conecta directamente con el art. 28 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación que prevé: "la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores".

Entre las medidas que contempla se encuentra la de suspensión de la relación laboral y exoneración de la prestación de servicios. La primera implica la suspensión de las obligaciones que derivan de la relación laboral para ambas partes, de modo que el trabajador no prestaría su trabajo y tampoco percibiría la prestación salarial; mientras que la segunda supondría exclusivamente la exoneración de la obligación que incumbe a la parte trabajadora, pero no la exención del abono del salario. A pesar de esas diferencias, parece que el legislador las coloca en el mismo plano "suspensión de la relación laboral o exoneración de la prestación de servicios", cuando tienen efectos distintos[641]. A fin de realizar una interpretación sistemática hay que tener en cuenta la redacción del art. 79.7 LRJS que prevé, respecto de los procesos en los que se ejercite la acción del art. 50 ET y la conducta empresarial pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas, la posibilidad de acordar alguna de las medidas cautelares previstas en el art. 180.4 LRJS, "con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios". A la vista de este precepto hay que entender que cuando el art. 180.4 LRJS se refiere a la suspensión o exoneración de servicios lo hace como términos sinónimos, pues carecería de justificación que el mantenimiento del deber empresarial de cotizar y abonar los salarios estuviera previsto solo para los supuestos en los que se ejercita la acción de extinción del art. 50 ET y se ha producido vulneración de derechos fundamentales y no en cualquier otro en el que se solicite tutela frente a la lesión[642].

El otro grupo de medidas cautelares incluidas son aquellas que se refieren al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades, en cuyo caso deberá darse audiencia a este. Se trata de reconocer al perjudicado la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares que no le afectan a él directamente y a sus condiciones de trabajo (suspensión o exoneración de servicios, traslados, reordenación o reducción del tiempo de trabajo…), sino al causante de la lesión. Dicha previsión pretende otorgar una

[641] BLASCO JOVER, C., *"*Comentario al artículo 180"...cit., pág. 1196.
[642] BLASCO JOVER, C., *op. últ.* cit. pág. 1196: "Una correcta comprensión de los preceptos en juego y la necesidad de que exista cierta coherencia interna entre las normas de un mismo cuerpo legal obliga, a mi entender, a considerar que, en estos especiales supuestos, el instituto de la suspensión presentará una específica particularidad, siendo competencia del órgano judicial decretar que se siga manteniendo, en este concreto supuesto, la obligación de mantener el pago del salario".

protección integral de la víctima, en tanto en cuanto que las medidas que afecten solo a esta última pueden no resultar suficientes para alcanzar la tutela frente a la agresión.

Cabría plantearse si es necesario demandar al causante de la lesión en todo caso para poder solicitar la adopción de medidas cautelares frente a este. Para algunos autores, no habría que demandarlo expresamente, pues de ser así, no sería necesario concederle audiencia en este trámite, pues ya la tendría reconocida como parte del proceso en cualquier caso[643]. El 177. 4 LRJS, a propósito de la legitimación pasiva en los procesos de acoso o de lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, indica que: "corresponderá a la víctima elegir la clase de tutela que pretende, sin que deba ser demandado necesariamente el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare".

Aunque el precepto parece apoyar la tesis de que no resulta necesario demandar al sujeto activo de la lesión, establece dos excepciones: que "se pretenda la condena de este" o "pudiera resultar afectado por la resolución que se dictare"; circunstancia esta última que, por la propia naturaleza de estas medidas, dirigidas al vulnerador de los derechos o libertades, se dará en todos los supuestos. La adopción de medidas cautelares respecto al causante directo de la lesión implicará una afectación directa de este, aunque cautelar o provisional, por lo que resulta obligada su audiencia en el trámite de adopción de la medida, aunque resulta más discutible la necesidad de demandarle en todo caso, por ese único motivo, salvo que se pretenda su condena. Una interpretación sistemática, entendiendo el término "resolución que se dictare" como referido a la "sentencia" en que se decide sobre la tutela del derecho fundamental (y no como el auto que se dicte en el proceso de incidente cautelar) permite abonar la tesis de la innecesariedad de demandar al acosador o sujeto causante de la lesión, si no se pretende su condena en el proceso principal.

5. Trámites para la adopción de las medidas cautelares

Por último y por lo que respecta a la tramitación del incidente cautelar, la regulación sigue rigiéndose por reglas semejantes a las ya precedentes de la LPL.

El art. 180.5 LRJS establece que la solicitud de las medidas cautelares pueda hacerse en momento diferente al de la presentación de la demanda, pues indica: "De haberse solicitado medidas cautelares, dentro del día siguiente a la admisión de la demanda o a la solicitud". Cabe impetrar la tutela cautelar en el escrito de demanda o en otro posterior y distinto ("solicitud") antes de la sentencia, o incluso en fase de recursos o de ejecución.

El letrado o letrada de la Administración de Justicia deberá citar a las partes y al Ministerio Fiscal a una audiencia preliminar dentro de las 48 horas siguientes "sobre la justificación y proporcionalidad de las medidas, en relación con el derecho fundamental

[643] BLASCO JOVER, C., *op. últ*. cit. pág. 1196.

y el riesgo para la efectividad de la resolución que deba recaer, debiendo aportar la parte solicitante el necesario principio de prueba al respecto."

La audiencia preliminar es necesaria siempre, incluso en los supuestos de "urgencia excepcional", si bien en estos puede dilatarse su celebración a un momento posterior, adoptando de forma "cautelarísima" las medidas solicitadas. En nuestro pasado reciente se han producido situaciones calificables de "urgencia excepcional", como la pandemia provocada por el virus SARS-COV-2, en los que se llegaron a dictar autos que admitían las medidas pretendidas, ante el desabastecimiento de medios de prevención, al no permitir el contexto de la crisis sanitaria provocada esperar hasta la articulación de la demanda[644]. No obstante, también se dictaron otros que rechazaban de plano esta práctica y ello habida cuenta de las dificultades que generaba al no poderse conocer con precisión el objeto del proceso; conocimiento éste de singular importancia tanto a efectos de valorar si la medida cautelar resultaba razonable y adecuada[645], como para apreciar la competencia del órgano jurisdiccional para acordarla, pues su competencia queda vinculada a la competencia objetiva, funcional y territorial para conocer del proceso principal[646]. Por ello, al igual que ocurre con la pretensión principal, a la que el art. 80.1.a) LRJS obliga a expresar "la modalidad procesal a través de la cual entienda que deba enjuiciarse su pretensión", en el escrito de solicitud de medidas cautelares también ha de indicarse la pretensión que pretende ejercitar y la modalidad procesal, a fin de determinar la competencia del órgano judicial ante quien se presenta.

En el supuesto de medidas cautelarísimas solicitadas para reclamar la dotación de equipos de protección individual al personal sanitario, a raíz del Covid-19, la competencia puede corresponder tanto a los Juzgados de lo Social (si la pretensión principal es un procedimiento ordinario para reclamar los Epis para determinados trabajadores), como al TSJ autonómico o a la AN (si se trata de un conflicto colectivo en aplicación de las normas en materia de prevención de riesgos laborales y en función del ámbito territorial al que se extienda)b e incluso ser competencia de otra jurisdicción, si se plantea como una reclamación de tutela de derechos fundamentales, al implicar a personal funcionario,

[644] AATSJ Madrid, de 17 de abril de 2020, proc. 318/2020 y País Vasco, de 27 de abril de 2020, proc. 22/2020.

[645] ATSJ del País Vasco, de 30 de abril de 2020, proc. 24/2020, se desestiman las medidas cautelarísimas solicitadas (consistentes en el desarrollo de aplicaciones informáticas a fin de poder realizar más tareas telemáticamente o mediante teletrabajo), al no ser posible acordarla en ese momento, de manera inmediata "puesto que, interesada como medida cautelarísima, es decir, por razones de urgencia, su adopción con tal carácter no es técnica ni razonablemente posible".

[646] AATSJ Madrid, de 27 de mayo de 2020, proc. 318/2020, realizando una labor que alcanza a completar y corregir la petición de la parte actora (al amparo del art. 102.2 LRJS), entendió que la medida cautelarísima se solicitaba con intención de plantear posteriormente una demanda de conflicto colectivo "para reclamar equipos de protección individual en favor de todos los empleados de las dos entidades (Consejería de Sanidad y SERMAS) que prestasen servicios en los centros señalados, todo ello en base a la normativa de prevención de riesgos laborales".

estatutario y laboral (por la vis atractiva de la jurisdicción contenciosa cuando de tutela de derechos fundamentales de funcionarios y personal estatutario se trata).

5.1. SOLICITUD

Por lo que se refiere a la legitimación activa para solicitar las medidas cautelares, el apartado 1 del art. 180 hace referencia al "actor" exclusivamente, lo que hace plante el interrogante respecto a la legitimación del sindicato o las entidades promocionales, cuando intervienen como coadyuvantes o del Ministerio Fiscal. La respuesta parece que ha de ser negativa, pues la medida cautelar se anuda al proceso y a su existencia así como al papel del litigante principal y no al de mero coadyuvante que no tiene reconocida la posibilidad de personarse, recurrir o continuar el proceso contra la voluntad de la persona trabajadora perjudicada.

Como se ha dicho y así se deriva del apartado 5 del art.180 LRJS la solicitud de la medida cautelar puede realizarse en el mismo escrito de interposición de la demanda o con posterioridad, y ello por varias razones: la primera, porque el proceso puede alargarse más de lo inicialmente previsto y la segunda, porque el atentado al derecho fundamental puede agravarse durante el curso de este y lo que en un primer momento no se consideraba que pudiera causar perjuicios de imposible reparación, después puede requerir la solicitud y adopción de la medida cautelar[647].

Cabría la solicitud de medidas cautelares con carácter previo a la demanda solo en los supuestos en los que concurra una urgencia excepcional.

El art. 730.2 de la LEC establece que "podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad". Este precepto resulta contradictorio con la previsión del apartado 5 del art.180, que respecto de las medidas a acordar en supuestos de urgencia, indica que la adopción podrá efectuarse "al admitirse a trámite la demanda", sin perjuicio de la celebración posterior de la comparecencia con audiencia de las partes.

No obstante, puesto que el art. 79 LRJS remite a la regulación que efectúa la LEC de las medidas cautelares (arts. 721 a 747 LEC) cabría también solicitar medidas cautelares antes de la demanda y en este caso, con mayor motivo al tratarse de la protección de derechos fundamentales.

Esta solicitud anticipada de medidas cautelares, con carácter previo a la presentación de la demanda, en "pieza separada" plantea ciertos problemas, como la necesidad de fijar por el solicitante la pretensión que pretende ejercitar con posterioridad, pues el contenido de la futura demanda tiene una total relevancia para determinar el órgano competente para

[647] BLASCO PELLICER, Á., LÓPEZ TERRADA, E. "Proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas" en *El Proceso Laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social,* BLASCO PELLICER, A. y ALEGRE NUENO, M. (Dirs.),Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pág. 1229.

conocer de la solicitud de medidas cautelares que, de conformidad con el art. 723.1 LEC, solo lo será el que sea competente para conocer de la demanda principal. También plantea la necesidad de presentar la demanda con posterioridad (siendo aplicable aquí el plazo de veinte días establecido en la LEC), a fin de evitar la provisionalidad indefinida de las medidas cautelares y de que lleguen a quedar sin causa o razón de ser, pues solo se justifican por la excepcionalidad y urgencia de la situación.

5.2. TRAMITACIÓN

El apartado quinto del art. 180 LRJS establece que "de haberse solicitado medidas cautelares, dentro del día siguiente a la admisión de la demanda o a la solicitud, el secretario judicial citará a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el día y hora que se señale dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, comparezcan a una audiencia preliminar". La urgencia en la celebración de esta audiencia exigirá la práctica de citaciones mediante la utilización de medios de citación rápidos que lo hagan posible (telegrama, correo electrónico, fax…). A la audiencia habrán de comparecen las partes, así como el Ministerio Fiscal y los coadyuvantes, si los hubiere (si bien la incomparecencia de estos últimos no impedirá el desarrollo de la misma. De no comparecer el demandante se archivará el incidente cautelar, de no hacerlo el demandado, se celebrará sin su asistencia, poniendo fin al mismo mediante resolución y acordando lo que proceda.

La comparecencia se desarrollará con la audiencia de ambas partes, si bien sólo se admitirán alegaciones y pruebas "sobre la justificación y proporcionalidad de las medidas, en relación con el derecho fundamental y el riesgo para la efectividad de la resolución que deba recaer, debiendo aportar la parte solicitante el necesario principio de prueba al respecto".

Cabría la adopción de medidas cautelares "inaudita parte" (antes de la presentación de la demanda o al presentar esta), lo que como ya se indicado obedecería a una lógica de extremada urgencia que no permite esperar a que la parte articule plenamente su demanda o bien a que se celebre previamente la audiencia de ambas partes y el Ministerio Fiscal. En este caso, las medidas se adoptarían por el órgano judicial en pieza separada (en el primer caso) o al admitir a trámite la demanda (en el segundo) y ello sin perjuicio de la celebración posterior de la comparecencia con ambas partes para decidir sobre su levantamiento o mantenimiento.

5.3. RESOLUCIÓN

La resolución que pone fin al incidente adopta la forma de auto y ha de ser dictado de viva voz al término de la audiencia. Al establecer la forma oral, la ley está pensando en un órgano unipersonal, ahora bien, si se trata de órgano pluripersonal, se requerirá una

deliberación previa, que, en ningún caso condiciona la forma oral ni la necesidad de incorporarlo al acta[648].

Si el auto es desestimatorio de la solicitud de adopción de la medida cautelar, el proceso principal seguirá sus trámites. Si estima la medida cautelar solicitada habrá de contener los efectos de la misma, siendo además la medida inmediatamente ejecutiva con independencia de los recursos que procedan frente a las mismas. En este caso, recurso de reposición, que se resolverá mediante auto contra el que no cabe recurso alguno.

Por último en la sentencia que resuelva el proceso principal habrá de disponerse lo procedente sobre las medidas cautelares que se hubieran adoptado previamente", acordando o bien el levantamiento de las medidas cautelares porque se haya desestimado la pretensión o bien su mantenimiento con carácter definitivo.

V. ACTOS DE CONCILIACIÓN Y JUICIO. ESPECIAL REFERENCIA A LA FASE DE PRUEBA

1. Consideraciones generales

Como es propio del principio de sumariedad cuantitativa, que implica un acortamiento de los plazos para la celebración de los trámites procesales, el art. 181 LRJS dispone que " una vez admitida a trámite la demanda, el secretario judicial citará a las partes para los actos de conciliación y juicio" que habrán de celebrarse en el plazo improrrogable de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda, debiendo mediar como mínimo dos días entre la citación y la efectiva celebración de los actos de conciliación y juicio (frente al plazo general de diez días entre la citación y la efectiva celebración de dichos actos, que dispone el art. 82.1). De haber solicitado la adopción de medidas cautelares, la audiencia preliminar ha de celebrarse en el plazo de 48 horas, como ya se ha indicado. La brevedad de los plazos pone de manifiesto la voluntad del legislador de que los asuntos en los que se recaba la tutela de derechos fundamentales sean despachados con suma celeridad. En la práctica estos plazos se incumplen sistemáticamente, por el elevado volumen de asuntos que se tramitan ante la jurisdicción laboral, si bien no resulta ocioso indicar que el tiempo de dos días para que los demandados adquieran conocimiento de la demanda y puedan articular la defensa (alegaciones y prueba) resultaría excesivamente corto (por ejemplo, para la proposición de pruebas, resultaría sumamente difícil que en dos días pudiera solicitarse la citación judicial de testigos y que esta se llevara a cabo por el juzgado, o para preparar una prueba pericial…). A ello hay que sumar que el primer conocimiento que tiene el demandado de los hechos es a través de la demanda, ya que en esta modalidad procesal no es preceptivo el intento de conciliación ni la reclamación

[648] Vid. BLASCO PELLICER, Á. y LÓPEZ TERRADA, E. "Proceso de tutela de los derechos fundamentales…" cit., pág. 1230.

administrativa. Y si bien es cierto que esta modalidad está conceptuada con una preferencia absoluta respecto de cualquier otro procedimiento y como urgente a todos los efectos (celeridad en los trámites) ello no debe conducir a postergar o subordinar el derecho de defensa del demandado. Por tanto, cuando no se respete el ya corto plazo de dos días entre la citación del demandado y la celebración de la vista, las actuaciones serán nulas, teniendo en cuenta que el plazo comienza a correr a partir del día siguiente al de la notificación del acto de comunicación[649].

Antes de entrar en el estudio del análisis de prueba del juicio, hay que indicar una cuestión más y es la imposibilidad del demandado de formular reconvención, como ya se indicó en el Capítulo Segundo, de un lado porque a fin de evitar la indefensión del demandante, la viabilidad de la reconvención viene supeditada a su anuncio en el acto de conciliación o en el de contestación a la reclamación previa (actos preprocesales que nos son preceptivos en esta modalidad procesal; y de otro, la reconvención es inviable, al estar circunscrito el objeto del proceso al "conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad" (art. 178.1 LRJS).

2. La prueba en el proceso de tutela

El proceso laboral se ajusta a la regla general contenida en el anterior art. 1214 del Código Civil y actualmente en el art. 217 de la LEC, que distribuyen la carga procesal de la prueba, correspondiendo al actor y al demandado que sea reconviniente la carga de probar los hechos de los que se desprenda el efecto jurídico que se derive de las pretensiones de su demanda o reconvención y al demandado los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los anteriores[650].

También resultan aplicables al proceso laboral las restantes previsiones del art. 217 de la LEC, como la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes a la hora de aplicar las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, así como la excepcionalidad de las reglas generales cuando exista una disposición legal expresa que introduzca criterios específicos sobre esta última.

[649] STSJ de Madrid, de 27 de febrero de 2006, rsu. 564/2006: se discute si se respetó o no el plazo mínimo que debe mediar entre la citación y la efectiva celebración del juicio en la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales concluyendo que no fue así, pues la citación a juicio a la empresa se realizó el día 11 de julio de 2005 y se fijó como día de la celebración el 13 del mismo mes, pues con ello no se respeta el plazo mínimo en atención a los siguientes argumentos: 1) interpretación literal del artículo 179.1 LPL; 2) interpretación sistemática a la luz del artículo 133.1 LEC, en virtud del cual los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se hubiera efectuado el acto de comunicación del que la ley haga depender el inicio del plazo.

Estas especialidades se encuentran en la modalidad procesal de despido y aquellos otros que comparten su modelo[651], así como en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, introduciendo esta última, especialidades que tienen por objeto facilitar la tutela de tales derechos. La propia LEC en el apartado 5 del art. 271, si bien limitado a la discriminación por razón de sexo, orientación e identidad sexual, expresión de género o las características sexuales prevé que la carga probatoria del demandante se limite a una prueba indiciaria, de modo que sea el demandado el que deba aportar una justificación objetiva y razonable de la proporcionalidad de las medidas adoptadas. Por su parte, el art. 181 LRJS, en su apartado dos incluye idéntica previsión en materia probatoria, respecto a la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito del proceso laboral social: "…una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

Son, por tanto, distintas la entidad de la carga de la prueba de una y otra parte, así como su naturaleza, pudiendo distinguir entre una carga de la prueba consistente en "indicios" de vulneración, cuando se trata del demandante y una prueba "suficiente" del carácter objetivo y razonable de las medidas empresariales adoptadas y de su proporcionalidad, en el caso del demandado.

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia ha modificado la forma de aportación de la prueba en el proceso, que tenía como momento preclusivo el acto del juicio y se expresaba con la fórmula tradicional de "las partes deberán acudir al acto del juicio con todas las pruebas de que intenten valerse", para establecer respecto a la prueba de tipo documental y pericial su aportación anticipada con diez días de antelación a la fecha señalada para la celebración del acto del juicio (art. 82.5 LRJS). Aunque el precepto se refiere a que el requerimiento tendrá como objeto el previo traslado entre las partes de la prueba o la aportación anticipada, resulta evidente que este último también conllevará el traslado a las partes por parte del órgano judicial, que a fin de garantizar la paridad de armas habrá de ser simultáneo. Su aportación posterior, al acto del juicio, está sujeto a la concurrencia de alguno de los requisitos establecidos por el precepto (que coinciden con los motivos del recurso de revisión): tratarse de documentos de fecha posterior; de fecha anterior pero de conocimiento posterior de su existencia o de imposible obtención con anterioridad por causa no imputable a la parte, siempre que en este último caso se haya hecho "designación en plazo del archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación o anunciado, en su

[651] BLASCO PELLICER, A., *La prueba en el proceso laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, e-book, pág. 249: "esta equivalencia entre formalidad (roles procesales) y carga de la prueba se quiebra en el momento en el que el enjuiciamiento laboral establece alteraciones sobre la estructura de sus procesos, como ocurre en el proceso de despido y aquellos que comparten su modelo"

caso, el dictamen". Y en caso de no concurrir ninguno de los supuestos indicados, las otras partes podrán alegar la improcedencia de su toma en consideración, debiendo resolver el tribunal en el acto, en su caso con posible imposición de multa por mala fe procesal o ánimo dilatorio (en cuantía de 600 a 6000 euros, y en todo caso con el límite de la tercera parte del litigio).

No existe ninguna excepción a ese plazo de diez días hábiles para aportación de la prueba aunque el señalamiento haya de efectuarse en un plazo inferior, como ocurre en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales que prevé un plazo improrrogable de cinco días entre la admisión de la demanda y la celebración de los actos de conciliación y juicio (art. 181.1 LRJS). Aunque en este precepto no se establece la previsión del art. 90.3 LRJS que reduce el plazo para solicitar diligencias de preparación de prueba a tres días ha de entenderse igualmente aplicable a la aportación de y traslado por las partes, pues en otro caso resultaría imposible cumplir con el plazo legal de cinco días, propio de la característica de urgencia de esta modalidad.

2.1. La carga de la prueba de la parte demandante: la aportación de indicios de violación del derecho fundamental

Con arreglo al art. 181.2 LRJS, como hemos visto, la carga de la prueba del demandante se configura como una prueba indiciaria, teniendo que llevar a cabo la aportación de "indicios" de lesión del derecho fundamental, lo que supone, por una parte, que "el texto procesal no exige una prueba cumplida y concluyente de haberse producido la violación del derecho fundamental, conformándose con la constatación de indicios de tal violación"[652]y por otra, que no se exime al demandante de probar los hechos en los que se fundamente la demanda o causa de pedir, que sigue incumbiendo al actor, al que no se dispensa de la prueba de la lesión, de modo que no bastarán la mera alegación o afirmación de la existencia de lesión del derecho fundamental, sino que esta ha de reflejarse "en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella"[653].

La razón de exigir al actor solo una prueba indiciaria de la lesión del derecho fundamental radica en la especial dificultad de prueba de esta última, pues el desconocimiento de estos derechos se suele producir "bajo la cobertura formal del ejercicio de derechos y facultades

[652] STS de 4 de abril de 2017, rcud. 3466/2015, a propósito del despido de una trabajadora sometida a tratamiento de fecundación in vitro, apreciando indicios de vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo en el hecho del reconocimiento de la improcedencia del despido por parte de la empresa: "… que no acreditó que las causas del cese fueron completamente extrañas a la vulneración alegada por la trabajadora. Así, la empresa en ningún momento intentó justificar la procedencia del despido lo que podría haber eliminado cualquier sospecha de comportamiento discriminatorio; antes bien al contrario, ya en la instancia reconoció expresamente la improcedencia del despido que había efectuado a la trabajadora".

[653] SSTC 21/1992, de 14 de febrero, 180/94, de 20 de junio, 92/2008, de 21 de julio; 125/2008, de 20 de octubre y 2/2009, de 12 de enero".

reconocidos por las normas[654]. La amplitud del poder organizativo empresarial permite a la empresa ocultar una motivación vulneradora o lesiva a través de una apariencia de licitud[655].

Las reglas generales de distribución de la carga de la prueba, aun con la atemperación que ya supone la aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, (fácilmente aplicables a una relación como la laboral, caracterizada por la desigualdad real de las partes) "se muestran insuficientes cuando se trata de acreditar la lesión de derechos fundamentales y ello por las siguientes circunstancias :

> 1ª. La discriminación y la lesión de derechos fundamentales son conductas de gran variedad teórica y práctica, que no responden a un patrón común.
>
> 2ª. La discriminación y la lesión de derechos fundamentales son conductas habitualmente enmascaradas en una apariencia de legitimidad"[656].

Estas dificultades de acreditación han llevado a la elaboración por parte de la jurisprudencia constitucional de una doctrina de la prueba indiciaria[657], dirigida a favorecer que se desvelen las razones latentes de actos que puedan enmascarar una lesión de derechos fundamentales, justificada además por la situación de especial privilegio de los derechos fundamentales y las libertades públicas dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Así, desde la paradigmática sentencia del TC 38/1981, de 23 de noviembre, se ha establecido que incumbe a la parte demandada en el proceso judicial acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho fundamental de que se trate, de modo que la prueba indiciaria se articula en un doble plano: el primero, consistente en la necesidad por el actor de aportar indicios razonables de que el acto lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigida a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia[658], y solo una vez cumplido ese deber, pasará a recaer sobre la demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración o que estas causas tenían entidad suficiente para justificar la decisión.

Para el TC, la prueba indiciaria no supone una "inversión de la carga de la prueba" en sentido estricto, pues para ello sería necesario que se eximiera a la persona trabajadora de acreditar los hechos en los que sustenta su pretensión, si bien ello no es así, pues la

---

[654] STC 104/2014, de 23 de junio: "la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales no sean desconocidos (…) pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto litigioso".
[655] STSJ del País Vasco de 30 de noviembre de 2011, rsu. 2724/2011.
[656] LOUSADA AROCHENA, J.F., "La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 400, Centro de Estudios Financieros, 2016, pág. 20.
[657] SSTC 38/1981 de 23 de noviembre, 90/1997, de 6 de mayo, y 66/2002, de 21 de marzo.
[658] STC 207/2001, de 22 de octubre.

facilitación de la prueba mediante indicios no equivale a la ausencia de prueba por el actor.

El concepto de "indicio" forma parte del mecanismo de las presunciones[659]. En las presunciones se efectúa una operación lógica entre un hecho "indicio", que ha de ser debidamente acreditado y otro u otros cuyas consecuencias se pretenden deducir del anterior (hecho presunto o desconocido)[660]. Dicha estructura lógica propia de las presunciones requiere siempre la prueba o acreditación del hecho indicio[661]. El hecho presunto o desconocido no requerirá prueba, pero sí el hecho base, sin cuya prueba la presunción no surtirá efecto. Si la parte interesada en hacer uso de la presunción no consigue probar el hecho base, solo a ella corresponderá soportar las consecuencias desfavorables sin que quepa derivar una inversión de la carga de la prueba[662]. Se produce con esta prueba indiciaria un alivio, moderación o aligeramiento respecto a lo que sería una prueba plena de los hechos en los que se sustenta la pretensión del actor, frente a la mayor exigencia al demandado que debe acreditar que su conducta responde a un móvil lícito o de suficiente entidad para desvirtuar la posible presunción de discriminación o lesión.

El art. 178.2 de la LPL de 1990 hablaba de " una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical" y el actual 181.2 de la LRJS de "una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación

---

[659] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical*…, cit. pág. 346. También MONEREO PÉREZ, J. L., *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 31. BLASCO PELLICER, A., "La carga de la prueba en supuestos de. discriminación y tutela de derechos fundamentales" en *La prueba en el proceso laboral, Tomo IV,* ROMERO PRADAS, M.I. y GONZÁLEZ CANO, M..I. (Dirs.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017. *Disponible en: https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/978849143830,* pág. 308.

[660] BRAVO GUTIÉRREZ, P., "La prueba en el proceso laboral", *Anuario de la Facultad de Derecho*, número 38, Universidad de Extremadura, 2022, pág. 759, sobre la prueba de presunciones judiciales en el proceso laboral y su uso extendido en este. A pesar de ello, no hay referencia a las presunciones en la LRJS, debiendo acudirse a la LEC que, derogando las normas que al respecto contenía el Código Civil, las regula ahora en los arts. 385, las legales (las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Ejemplos típicos de las presunciones legales *iuris tantum* en el derecho laboral son la presunción de duración indefinida del contrato o la del carácter de accidente de trabajo de aquel ocurrido en el tiempo y lugar de trabajo. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba) y en el 386, las judiciales (a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano). También, sobre las presunciones como medio de inversión de la carga de prueba en el proceso laboral, TODOLI SIGNES, A. y TYC, A., "La carga de la prueba en el proceso laboral español comparado", *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* CEF, núm. 396, 2016, págs. 121 a 123.

[661] GORELLI HERNÁNDEZ, J., "La carga de la prueba y la tutela del trabajador", *Relaciones laborales,* nº 20, Editorial Wolters Kluwer, 2009, pág. 18, respecto a las presunciones legales: "…al trabajador no se le exonera de la carga de la prueba en sentido pleno. Muy al contrario han de probar los hechos base de la presunción, recayendo sobre el empresario a partir de ese momento la prueba de hechos que impiden la consecuencia de la presunción".

[662] CHOCRON GIRÁLDEZ, A., *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral : especial referencia a la "presunción de duración indefinida del contrato de trabajo",* Laborum, Murcia, 2004, pág. 135.

del derecho fundamental o libertad pública". La interpretación de la carga de la prueba exigida al demandante, teniendo en cuenta la terminología utilizada por la normativa procesal laboral fue, desde un principio, objeto de diferentes interpretaciones:

- Una interpretación literal que implica que el actor habrá de probar cumplidamente ("constatar" con su significado de comprobar) el hecho o hechos "indicio", de modo que sólo cuando estos resulten probados entrará en juego el desplazamiento de la carga de la prueba al demandado[663]. Se entiende el término "indicio" en el sentido técnico que corresponde a una prueba de presunciones.
- Una interpretación más amplia, de manera que no es preciso una prueba plena del hecho "indicio", entendido este como presupuesto base del esquema típico de la presunción judicial, bastando un "principio de prueba" que es una prueba semiplena de la que se consigue una verdad interina o provisional[664] o como afirma la jurisprudencia, siendo suficiente mostrar la existencia de un "clima discriminatorio"[665]. El término indicio se acercaría más al de una "señal o acción que manifiesta de forma inequívoca algo oculto"[666].

El "principio de prueba"[667] aparece en múltiples sentencias del TC, desde las primeras en la década de los 90[668] (cuando aún existía un cierto vaivén sobre qué era suficiente para desplazar la carga de la prueba, si la acreditación plena del hecho indiciario o el mero principio de prueba de este)[669] hasta la actualidad, afianzándose con el tiempo y siendo este junto con los indicios prueba suficiente de la lesión, al admitirse "diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba de la parte actora"[670]. Se reconoce "aptitud

---

[663] MONTERO AROCA, J., "Comentario al artículo 96" en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, AAVV, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 658. En la jurisprudencia, STC 21/1992, de 14 de febrero, habla de *"unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de ... discriminación"*.

[664] El principal exponente de dicha interpretación es el profesor MONEREO PÉREZ, J. que desarrolla su tesis del "principio de prueba" como técnica específica de facilitación de la carga de la prueba admisible en el sistema procesal laboral en *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, en concreto, en su Capítulo III, págs. 33 a 39.

[665] BAYI.OS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Instituciones..., op.* cit*.,* pág. 171, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo,* Madrid, 1994, págs. 210-2011.

[666] SSTS de 9 de febrero de 1996 y de 25 de marzo de 1998: "lo que es muy distinto de sospechar, que es imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencias".

[667] Se admite el principio de prueba como suficiente, en nuestro derecho, en el ámbito civil para admitir a trámite las demandas de filiación (art. 127 C. Civil.)

[668] Véase las SSTC 74/1998, de 31 de marzo y 87/1998, de 21 de abril.

[669] La STC 114/1989, de 22 de junio aludió, por primera vez, a la "razonable sospecha", mientras que la STC 135/1990, de 19 de julio volvió en exclusiva a los indicios como medio de prueba del demandante. A la "existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción", se refieren las SSTC 7/1993, de 18 de enero, 293/1993, de 18 de octubre y 85/1995, de 6 de junio. A dichos vaivenes en

su evolución inicial se refiere MONEREO PÉREZ, J., en *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 38, definiéndola como "un tanto ambigua sobre el alcance del mecanismo probatorio inserto en el referido grupo normativo regulador de la carga de la prueba".

[670] STC 49/2003, de 17 de marzo.

probatoria tanto a los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental"[671]. Pero siempre debiendo superar el umbral mínimo de conexión necesaria, pues la mera sospecha o falta de acreditación de elementos para que la conexión pueda apreciarse, no hará prosperar la queja[672]. Y ello es especialmente relevante, pues en la medida que no basta la mera alegación retórica, sino la muestra de la existencia de un panorama indiciario, entretanto este no resulte probado por el actor, aunque sea mediante un principio de prueba, no surge la obligación de la parte demandada de probar la existencia de una causa objetiva y razonable que justifique el acto al que se le imputa el móvil discriminatorio o lesivo[673].

Por su parte, el derecho de la Unión Europea, a propósito de la carga de la prueba en procesos discriminatorios remite a los Estados miembros y a sus órganos judiciales nacionales "la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta", con arreglo al Derecho nacional o a las prácticas nacionales[674] y facultando a los Estados miembros a introducir

[671] SSTC 17/2003, de 30 de enero, 49/2003, de 17 de marzo, 151/2004, de 20 de septiembre, 216/2005, de 12 de septiembre, 120/2006, de 24 de abril, y 168/2006, de 5 de junio.

[672] Junto a las ya mencionadas, reitera el TC la insuficiencia de la mera afirmación de unos hechos como principio de prueba en su sentencia 41/2006, de 13 de febrero: "en la aportación de una prueba verosímil o principio de prueba de la vulneración denunciada resultará insuficiente la simple afirmación de la discriminación o lesión de un derecho fundamental, lo mismo que reflejar tal afirmación en unos hechos". La jurisprudencia del TS también recoge la doctrina constitucional, véase SSTS de 13 de diciembre (rcud. 40/2021), caso *Capgemini España* y de 12 Sep. 2023, rcud. 100/2021: "nuestra doctrina viene insistiendo en la necesidad de distinguir entre la aportación de elementos probatorios suficientes para ser tenidos como prueba del indicio exigido para cuestionar la legitimidad constitucional del móvil de la actuación empresarial, y las que simplemente suponen meras sospechas y conjeturas sin base suficiente para dar lugar a tan importante efecto jurídico como es el de invertir la carga de la prueba".

[673] STC 41/2002, de 25 de febrero, a propósito del despido objetivo de una embarazada, impugnado como discriminatorio por razón de sexo no se ha considerado principio de prueba suficiente el mero hecho del embarazo de la trabajadora para que opere el desplazamiento de la carga de la prueba al empresario, ya que el silencio de la actora por miedo al despido impidió a la empresa conocer su estado, de modo que "Del conjunto de hechos probados no es posible deducir la existencia del hecho a probar: la existencia de un indicio o principio en el que basar la presunción de vulneración del derecho a la no discriminación por embarazo alegado por la recurrente en el recurso de amparo"; pues "… para que opere este desplazamiento al empresario del onus probandi no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio (STC 266/1993, de 20 de septiembre, FJ 2), sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una "prueba verosímil" (STC 207/2001, de 22 de octubre, FJ 5) o "principio de prueba" revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razón de sexo, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (por todas, STC 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 3)".

[674] Artículo 8.1 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, artículo 10.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y artículo 19.1 de la Directiva 2006/54, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación

en todas las fases de los procedimientos, un régimen probatorio que resulte más favorable a la parte demandante[675]

Se han considerado como indicios o principios de prueba de la lesión de los derechos fundamentales o de la discriminación los siguientes[676]:

a) El factor temporal o correlación en el tiempo entre el ejercicio del derecho fundamental y la actuación empresarial, especialmente importante a propósito de la vulneración de la garantía de indemnidad, como se verá, pero también en el ejercicio de otros derechos fundamentales, por ejemplo a propósito del ejercicio de los derechos fundamentales de la libertad de expresión o reunión y la resolución de cese[677].

b) La conducta empresarial en relación al demandante respecto a la de otros trabajadores comparables, de modo que quepa apreciar un trato diferente y desfavorable hacia el trabajador con respecto a los otros empleados, o la afectación individualizada de determinadas condiciones de trabajo o su modificación[678].

c) La existencia de conflictos previos o de antecedentes de lesión o discriminación[679]. Más que un indicio o principio de prueba se podría considerar una valoración de las circunstancias concurrentes que pueden ayudar a configurar el panorama indiciario lesivo de derechos fundamentales, en la medida en que reflejan una situación de conflicto mantenida en el tiempo[680].

d) La buena trayectoria previa de la persona trabajadora con anterioridad a la conducta empresarial vulneradora de los derechos fundamentales, junto al contexto de los acontecimientos puede ser un elemento o dato que apoye y proporcione fuerza o convicción a los indicios de lesividad.

e) El reconocimiento de la improcedencia del despido por el empresario, lo que supone una expresa manifestación o declaración de admisión de la ilegalidad de su conducta (entre otras, STC 2/2009, de 12 de enero).

---

[675] Artículos 8.2 de la Directiva 2000/43/CE, 10.2 de la Directiva 2000/78/CE y artículo 19.2 de la Directiva 20006/54/CE.

[676] Sobre los indicios más habitualmente tenidos en cuenta por la doctrina judicial véase LOUSADA AROCHENA, *La prueba de la discriminación*…,cit., págs. 24 a 26, JURADO SEGOVIA, A., "Comentario: sobre la caracterización jurídica del acoso moral en el trabajo a la luz de los pronunciamientos judiciales", *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, págs. 200 y 201,

[677] STC 29/2000, de 31 de enero.

[678] STC 101/2000, de 10 de abril estima el recurso de amparo por vulneración de la garantía de indemnidad al declararse procedente el despido del trabajador de RTVE, que al igual que otros compañeros habían interpuesto demandas declarativas de su derechos a ostentar la condición de fijos laborales de TVE, " "considerando no sólo el indicio de la proximidad temporal entre el reconocimiento del carácter laboral de la relación y su extinción, sino también la circunstancia de que la empresa hubiera actuado de igual modo con otros trabajadores en la misma fecha y con similares argumentos, según resultó acreditado".

[679] Véase SSTC 326/2005, de 12 diciembre, STC 41/2006, de 13 de febrero y 2/2009, de 12 de enero.

[680] En este sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F., *La prueba de la discriminación*…,cit., págs. 25 a 27.

f) En los supuestos de discriminación salarial por razón de sexo, el art. 28.3 prevé que en empresas con al menos 50 personas trabajadoras, si el promedio de las retribuciones a las personas trabajadoras de un sexo es superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas". Previsión esta que supone una presunción o indicio de discriminación por razón de sexo, que ha de destruir el empresario en el propio registro salarial, aportando una justificación, que habrá de ser objetiva y razonable[681].

g) En fases previas a la contratación, como en un proceso selectivo, en la que el trabajador ha alegado de forma verosímil que reúne las condiciones previstas en la oferta de trabajo, la denegación total de acceso a la información por la parte demandada, si ha contratado a otro candidato, "puede constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta"[682], en virtud de la excesiva dificultad, cuando no imposibilidad del demandante de tener acceso a esa información del proceso selectivo. Aunque el TJUE no reconoce ese "acceso a la información" como un derecho que derive de las Directivas comunitarias en materia de igualdad de trato y no discriminación, sí entiende que puede ser un factor a tener en cuenta que deberá valorar el tribunal nacional, teniendo en cuenta las restantes circunstancias del litigio del que esté conociendo.

La enumeración no es exhaustiva y el demandante habrá de aportar cuantos hechos-indicio resulten necesarios para dar lugar al efecto jurídico de exigir al demandado la aportación de la justificación de la objetiva razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada. En caso contrario, no se aplicará la consecuencia prevista en el art. 181.2 LRJS, sino la regla general de distribución de la carga de la prueba del art. 217 LEC[683].

2.2. La implicación judicial en la aportación de la prueba del demandante

La protección de los derechos fundamentales, que lleva a facilitar la carga de la prueba del demandante, siendo suficiente una prueba indiciaria, no se agota ahí. Desde la STC 41/1999, de 22 de marzo, si el demandante trata de aportar indicios de la discriminación o lesión de un derecho fundamental y propone pruebas para ello que son admitidas por el

---

[681] BALLESTER PASTOR, M.A., "El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol", *Femeris*, vol. 4, núm. 2, pág. 23, doi: https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4763 19,

[682] STJUE de 19 de abril de 2012, caso Galina Meister contra Speech Design Carrier Systems GmbH, asunto 415/10.

[683] STS de 27 de septiembre de 1993, rcud. 3034/1992.

órgano judicial, este ha de cooperar activamente en el despliegue de toda la actividad procesal probatoria necesaria, de modo que no debe desentenderse de si dichas pruebas son o no finalmente aportadas. De no ser así, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva (24 CE), pues solo practicada prueba suficiente de la existencia de indicios de lesión, recaerá sobre el demandado la obligación de aportar al proceso una "justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". Esta interesante sentencia que tiene su origen en la tutela colectiva del derecho a la igualdad y no discriminación (la acción es ejercitada por un sindicato) y que plantea la existencia discriminación sexista indirecta en el acceso al empleo de las mujeres en la empresa Fasa-Renault, concede el amparo por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. La falta de aportación o práctica de las pruebas propuestas por el demandante puede derivar en la no inversión de la carga de la prueba, de modo que una forma de "reequilibrar" adecuadamente esta situación de menor facilidad probatoria del demandante es la obligación del órgano judicial de velar, al menos, porque las pruebas propuestas y admitidas sean aportadas, incluso mediante el recurso al acuerdo de oficio a través de diligencias para mejor proveer.

Dicha implicación judicial resulta de la coexistencia en el proceso laboral del principio de aportación de parte con ciertas manifestaciones del principio de investigación, cuando se trata de la prueba indiciaria en procesos de tutela de derechos fundamentales[684]. Continúa diciendo la citada sentencia: "…en tales casos el principio dispositivo no puede ser aplicado por los jueces y Tribunales a modo de barrera formal infranqueable que exonere a éstos de cumplir su ineludible función garantizadora de los derechos fundamentales en juego. En tal sentido el mandato discriminatorio contenido en el art. 14 CE obliga a una interpretación y aplicación de las normas procesales, orientadas a propiciar la más efectiva y favorable tutela del derecho fundamental".

En esa línea abierta por el TC de exigencia de una mayor implicación judicial en la aportación de la prueba, cuando en el proceso se plantea una cuestión de discriminación, algún autor ha afirmado que el art. 95.3 LRJS, a propósito de la facultad del órgano judicial de recabar el dictamen de organismos públicos, ha de entenderse como una "obligación" y no como una mera potestad, a pesar del tenor literal del precepto ("podrá")[685].

2.3. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRUEBA DE INDICIOS EN LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

[684] BLASCO PELLICER, A., LÓPEZ TERRADA, E., "Proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas", cit, pág.1235.

[685] LOUSADA AROCHENA, J.F., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley…,* cit. pág. 67.

La aplicación de la anterior doctrina se extiende a todos los supuestos de vulneración de un derecho fundamental, incluida la garantía de indemnidad (art. 24 C.E.)[686]. Resulta necesario para que el demandante pueda generar el panorama indiciario que se ponga en relación el factor protegido (que no es otro que "cualquier actuación conducente al ejercicio de sus derechos de defensa") y el resultado de perjuicio (que con altísima frecuencia será la extinción contractual posterior, o bien cualquier otra conducta empresarial, como la imposición de sanción, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, rebaja de salario... que implican una represalia por el ejercicio previo del derecho a la tutela judicial).

La prueba indiciaria tiene unas características determinadas cuando se trata de la tutela de la garantía de indemnidad: por un lado, la importancia que tiene el factor temporal por la propia dinámica de la garantía de indemnidad (en cuanto que la conducta empresarial vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva se produce siempre como "reacción" tras las actuaciones de la persona empleada para el ejercicio de sus derechos laborales, de modo que siempre será necesario estudiar la distancia temporal entre ambas) y por otro, la necesidad de determinar qué actos son los "activadores" de dicha protección.

Como es sabido, hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, se limitaban estos actos al ejercicio de acciones judiciales y a los actos previos o preparatorios de las mismas (interposición de papeleta de conciliación, reclamación previa a la demanda y excepcionalmente, reclamaciones internas a la empresa[687]), así como a las denuncias ante la Inspección de Trabajo u otros órganos administrativos. Estos actos suponían, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la violación del art. 24.1 CE, pero no eran indicios de vulneración de ese derecho que por sí solos desplazaran al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto[688] .

---

[686] STC 183/2015, de 10 de septiembre: "Ninguna razón existe para sustraer tal esquema de garantías en supuestos como el analizado".

[687] Vid. STS 15 de noviembre de 2022, rcud. 2645/2022, en la que se estima la nulidad del despido, por haberse producido tan solo un día después de haber reclamado internamente el trabajador el reconocimiento de las horas extras realizadas: "Como regla general, las reclamaciones internas en el seno de la empresa no activan la garantía de indemnidad. Pero si un trabajador efectúa una reclamación interna e inmediatamente después es despedido, sin que la empresa acredite la existencia de incumplimientos que justifiquen la extinción contractual, debemos concluir que la imposibilidad de formular la reclamación judicial con anterioridad al despido es imputable únicamente al empresario*"*. El contexto temporal resulta determinante incluso para otorgar a los actos de reclamación interna de la empresa el carácter activador de la garantía de indemnidad. A propósito del carácter "excepcional" de las reclamaciones internas a la empresa como actos activadores de la garantía de indemnidad en la jurisprudencia y solo si, además, existe manifestación del reclamante de "acudir a los tribunales", véase TODOLÍ SIGNES, A., "Acerca de la activación de la garantía de indemnidad por reclamaciones internas del trabajador", en MARTÍN POZUELO LÓPEZ, Á., LÓPEZ TERRADA, E., TODOLÍ SIGNES, A. y SALA FRANCO, T., *Jurisprudencia Social a debate. 2ª Edición corregida y aumentada*. Tirant lo Blanch, 2023, págs. 239 a 246 https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411695121

[688] SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 4, y 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 3.

No era indicio suficiente que activara la garantía de indemnidad la mera negativa de la persona trabajadora ante la conducta empresarial previa, sino que era necesario un acto "positivo" (ejercicio de acciones judiciales o de denuncia ante órganos administrativos), de modo que la negativa de la trabajadora a aceptar el ofrecimiento empresarial de conversión del contrato indefinido en otro fijo discontinuo, como medida para evitar el despido objetivo, no se consideraba un indicio de nulidad del despido[689].

La Ley del Derecho de Defensa ha extendido ese reducido número de actos motivadores de la garantía de indemnidad a "cualquier actuación conducente al ejercicio de los derechos de defensa" por la persona trabajadora (art. 12.3 y Disposición adicional tercera.1), ya la lleve a cabo ella misma o sus representantes legales. La protección se extiende en el apartado 2 de la D. A. al "cónyuge, pareja de hecho y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que presten servicios en la misma empresa, aun cuando éstos no hubieran realizado la actuación conducente al ejercicio de sus derechos", en aplicación de la doctrina de la discriminación por asociación, de modo que resultan protegidos frente a las represalias por el ejercicio del derecho de defensa, no solo su titular sino también su cónyuge y familiares que presten sus servicios en la misma empresa[690].

Esta nueva regulación del derecho de defensa cambia la prueba de indicios radicalmente pues esta se extenderá a cualquier actuación conducente al ejercicio del derecho de defensa, ya sean actos positivos o negativos de la persona trabajadora. En este nuevo escenario, parece que el factor temporal o existencia de conexión en el tiempo entre el acto activador de la garantía y la posterior represalia en forma de sanción, despido…, habrá de existir, pero su apreciación será más difícil al haberse ampliado los actos que activan la garantía de indemnidad a "cualquier actuación de la persona trabajadora".

El factor temporal implica la concurrencia inmediata en el tiempo o consecutiva de los actos, de forma que se pueda apreciar la necesaria relación de causa-efecto entre el ejercicio del derecho de defensa de la persona trabajadora y la represalia empresarial, en cuanto que conducta obstaculizadora de la anterior.

Dicho factor temporal, como ya hemos mencionado, se considera un indicio relevante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[691] y no planteará problemas en muchos casos por la evidente proximidad temporal de ambas[692]. No obstante, cuanto mayor sea

[689] STS de 20 de febrero de 2019, rcud. 3941/2016.

[690] Supuestos ya reconocidos por la doctrina

[691] SSTC 125/2008, de 20 de octubre, FJ 4, o 140/2014, de 11 de septiembre, FJ 8.

[692] Se ha apreciado la conexión temporal entre la interposición de demanda previa de modificación sustancial de las condiciones de trabajo ante la reducción de jornada efectuada por la empresa (seguida de desistimiento de la acción por la trabajadora ante la oferta de solución del problema por parte de la empresa, días antes de la celebración del juicio) y la posterior extinción de la relación laboral llevada a cabo semanas después de la notificación de dicho desistimiento en la STC 125/2008, de 20 de octubre que señala "…solo podría llegarse a la conclusión de la Sentencia recurrida sobre la inexistencia de nulidad del acto extintivo:

la distancia temporal entre ambos, mayores dificultades pueden hallarse para su estimación. A título de ejemplo, se ha considerado indicio suficiente para activar la garantía de indemnidad el hecho de que el acto empresarial se haya producido un mes y medio después de la realización de actos previos y preceptivos para la interposición de la demanda (como la reclamación previa[693]) o cuatro meses después de la presentación de papeleta de conciliación[694], ocho meses después[695] o incluso transcurridos nueve meses[696]. Por el contrario no se ha considerado indicio suficiente el hecho de que transcurrieran 6 meses entre la denuncia ante la Inspección de Trabajo y el despido[697], o el transcurso de año y medio[698].

2.4. La prueba de indicios en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción

En relación con la anterior garantía de indemnidad procede hacer referencia a la protección otorgada por la Ley 2/2023 (denominada comúnmente Ley del informante o whistleblower)[699] en el supuesto de represalias por la realización de comunicaciones o revelaciones públicas en los términos de dicha norma. El término de represalias ha llevado a plantear que la garantía vulnerada es la de indemnidad y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), si bien la actuación que realiza el informante al amparo de esta ley no supone el ejercicio de acciones de tutela de derechos propios, por lo que presenta mayores similitudes o paralelismos con la protección que el TC[700] ha otorgado a quien testifica en un juicio frente a posibles represalias en el contexto laboral, supuesto en el

---

i) si no se hubieran aportado indicios de la vulneración aducida; ii) si, de concurrir éstos, se hubiera despojado con su alegato de todo fundamento al nexo o conexión indiciaria probada por la trabajadora (constituidos señaladamente, según las propias resoluciones judiciales dictadas en el proceso, por la correlación temporal entre extinción contractual y acción judicial de modificación sustancial de condiciones de trabajo); iii) particularmente, como concreción de lo dicho en la letra anterior y frente al factor de conexión temporal aducido, si se hubiera aportado una justificación causal que desvinculara efectivamente su acto extintivo de la previa acción judicial, ya que en ello reside la conexión con la garantía de indemnidad del art. 24.1 CE."

[693] STS de 24 de junio de 2020, rcud. 3471/2017, en el que se aprecia despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad de la trabajadora de la Universidad de Murcia que prestaba servicios en virtud de diversos contratos administrativos y que es cesada un mes y medio después de haber interpuesto reclamación previa instando la declaración de relación laboral indefinida.

[694] STS de 8 de noviembre de 2023, rcud. 2524/2021.

[695] STSJ de Cataluña 14 de julio de 2011, rsu. 2472/2011.

[696] STSJ de Cantabria de 15 de junio de 2010, rsu. 415/2010.

[697] STSJ de Asturias de 25 de octubre de 2013, rsu. 1676/2013.

[698] STS de 22 de enero de 2019, rcud. 3701/2016. Véase un estudio pormenorizado de dicha casuística temporal respecto al factor temporal en TODOLI SIGNES, A., "La garantía de indemnidad ante denuncias en la ITSS e internas en la empresa: Análisis de un quiero y (a veces) no puedo en la doctrina judicial", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, 2020, págs.103-105.

[699] En desarrollo de la Directiva Europea 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

[700] STC 197/1998, de 13 de octubre afirma que quien cumple con un deber –como es el de testigo– en protección de otro derecho fundamental –art. 24 CE– no puede sufrir represalias por ello.

que también ha matizado que la tutela frente a las represalias no deriva de la garantía de indemnidad propiamente dicha (art. 24 de la CE), sino del derecho a la libertad de expresión, en su vertiente de derecho a comunicar información veraz (art. 20.1. CE). Este sería también el derecho fundamental que cabe considerar vulnerado en el supuesto de los sujetos protegidos por la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Dicha ley se aplica en el ámbito material laboral respecto de las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 2.3 de la Ley 2/2023) y en el ámbito personal a los sujetos que trabajen tanto en el sector público como en el privado y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional, ya finalizada la relación laboral o incluso en el proceso de selección (art. 3 de la Ley 2/2023).

Se protege a los informantes de las posibles represalias por realizar dicha comunicación, considerando como tales, a título enunciativo, entre otras: la suspensión del contrato de trabajo, el despido o extinción de la relación laboral, la no renovación de un contrato temporal o la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una vez superado el período de prueba, las sanciones, el acoso, la evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral, la discriminación, o trato desfavorable o injusto…

Dichas represalias además de constituir infracciones administrativas muy graves y ser merecedoras de sanción (art. 63 de la citada ley) resultan tutelables por el trabajador a través de la modalidad procesal que nos ocupa (parece que ahora sí, tras la Ley 5/2024, como vulneración de la garantía de indemnidad, dada la amplitud en que resulta definido su contenido), si bien de lo que no cabe duda es que dichas represalias frente al informante por la parte empleadora constituye vulneración del derecho de libertad de expresión[701] e información[702], o incluso pueden suponer actuaciones discriminatorias (art. 14 CE), por ejemplo, en caso de representantes sindicales que hayan prestado tareas de asesoramiento

[701] DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Ley 2/2023, de protección de los informantes. Problemas aplicativos desde una perspectiva laboral", *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 4 (Número Extraordinario. Tormenta de Reformas), pág. 46. https://doi.org/10.20318/labos.2023.7929. La autora considera que en estos casos el derecho en juego es la libertad de expresión y el derecho de información, pues así se pronuncia el TEDH (Sentencia de 14 de febrero de 2023, Asunto Halet vs. Luxemburgo). También el TC considera vulnerado el derecho a la libertad de expresión de la persona trabajadora (sentencia 146/2019, de 26 de noviembre) por ejemplo, en el supuesto de despido del trabajador como consecuencia de una denuncia previa efectuada ante el Ayuntamiento (titular del servicio público objeto de la contrata) sobre el deficiente funcionamiento del centro de trabajo donde prestaba sus servicios.

[702] La propia Directiva europea 2019/1937, establece en su Considerando 31 que "las personas que comunican información sobre amenazas o perjuicios para el interés público obtenida en el marco de sus actividades laborales hacen uso de su derecho a la libertad de expresión. El derecho a la libertad de expresión y de información, consagrado en el artículo 11 de la Carta y en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, incluye el derecho a recibir y comunicar informaciones, así como la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación".

y apoyo a los informantes (art. 28 CE) y, en su caso, dar lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios[703].

En este caso, el alcance de la prueba de indicios que ha de practicar el demandante viene determinada en el art. 36.4 Ley 2/2023; "una vez que el informante haya demostrado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con esta ley y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por informar o por hacer una revelación pública. En tales casos, corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculados a la comunicación o revelación pública".

El demandante habrá de aportar indicios sobre los siguientes extremos: i) que ha efectuado una revelación pública o comunicación, ii) que la misma se ha efectuado de conformidad con lo dispuesto en la ley (habrá de entenderse que cumpla los requisitos para que el informante goce de protección de conformidad con el art. 35 de la misma), iii) que ha sufrido un perjuicio derivado de dicha comunicación (que consistirá en alguno de los actos constitutivos de represalia enumerados en el art. 36 de la ley o cualesquiera otros, pues la enumeración es meramente enunciativa).

Aportando indicios razonables de todo ello gozará a su favor de la presunción de que el perjuicio constituye represalia por la comunicación, pero tratándose de denuncias "anónimas", "no parece descartable que se estime suficiente, para destruir la presunción de represalia, que la empresa demuestre que desconocía la condición de informante del trabajador"[704] y ello aunque las denuncias las realice el trabajador por el canal interno de la empresa pues debe resultar garantizada, en todo caso, la confidencialidad y secreto de las mismas.

2.5. La prueba de indicios en las conductas empresariales de discriminación

La LOI dispone en su art. 13, respecto de la prueba de la discriminación por razón de sexo: "De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad". Y respecto a la discriminación por

---

[703] El artículo 36.5 Ley 2/2023, se refiere a los actos que constituyan represalia o causen discriminación tras la presentación de comunicaciones de información al amparo de la ley, declarando su nulidad de pleno derecho y dando lugar, en su caso, a responsabilidad, pudiendo incluir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios al perjudicado. Aunque el precepto se refiere a los actos administrativos ha de entenderse que también está afectado de nulidad de pleno derecho el acto cuando se lleve a cabo por el empleador, pues el apartado 1 del mismo precepto prohíbe los actos constitutivos de represalia y el artículo 6.3 CC anuda esa consecuencia radical de nulidad a los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas, salvo que se establezca un efecto distinto. En este sentido, véase ALTÉS TÁRREGA, J. A., *Aspectos laborales de la protección del informante en los canales internos de denuncias*, Tirant lo Blanch, 2024, pág. 113. https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788410563278

[704] DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Ley 2/2023, de protección…"cit. pág. 47.

cualquier otra causa, se pronuncia el art. 30 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación sobre la prueba en términos similares: "De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

Cabe apreciar algunas diferencias en las expresiones utilizadas en ambos artículos, pues la LOI se refiere a alegaciones de la parte actora fundadas en actuaciones discriminatorias, mientras que en la Ley 15/2022, integral de igualdad se habla expresamente de la necesidad de que esa alegación de discriminación vaya acompañada de la "aportación de indicios sobre su existencia". En cualquier caso, ambas remiten a lo que dispongan las leyes procesales ("de acuerdo con lo previsto en las leyes procesales…").

La LRJS se refiere a la prueba de la discriminación en el art. 181.2 LRJS, en el ámbito de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y en el art. 96 LRJS regula la posibilidad del órgano judicial de solicitar informe de expertos (organismos públicos competentes) en materia de discriminación.

Se configura la carga de la prueba de la discriminación como una prueba indiciaria, debiendo realizar las siguientes puntualizaciones:

a) El art 95.3 LRJS prevé en los casos en los que en el proceso se suscite una cuestión de discriminación por razón de sexo, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o acoso que "el juez o tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes". El informe de expertos se podrá recabar en cualquier proceso, no solo en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, siempre que en él se suscite una cuestión de discriminación de las indicadas o de acoso. Este dictamen es de solicitud facultativa para el órgano judicial y puede ser recabado en los supuestos de discriminación enumerados, así como de acoso, siempre que este sea discriminatorio. Aunque se realiza una enumeración cerrada, el informe podrá ser solicitado en cualquier supuesto de discriminación, pues el art. 17 ET (reformado por la Ley 4/2023, de 28 de febrero) hace referencia a otras causas de discriminación directa o indirecta, como: la edad, ideas políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco, lengua o condición social.

   Su naturaleza es múltiple: puede servir de asesoramiento institucional (supuesto en el que no tendrá carácter de prueba, pues no aporta hechos ni máximas de la experiencia, como lo haría un informe o un dictamen pericial); puede cumplir la función de informe (por ejemplo cuando proporciona datos estadísticos de la

Encuesta de Población Activa)[705] o puede tener carácter de dictamen pericial (cuando aporta máximas de la experiencia). En estos dos últimos supuestos (cuando no cumple una mera función de asesoramiento de un organismo público), tendrá el carácter de prueba, por lo que resulta discutible que el órgano judicial puede denegar su práctica si resulta "útil y pertinente"[706] y es solicitado a instancia de parte. A efectos de acceso al recurso de suplicación, tendrá el carácter de prueba documental (informe de hechos) o pericial (dictamen que puede ser ratificado en la vista por el funcionario o autoridad emisor), respectivamente, pero si solo contiene asesoramiento institucional no parece que tenga el carácter de "prueba documental", sino de un acto no vinculante de asesoramiento[707].

b) Además de esa función de emisión de informes, el art. 17.5 LRJS reconoce a los organismos públicos competentes en la materia legitimación activa para actuar en defensa de los intereses difusos de una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, pero circunscrita a los supuestos de "discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales". Se reconoce también a los organismos públicos la facultad de intervenir como coadyuvantes en los procesos de discriminación (sin distinción entre discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales o por cualquier otra causa) en el art. 177.2 LRJS.

c) El TC ha resuelto que los indicios de conducta discriminatoria "operan solo cuando nos movemos en el ámbito de actuación del principio de igualdad", es decir, que conforme al principio de autonomía de la voluntad, que también despliega efectos en el ámbito laboral (acuerdo inter-partes, decisión unilateral del empresario) no es exigible al empleador una igualdad de trato absoluta entre sus trabajadores, siempre que no incurra en arbitrariedad ni en alguna de las causas de discriminación[708]. Por

---

[705] STC 253/2004, de 22 de diciembre, en la que se plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores, en la versión del texto refundido de 1995 por discriminación indirecta por razón de sexo de los trabajadores a tiempo parcial a la hora de determinar los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas. El auto de planteamiento de la inconstitucionalidad se acompañó de informes del Instituto de la Mujer ("Mujeres en cifras") a fin de constatar los datos estadísticos (porcentaje de mujeres en la población ocupada asalariada a tiempo parcial) que reflejaban la feminización de trabajo a tiempo parcial.

[706] LOUSADA AROCHENA, J.F., *La prueba de la discriminación*…,cit., pág. 35, considera un defecto grave el carácter potestativo para el órgano judicial de la solicitud de este informe en los casos de discriminación, pues cuando tiene carácter de prueba (informe de hechos o dictamen pericial), y es útil y pertinente, no podría ser denegada su práctica si es solicitado por la parte demandante, so pena de incurrir en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) .

[707] LOUSADA AROCHENA, J.F., La prueba de la discriminación…,cit., pág. 34.

[708] STC 34/1984, de 9 de marzo: "si bien la aplicación del principio de igualdad no resulta excluida, su aplicación se encuentra sometida a una "importante matización" debido al principio de autonomía de la voluntad". Términos que reitera en sentencias posteriores, entre otras muchas, STC 36/2011, de 28 de marzo: "la legislación laboral [arts. 4.2 c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997)] ha establecido la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, pero no

ello en la medida que el trato desfavorable no tenga un significado discriminatorio por no incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el ET no puede considerarse vulnerado del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones privadas[709].

d) La carga de la prueba de la parte demandante requerirá, de un lado, la aportación de indicios de que se ha producido directa o indirectamente un diferente trato entre personas o grupos de personas que se encuentran en situaciones análogas o comparables[710] y de otro lado, indicios de que ese trato desigual está vinculado a algún factor prohibido de diferenciación (sexo, orientación sexual, raza, afiliación sindical, etc.) de los establecidos constitucionalmente o por las normas laborales que los desarrollan, ampliando la enumeración del art. 14 CE[711].

e) Cuando el derecho vulnerado no es el derecho a la igualdad en general o igualdad ante la ley, sino el concreto derecho a no ser discriminado por algunos de los motivos proscritos constitucional o legalmente, no es necesario aportar en todo caso, un "tertium comparationis", especialmente en los casos de discriminación indirecta, pues en ellos no se comparan solo individuos, "sino grupos sociales, de modo que basta que mayoritariamente el grupo esté formado por personas de alguna de las categorías especialmente protegidas por el artículo 14 C.E"[712].

---

ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en sentido absoluto. Ello no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral (SSTC 197/2000, de 24 de julio (RTC 2000, 197) , FJ 5, y 62/2008, de 26 de mayo (RTC 2008, 62), FJ 5)". Véase también, en el mismo sentido, STC 153/2021 de 13 septiembre.

[709] La enumeración del artículo 14 CE es abierto, pero "no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, "pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta". Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que "históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas" (STS de 29 noviembre de 2017, rcud. 1326/2015).

[710] STC 79/2020, de 2 de julio: "…el derecho a la igualdad veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación objetiva y razonable [SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 5; 117/2011, de 4 de julio, FJ 4; 149/2017, de 18 de diciembre, FJ 4, y 91/2019, de 3 de julio, FJ 4 a), entre otras muchas]. (…) Lo que prohíbe el principio de igualdad, en definitiva, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado [STC 91/2019, FJ 4 a)]. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia de trato". Se aprecia la discriminación indirecta por razón de sexo de la recurrente médico, en la medida en que el método de cálculo usado por la empresa empleadora para asignar los períodos de descanso retribuidos por cada "saliente de guardia" provoca un perjuicio efectivo y genera un trato peyorativo en las condiciones de trabajo, al reducir su descanso proporcionalmente a su jornada de trabajo reducida, pues ello es fruto del ejercicio de un derecho asociado con la maternidad, como es el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijos, y afecta en mayor medida a mujeres que a hombres.

[712] STC 3/2007, de 15 de enero.

f) Por último, cabe hacer referencia a los diferentes tipos de discriminación regulados por la Ley 15/2022, integral de igualdad, como la discriminación por asociación o refleja[713], la discriminación múltiple o la interseccional.

La discriminación múltiple supone la existencia de varias causas de discriminación concurrentes, lo que a efectos de prueba supondrá la aportación de indicios de cada una de ellas, si bien la apreciación de una sola de esas causas ya daría lugar a la nulidad de la actuación empresarial por discriminatoria.

La discriminación interseccional es definida como aquella en la que concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, pero generan una forma específica de discriminación. La prueba indiciaria aquí requerirá la de todas las causas previstas en la ley que concurran e interactúen generando esa forma específica de discriminación.

La discriminación por asociación genera cuestiones interesantes sobre los indicios a aportar para su reconocimiento[714] y ello por tratarse de un tipo de discriminación refleja, de modo que la persona que sufre la represalia no es aquella en quien concurre la causa de discriminación, sino un tercero con el que esta presenta una "fuerte conexión"[715] o vinculación. La conexión existente puede ser muy variada, no solo familiar o de parentesco (en cuyo caso, la prueba del vínculo existente es muy sencilla) sino también de amistad, laboral, incluso anterior al acceso al empleo o meramente circunstancial[716]. Al demandante se le exigirá, como en cualquier otro

[713] Este nuevo tipo de discriminación surge a raíz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en concreto, de la sentencia recaída en el asunto Coleman, que enjuiciaba el caso de una trabajadora que sufría un trato discriminatorio por ser cuidadora de un hijo discapacitado. Véase FERRANDO GARCÍA, F.M., "La circunstancia de parentesco en la tutela antidiscriminatoria laboral", *Labos*, vol.1, núm.2, 2020, págs. 89-108, doi: https://doi.org/10.20318/labos.2020.5540. También, PÉREZ CAMPOS, A.I., "Discriminación por asociación", en AAVV (Dir., Sánchez Trigueros, C.): *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, BOE, Madrid, 2008, págs. 225-245. Sobre la extensión al ejercicio de otros derechos fundamentales, véase SÁNCHEZ TRIGUEROS,C. y FOLGOSO OLMOS, A., "Extensión de la doctrina de la discriminación por asociación a otros derechos fundamentales. STSJ Islas Canarias (Las Palmas)-SOC núm. 882/2019, de 29 de agosto", *Revista de jurisprudencia laboral,* núm. 6, Boletín Oficial del Estado, 2019, que señala la necesidad de extender esta doctrina no solo en el plano de la igualdad y no discriminación, sino a la tutela del resto de derechos fundamentales, de manera que el ejercicio de un derecho fundamental (como el de libertad sindical o el de tutela judicial efectiva o de cualquier otro), no puede suponer represalias en un tercero vinculado al titular de ese derecho.

[714] ROMERO BURILLO, A.M., "La discriminación refleja por razón de sexo", *Revisitar parte de la obra de Carlos L. Alfonso desde una perspectiva actual,* BOHIGUES ESPARZA, M.D. y FABREGAT MONFORT, G., Tirant Lo Blanch, 2023, para quien "esta figura discriminatoria da pie a otras interesantes cuestiones en torno a su aplicación, como, por ejemplo, la calidad de los indicios a aportar para su reconocimiento o la carga de la prueba que tiene que afrontar la persona demandada en este tipo de procesos".

[715] STJUE de 17 de julio de 2008, C-303-2006, caso Coleman contra Attridge Law.

[716] MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional. Nuevos retos de las ¿nuevas? formas discriminatorias". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 463, pág. 40: "una conexión circunstancial puede ser el elemento

supuesto de discriminación, que aporte indicios de la existencia de la conducta discriminatoria y además, que acredite la fuerza de la conexión que le une con la tercera persona (que no sufre la discriminación) pero en quien concurre la condición o el rasgo que se configura como causa discriminatoria. Es más, si atendemos a la jurisprudencia del TJUE y al asunto Coleman, en el que se apreció por primera vez la discriminación por asociación, esa conexión debe ser suficientemente "fuerte", es decir, "que tenga la potencia necesaria para que dicha transmisión sea posible y, al tiempo, suficientemente evidente como para poder ser apreciada como tal en un juicio"[717].

2.6. La carga de la prueba de la parte demandada: justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad

A diferencia de la carga probatoria del demandante que resulta aligerada mediante la exigencia de una prueba indiciaria o un principio de prueba de la existencia de lesión del derecho fundamental (con la finalidad de que este no se queda desamparado y sin tutela), al demandado le incumbe una mayor y más compleja carga probatoria. Se le exige una prueba plena del carácter razonable y proporcionado de las medidas adoptadas, de modo que desvirtúe ese panorama indiciario de vulneración del derecho fundamental. Ello no significa que al demandado se le exija una prueba de hechos negativos consistente en demostrar la ausencia de intencionalidad vulneradora o discriminatoria en su conducta (lo que supondría una auténtica prueba diabólica), pero sí deberá acreditar la existencia de causas reales extrañas y completamente ajenas a dicha motivación. Lo que se le viene a exigir es una prueba "indirecta" de la inexistencia de dicho móvil anticonstitucional, para lo cual deberá acreditar que la medida o decisión adoptada responde a otros motivos, objetivos y razonables, fuera de todo propósito anticonstitucional[718].

Según el art. 181.2 LRJS, las causas de las medidas adoptadas y su proporcionalidad han de ser "suficientemente probadas". Por supuesto, no se considera suficiente, como indica la STC 90/1997, de 6 de mayo, la actividad probatoria del demandado consistente en "una mera explicación o argumentación dialéctica"[719]. Tampoco colma las exigencias que se imponen a la actividad probatoria del demandado para desvirtuar el panorama indiciario

determinante de la situación de discriminación por asociación, como sucedió con quien vio extinguido su contrato de trabajo como represalia frente a la decisión adoptada por una mesa electoral, de la que formaba parte, en el ámbito de un proceso de elecciones sindicales". (STSJ de Galicia de 2 de agosto de 2017, rsu. 1806/2017).

[717] MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "La discriminación por asociación…" cit. pág.41.

[718] Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral*…cit., pág. 356., con cita entre otras, de SSTC 293/1993, de 18 de octubre y 202/1997, de 25 de noviembre.

[719] Reitera doctrina contenida en la STC 114/89, de 22 de junio.

aportado por el demandante "la genérica invocación de facultades legales o convencionales"[720].

Con la expresión "suficientemente probadas" el legislador ha querido incidir en que no basta crear dudas en el juzgador acerca de la existencia de una causa justa en la medida adoptada, sino que el demandado ha de crear en el órgano judicial el "pleno convencimiento de que efectivamente no ha existido ningún propósito discriminatorio o de represalia en la conducta de la empresa[721]".

Se trata de una "auténtica carga probatoria" la que se impone al demandado y no basta un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales[722], de modo que ha de llevar al juzgador a la convicción, en términos de "certeza" y no de mera duda o probabilidad de que no ha existido el móvil lesivo o discriminatorio en la medida adoptada.

La carga de la prueba del demandado pesa sobre este, incluso en los supuestos de decisiones discrecionales del empresario y que no requieren de motivación como ocurre, por ejemplo, en el caso de ceses del personal de libre designación de las Administraciones públicas. El cese de dicho personal se considera también discrecional pues su nombramiento descansa en la relación existente entre la autoridad y el personal designado y responde a razones de confianza, de modo que la pérdida de esta última justificaría el carácter también discrecional del cese. Sin embargo, tal y como es doctrina del TC, "en los supuestos de decisiones discrecionales , o no causales, y que no precisan por tanto ser motivadas (…) ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional contraria a los derechos fundamentales del trabajador"[723], pues lo contrario sería tanto como afirmar que en una decisión discrecional no cabe control de la constitucionalidad de la misma[724].

Otras decisiones empresariales acausales, como la resolución en período de prueba o la negativa a readmitir tras una excedencia voluntaria no quedan excluidas tampoco de la prohibición de discriminación o lesión de derechos fundamentales[725]

La doctrina constitucional resulta un tanto ambigua sobre el alcance de la carga probatoria del demandado. La inversión de la carga de la prueba, "sitúa al demandado frente a una doble posibilidad: o bien trata de probar que su comportamiento no ha provocado la

---

[720] STC 30/2002, de 11 de febrero.
[721] STC 90/1997, cit. FJ 3. En el mismo sentido, STC 114/1989, citada
[722] SSTC 114/1989, de 22 de junio y 87/2004, de 10 de mayo. La exigencia de la suficiencia probatoria se ha repetido de manera constante en la jurisprudencia constitucional.
[723] SSTC 90/1997, de 6 de mayo, citada y 190/2001, de 1 de octubre.
[724] SSTC 17/1996, de 7 de febrero y 202/1997, de 25 de noviembre, 29/2000 de 31 de enero y 190/2001, de 1 de octubre: "la correlativa libertad de cese (que está implícita en la de libre nombramiento) es una libre facultad que, en el plano de la constitucionalidad, también queda limitada por el respeto a los derechos fundamentales". En aplicación de la doctrina constitucional véase SAN 106/2021, de 28 de septiembre.
[725] LOUSADA AROCHENA, J.F., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley Reguladora…*cit. pág. 70.

violación de ningún derecho fundamental del trabajador o, por el contrario, tratar de demostrar que concurre algún tipo de circunstancia de entidad suficiente para justificar el acto empresarial que excluya cualquier sospecha de trato discriminatorio. Si adopta la primera de las posibilidades se enfrentará a una cuestión meramente probatoria; en cambio, si la actitud adoptada por el demandado es la segunda, esto es la justificativa, se encontrará en el plano de la calificación jurídica de la conducta"[726].

Por un lado, varias sentencias de TC centran la carga de la prueba en demostrar que "los motivos en los que se ha basado su decisión son legítimos, o aun sin serlos, son ajenos a todo móvil discriminatorio o lesivo"[727]. Al demandado le bastaría con acreditar que las causas reales generadoras de su decisión son ajenas a todo móvil discriminatorio, bien por ser legítimas (por ejemplo, hay causa legítima de ruptura del vínculo contractual) bien porque aún sin ser legítimas y por tanto siendo antijurídica su conducta, esas causas eran ajenas a todo móvil discriminatorio[728]. El carácter antijurídico según la legalidad ordinaria de la decisión empresarial "no implica forzosamente que la misma fuera lesiva de los derechos fundamentales"[729]. Es el supuesto de los despidos declarados improcedentes, que no nulos por inexistencia de discriminación o lesión. Puede suceder que el despido no merezca la calificación de procedente, porque los incumplimientos de la persona trabajadora no tengan entidad suficiente para ello, de modo que no se consigue demostrar plenamente que la decisión empresarial sea respetuosa con la legalidad ordinaria, pero sí que los motivos que le llevaron a adoptar la decisión de despido son ajenos a cualquier móvil anticonstitucional[730].

---

[726] STS de 4 de abril de 2017, rcud. 3466/2015

[727] SSTC 293/1993, de 18 de octubre o 48/2002 , de 25 de febrero, entre otras muchas.

[728] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral*…, cit., págs. 358 y 359: " el TC ha considerado suficiente, en algunas de sus sentencias, la prueba de los hechos generadores de la extinción (...) bien constituyan causa legítima, bien sin legitimar el despido por causas excluyentes de su procedencia o por incurrir en nulidad, se presenten razonablemente ajenos a todo propósito discriminatorio".

[729] STC 266/1993, de 26 de octubre, F. 5. Sintetiza dicha doctrina la STC 293/1993, de 18 de octubre. Vid. también 82/1997, de 22 de abril.

[730] Véase a título de ejemplo, entre otras muchas, la STSJ del País Vasco, de 6 de febrero de 2024, rsu. 2304/2023. Resuelve declarando improcedente el despido disciplinario del empleado que tocó la guitarra en un concierto de rock, ya que la actividad desarrollada no perturba o demora la curación del trabajador, no existiendo trasgresión de la buena fe contractual; pero sin que ello suponga la concurrencia sin más de discriminación por razón de enfermedad alegada por el trabajador, considerando que "…la empresa ha acreditado, como le incumbe ex artículo 96.2 LRJS, que el despido obedece al conocimiento que ha tenido de la participación del trabajador como guitarrista en un concierto de rock durante la situación de incapacidad temporal, lo cual, si bien no constituye una transgresión de la buena fe contractual, no tiene nada que ver con una discriminación por razón de enfermedad". También, la SAN de 22 de diciembre de 2015, proc. 258/2014 sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que declara la medida injustificada, ante la falta de prueba de la afectación individual de las causas técnicas, organizativas y productivas a las distintas empresas involucradas; pero no nula, al no apreciar discriminación del personal "fuera de convenio" al que no se aplicó la medida, por no tratarse de situaciones comparables, "siendo evidente aquí que el personal a quien no se aplica el convenio, no está en la misma situación que el personal a quien se aplica el convenio". Y en la jurisprudencia del TC, por ejemplo, la STC 21/1992, de 14 de febrero, que recoge los criterios antedichos, de modo que el despido disciplinario del trabajador que desarrolla una actividad sindical, pero que incurre en faltas de asistencia, será improcedente, pero no nulo

En el ámbito del poder disciplinario nos encontramos con los denominados despidos pluricausales, que son "aquellos despidos disciplinarios en los que, frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental (…) el empresario alcanza a probar que el despido obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador que justifican la adopción de la medida extintiva"[731], concurriendo una causa disciplinaria, pero pudiendo confluir una discriminatoria, pues la primera no excluye la segunda. El sentido de la doctrina del TC sobre estos despidos pluricausales es desarrollado en decisiones como la STC 7/1993, de 18 de enero o 48/2002, de 25 de febrero: "cuando se ventila un despido 'pluricausal', en el que confluyen una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado".

El móvil discriminatorio y disciplinario se mueven en distintos ámbitos, el primero en el de la legalidad constitucional y el segundo en el de la legalidad ordinaria, de modo que es posible tanto un despido improcedente no discriminatorio, como procedente pero discriminatorio[732], pues si bien es cierto que "la acreditación plena del incumplimiento contractual habilitante del despido permite entender, en principio y como regla general, satisfecha la carga empresarial de neutralización de los indicios"[733], "la declaración de procedencia del despido no permite destacar – en todo caso y sin excepción – que este sea lesivo de derechos fundamentales"[734].

En el extremo opuesto se sitúan los supuestos en los que el demandado acredita que las causas de su decisión son legítimas, conformes "formalmente" con la legalidad, pero no resultan "ajenas" a la discriminación. Por ejemplo, cuando se acredita que concurren las causas para realizar un despido procedente, pero no se prueba la ajenidad de la conducta respecto a toda intención lesiva (despido objetivo invocando causas económicas que resultan acreditadas, pero respecto de la única mujer de la plantilla)[735].

---

por antisindical, ya que "…el actor había sido advertido con anterioridad por faltas de puntualidad, y de otro, quedaron probadas las faltas mencionadas en la carta de despido. Ello demuestra una inveterada conducta del demandante de constantes impuntualidades, lo que podrá o no tener entidad suficiente a efectos de la procedencia de la decisión extintiva, pero acredita palmariamente, en todo caso, la ausencia de toda intención discriminatoria por parte de la empresa".

[731] STC 41/2006, de 13 de febrero.

[732] LOUSADA AROCHENA, J.F., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley...*cit. *págs. 69 y 70.*

[733] STC 41/2006, de 13 de febrero.

[734] STC 138/2006, de 8 de mayo.

[735] BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª. F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral,* cit. pág. 172.

En otras sentencias, con una postura más exigente respecto a la actividad probatoria del demandado, el TC añade la necesidad de acreditar que las causas de su actuación "tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios"[736]. La actividad probatoria del demandado debe ser "suficiente" para llevar "a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso"[737].

Según esta corriente más "restrictiva", la actividad probatoria del demandado tiene por objeto los siguientes extremos: a) las causas han de ser "reales",) han de ser "ajenas" a todo móvil anticonstitucional y c) han de explicar "objetiva, razonable y proporcionadamente" la medida adoptada, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental de la persona trabajadora[738]. Con ello se incrementan las exigencias de prueba que pesan sobre el demandado y parecería con dicha afirmación que el demandado no sólo ha de probar la constitucionalidad de su comportamiento sino, además, que éste se ajusta a la legalidad. Sin embargo, ambas corrientes son conciliables y complementarias. El art. 181.2 LRJS no impone una prueba plena de la legalidad ordinaria de la conducta empresarial para apreciar su constitucionalidad, pero sí habrá de acreditar el carácter razonable y proporcionado de la conducta empresarial (aunque pueda ser errónea y no se ajuste estrictamente a la legalidad)[739].

Ambas posturas son compatibles, pues lo relevante es generar en el juzgador la certeza de que no ha existido lesión del derecho fundamental, de modo que queden desvirtuados los indicios aportados por el demandante y para alcanzar ese objetivo, al demandado le bastará probar "bien que la vulneración del derecho no guarda relación alguna con su propio comportamiento, o bien que concurren circunstancias de entidad suficiente para disipar cualquier sospecha de trato discriminatorio o antisindical, o también que los hechos denunciados carecen de la eficacia suficiente para ser calificados como atentatorios al derecho fundamental"[740].

No cabe ninguna duda que el demandado puede probar la legalidad de su conducta y que ello es un factor relevante (aunque no determinante) para valorar la constitucionalidad de esta, pero sólo de dicha prueba no cabe extraer que al empleador no le movió ninguna

---

[736] STC 90/1997, cit. FJ 5.
[737] STC 66/2002, de 21 de marzo.
[738] Estos requisitos se reflejan en diversas SSTC, 135/1990, de 19 de julio, 85/1995, de 6 de junio, y 136/1996, de 23 de julio.
[739] CAVAS MARTÍNEZ, F.: El proceso laboral…, cit. pág.359: "En este sentido, la proporcionalidad de la medida no lleva necesariamente aparejada la adecuación a la legalidad pero, sin embargo, puede aparecer, en multitud de ocasiones, como la única vía para conseguir llevar a la convicción del juzgador el carácter no lesivo de derechos fundamentales".
[740] STS de 5 de diciembre de 2000, rcud.4374/1999.

intención lesiva, pues precisamente de conductas formalmente lícitas y legales se revestirán las medidas lesivas de la empresa.

Los requisitos de la prueba de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida han sido objeto de un amplio desarrollo por la doctrina constitucional y la jurisprudencia y hace recapitulación de ella la STS de 12 de septiembre de 2023 (rcud.100/2021): "A los efectos que aquí importan, basta con recordar que (como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5 ; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 diciembre, FJ 4 y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)". Si el demandado prueba que los motivos para adoptar su decisión son razonables y proporcionados en el sentido indicado llevará al juzgador a la "certeza" de que la misma fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio[741].

A modo de recopilación, la STC 140/2014, de 11 de septiembre refiere una serie de criterios coincidentes en la carga probatoria exigida al demandado, en casos de muy diversa naturaleza, una vez creado el panorama indiciario por el demandante y que sintetiza en los siguientes términos: i) no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales; ii) no es suficiente tampoco una genérica explicación de la empresa, que debe acreditar *ad casum* que su acto aparece desconectado del derecho fundamental alegado; iii) lo verdaderamente relevante es que el demandado lleve a la convicción del juzgador que las causas que aduce para sustentar la decisión adoptada quedan desligadas y son por completo ajenas al factor protegido; iv) una vez acreditada la desconexión entre la medida empresarial y el derecho que se dice vulnerado será ya irrelevante la calificación jurídica que la causa laboral alegada merezca en un prisma de legalidad ordinaria.

Por último, cuando se trata en concreto de destruir la presunción o apariencia de discriminación de la conducta hay que tener en cuenta que, como ha afirmado el TC, la referencia expresa a determinados motivos de discriminación en el art. 14 CE no supone una lista cerrada, pero sí "representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1

[741] STS de 4 de abril de 2017, rcud. 3466/2015). Véase al respecto BLASCO PELLICER, A., "La carga de la prueba en supuestos de discriminación…", cit. pág. 310.

CE"[742]. Dichos supuestos de discriminación implican "un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex costitutio*ne, de modo que implican la necesidad de someter las conductas que puedan ser discriminatorias a un canon más estricto de enjuiciamiento, así como un mayor rigor respecto a la exigencia de la proporcionalidad de la conducta"[743].

[742] SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5 y 145/1991, de 1 de julio, FJ 2.
[743] STC 91/2019, de 3 de julio.

CAPÍTULO SEXTO: LA SENTENCIA

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Una vez concluido el acto del juicio, el órgano jurisdiccional habrá de dictar sentencia en el plazo de tan solo tres días, publicándose y notificándose inmediatamente a las partes o a sus representantes (art. 181.3 LRJS), acortándose así el plazo general de cinco días para dictar sentencia y suprimiéndose el de dos días para la notificación de la misma. Los acortamientos de los plazos son reflejo de la urgencia o sumariedad cuantitativa de esta modalidad procesal y contra la sentencia, como se incidirá, siempre cabe recurso de suplicación.

En cuanto a la forma de la sentencia, los arts. 181 y 182 LRJS no contienen ninguna previsión específica sobre la forma oral o escrita de la sentencia que se dicte en esta modalidad, por lo que se venían aplicando las previsiones generales contenidas en el art. 50.1 LRJS, que señalaba la obligación de forma escrita de las sentencias recurribles en suplicación (entre las que se encuentran las dictadas en esta modalidad procesal de tutela así, como en aquellas otras a las que remite el art. 184 LRJS por acumulación de la alegación de lesión). Si la sentencia era irrecurrible podía dictarse en forma escrita u oral ("podrá pronunciar"). La forma oral se limitaba, consideramos que acertadamente, a los supuestos en los que no procedía recurso de suplicación contra la sentencia, pues en ellos el dictado de viva voz no causaba indefensión a las partes y evitaba prolongar su situación de incertidumbre sobre la solución de la controversia, quedando además las partes notificadas en el acto. Sin perjuicio de la forma oral, si las partes lo solicitaban, se les hacía entrega de transcripción por escrito de la sentencia.

También se preveía la posibilidad del dictado de la sentencia de viva voz aunque fuera recurrible en suplicación, si bien la oralidad se limitaba al fallo y su fundamentación sucinta, sin perjuicio de la redacción posterior de esta.

La LO 1/2025 de Eficiencia ha generalizado la facultad de dictar sentencias de viva voz (proceda o no recurso de suplicación contra las mismas) suprimiendo la obligación de forma escrita de aquellas recurribles en suplicación.

El dictado oral de la sentencia sigue siendo potestativo para el juez o jueza, pero ahora sin excepciones ni obligación de redactar aquellas recurribles en suplicación. Si se opta por dictar la sentencia de viva voz, el precepto señala que ello no exime de su redacción posterior, pero excluye del redactado (consideramos que injustificadamente) la motivación de la sentencia, a la que se hará solo referencia, dando por reproducida la dictada y contenida en la grabación del juicio.

Esta circunstancia no supone solo un "mero inconveniente" por tener que recurrir al soporte audiovisual para "completar" la sentencia redactada por escrito, sino que puede afectar al derecho a una resolución judicial motivada (arts. 24.1 y 120.3 CE).

Cierto que la motivación de las sentencias si el asunto es sencillo puede ser escueta, pues una mayor extensión no es garantía de suficiencia, pero el volumen de normas y

decisiones jurisprudenciales (nacionales e internacionales) aplicables a las cuestiones litigiosas se incrementan a una velocidad vertiginosa, por lo que es muy difícil que una fundamentación jurídica vertida "*in situ*" pueda ser tan concreta y precisa como aquella que se emite tras un estudio y valoración posterior y previos a su escritura.

Teniendo en cuenta que uno de los motivos del recurso de suplicación es el "examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia" (art. 193.c) LRJS) la forma escrita garantiza una mayor seguridad y certeza de la motivación, además de reducir los errores derivados de la celeridad del pronunciamiento oral.

La probabilidad de que los órganos judiciales opten por el dictado oral de las sentencias se nos antoja muy improbable, más aún si se tiene en cuenta que con la nueva regulación "todas" las sentencias orales, sin excepción, requieren ser redactadas con posterioridad (aunque las partes no lo solicitaren), de modo que tampoco se ganará agilidad ni se suprimirán trámites con ello.

Al contenido de la sentencia se refiere el art. 182.1 LRJS que prevé que el sentido de la misma solo podrá ser o declarar la existencia o la inexistencia de vulneración del derecho fundamental. Ello supone que una vez admitida a trámite la demanda, como regla general, no puede el juzgador evitar pronunciarse sobre el fondo del asunto, salvo error en la admisión a través de esta modalidad procesal, que no impedirá en cualquier momento antes de la sentencia que se dé a la misma la tramitación que corresponda según la naturaleza de las pretensiones, siempre que fuere posible, completando los trámites que fueran procedentes, de conformidad con el art. 102 LRJS[744] o bien en el momento de la sentencia, dictando una sentencia absolutoria de la instancia.

Fuera de dichos supuestos, la pretensión solo cabe que sea rechazada o estimada por el órgano judicial, pesando sobre el mismo la obligación de entrar en el fondo del asunto.

La sentencia será el modo normal de terminación del procedimiento. Existen otros modos anormales de finalización del mismo (como son los actos de disposición de las partes, renuncia, desistimiento, allanamiento o transacción). Respecto a estos últimos, cabe recordar que la doctrina del TC no considera que estos sean suficientes por sí solos para finalizar el proceso, debiendo el Ministerio Fiscal, dado el carácter indisponible de estos

---

[744] CAVAS MARTÍNEZ, F., "Los procesos por despido y otras modalidades procesales individuales en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 103, 2013, pág. 185, quien señala las múltiples posibilidades de reconducir la tramitación a la adecuada a la pretensión ejercitada: "De hecho, las diferencias entre las modalidades procesales no suelen ser tan significativas que impidan la subsanación antes del acto del juicio, bastando muchas veces con completar los trámites adicionales exigidos para la respectiva modalidad procesal –petición de informes, presencia del Ministerio Fiscal, intento de conciliación/mediación, etc.– o simplemente ajustar se en la sentencia al régimen de recursos correspondiente"

derechos, comprobar si existen o no sospechas de violación de derechos fundamentales y oponerse a dicha disposición, ordenando la reanudación del curso del proceso[745].

1. Contenido de la sentencia desestimatoria

La desestimación es una de las posibilidades de pronunciamiento de la sentencia recaída en esta modalidad procesal y a ella se refiere el art. 182.1 LRJS limitándose a indicar que "la sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda...".

La sentencia se pronunciará desestimando la pretensión de tutela del actor cuando no exista vulneración del derecho fundamental, bien porque no ha resultado probada, o bien porque el demandado acreditó la falta de conexión de su conducta con la violación del derecho.

Aunque no hay ninguna exigencia sobre el contenido de la sentencia cuando esta es desestimatoria, le resultará de aplicación la doctrina del TC en supuestos de discriminación[746], según la cual es necesario que el órgano judicial exprese los motivos por los cuales entiende que no existe la aparente discriminación, sin que "se limite a afirmar que no son suficientes las pruebas aportadas por el actor"[747], sin que con ello se esté añadiendo una exigencia nueva a este tipo de sentencias, pues el art. 97.2 LRJS ya exige, con carácter general, para todas ellas, la necesidad de incluir en los fundamentos de derechos los "razonamientos" que le han llevado a la conclusión o fallo, y deberá "fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo".

La sentencia que no conceda amparo a la tutela del derecho fundamental deberá razonar adecuadamente dicho pronunciamiento y requerirá, en su caso, una adecuada ponderación de los derechos en colisión: el derecho a la libertad de empresa, que engloba el derecho del empresario a implantar los medios necesarios para la organización del trabajo y por otro lado, los derechos fundamentales de la persona trabajadora y libertades públicas (derecho a la libertad de expresión, que puede resultar censurado por la empresa, derecho a la intimidad y a la propia imagen que pueden ser limitados en los supuestos de establecimiento de un servicio de videovigilancia…).

En estos casos, corresponde al órgano judicial identificar de forma correcta y precisa los derechos en litigio, a fin de identificar el contenido esencial de los derechos fundamentales implicados y realizar una adecuada valoración, sin que quepa la aplicación automática del principio de jerarquía, pues si así se hiciera, sería fácilmente descartable el derecho a la libertad de empresa, por ser de rango constitucional inferior a los derechos fundamentales de la persona. El TC[748] ha puesto de manifiesto la necesidad de que las

[745] STC 266/1993, de 20 de septiembre.
[746] Así lo han entendido, ALBIOL MONTESINOS, I., BLASCO PELLICER, A., *Proceso de tutela de libertad sindical…,* cit., pág. 92.
[747] STC 38/1986, de 21 de marzo
[748] STC6/1998, de 13 de enero.

resoluciones judiciales garanticen el "necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito-modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional". Según reiterada jurisprudencia constitucional a la que ya se ha hecho referencia[749], la sentencia que estime vulnerado el derecho fundamental deberá contener una adecuada motivación suficientemente detallada del juicio lógico de proporcionalidad realizado para llegar a dicha conclusión, de modo que la conducta empresarial cumpla las tres condiciones de adecuación o idoneidad, necesidad o indispensabilidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

2. Contenido de la sentencia estimatoria

A diferencia de lo que ocurría con la anterior LPL de 1995, que enumeraba de forma desordenada los posibles pronunciamientos de la sentencia estimatoria, la actual LRJS detalla de forma concreta y detallada su posible contenido, en el que podemos distinguir los siguientes tipos de tutela:

- Una tutela declarativa [art. 182.1.a) y b)], consistente en la declaración de la existencia de vulneración del derecho fundamental y la declaración de nulidad radical del acto lesivo del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada. Este pronunciamiento será el presupuesto necesario para el resto de pronunciamientos de condena y no meramente declarativos que se enumeran.
- Una tutela inhibitoria o cesatoria, también denominada "interdictal" [art. 182.1.c], pues tiene por objeto el cese inmediato de la actuación lesiva.
- Una tutela restitutoria y una tutela reparadora o resarcitoria [art. 182.1. d)] consistente en la restitución del demandante a la situación anterior a la actuación lesiva y la reparación de los daños causados por la actuación ilícita, incluida la indemnización que proceda.

Al contenido complejo de la sentencia estimatoria se refiere la doctrina jurisprudencial desde la STS de 14 de julio de 1993, rcud. 3354/1992: "La acción de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales tiene sin duda, a la vista de este precepto, un contenido complejo ordenado al "cese inmediato del comportamiento antisindical", a "la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo", y a "la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera". Como consecuencia de ello, la sentencia que pone fin a este proceso especial será normalmente, si se reconoce lesión de derecho fundamental, una sentencia declarativa y de condena, en la que, como ha dicho la doctrina científica, se lleva a cabo al mismo tiempo una tutela inhibitoria respecto del acto lesivo de la libertad sindical, una tutela

[749] Entre otras, SSTC 66/1995, de 8 de mayo, cit., 98/2000, de 10 de abril, cit. y 126/2003, de 30 de junio.

restitutoria o de reposición del derecho vulnerado, y en su caso una tutela resarcitoria de los daños producidos al trabajador o trabajadores afectados".

2.1. TUTELA DECLARATIVA: EXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y NULIDAD RADICAL DEL ACTO LESIVO

La sentencia estimatoria de la pretensión del actor incluirá dos pronunciamientos de tipo declarativo: la existencia de vulneración del derecho fundamental y la declaración de nulidad radical de la conducta lesiva.

En cuanto a la primera, el órgano jurisdiccional deberá declarar la existencia o no de vulneración del derecho fundamental y para ello es indispensable que indique "el derecho o libertad infringido". La exigencia de identificación del derecho fundamental resulta congruente con lo establecido en el art. 49. Uno de la LOTC respecto al recurso de amparo constitucional (subsidiario del amparo judicial previo ordinario, que ha de ser agotado): "El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado". La identificación del derecho o libertad infringidos no implica la cita de preceptos constitucionales concretos (como tampoco se exige en la demanda por el art. 179.3 LRJS), pero sí que se pueda identificar el derecho invocado, de forma que queda deducirse que la cuestión fue sometida al tribunal ordinario a los efectos del recurso de amparo ante el TC[750]. Es más, en el caso de error en el demandante sobre los preceptos constitucionales infringidos y la doctrina constitucional aplicable al caso, el órgano judicial deberá corregir a la parte y dar solución con arreglo a aquellos que sean aplicables al caso, según los hechos indiciarios aportados y la prueba practicada.

El órgano judicial habrá de corregir al demandante ante su error, por haber invocado un precepto incorrecto de la Constitución o una doctrina constitucional interpretativa que no sea la adecuada, pero la identificación del derecho fundamental vulnerado debe realizarse "dentro de los límites del debate procesal", lo que hace dudar de la posibilidad de que el órgano judicial pueda estimar como vulnerado un derecho fundamental distinto de los señalados en demanda[751]. Ha de recordarse, pues esta cuestión entronca con la incongruencia *extra petita* de la sentencia que tal y como ha recogido entre otras, la STS de 10 de mayo de 2016, rcud. 49/2015, solo se aprecia esta cuando el pronunciamiento judicial recae sobre un tema "no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de

[750] BLASCO PELLICER, A., LÓPEZ TERRADA, E., "Proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas", en *El proceso laboral. Ley 36/2011…*, cit., pág.1216. También FOLGUERA CRESPO, J.A., "Comentario al artículo 179", en FOLGUERA CRESPO, J.A., SALINAS MOLINA, F., SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L., (Dirs.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social* …cit., págs. 678-679.

[751] MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "Comentarios al artículo 182", en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BARRIOS BAUDOR, G.L., (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2020, pág. 1112.

tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción"; y que para que tenga relevancia constitucional, es preciso que pueda constatarse con claridad la indefensión, de modo que "suponga una sustancial modificación de los términos en que discurra la controversia judicial"[752].

Junto al contenido declarativo de existencia de lesión del derecho fundamental y como consecuencia de este, se declarará la nulidad "radical" de la conducta lesiva. El adjetivo radical no añade nada nuevo al de nulidad de la actuación, pero tiene su origen histórico en la STC de 23 de noviembre de 1981 que lo creó para referirse a los efectos de los despidos con vulneración de derechos fundamentales y diferenciarlos de los efectos de los despidos nulos por defectos formales (afectados de una nulidad que se denominaba como simple, porque podía derivar en indemnización en el incidente de no readmisión, como ocurría con los improcedentes). Dicha terminología pronto pasó a ser "anacrónica"[753], pues la LPL de 1990 atribuyó a todos los despidos nulos el efecto de "readmisión obligatoria" con abono de los salarios de trámite. A pesar de ello, el término de nulidad radical caló en el legislador laboral, que lo ha utilizado en todas las normas procesales hasta la actualidad.

El efecto de la nulidad será la restitución de la víctima en el disfrute de su derecho o derechos fundamentales, así como la reposición a la situación anterior a que se produjera la vulneración, de modo que se elimina la causa de la lesión del derecho fundamental (la conducta del empleador que impide o atenta contra el derecho fundamental) así como los efectos que haya producido. Los efectos de la nulidad serán diferentes en función del ámbito temporal en el que se ha producido la lesión. Si la decisión o conducta es anterior a la contratación, la nulidad puede suponer la obligatoriedad de esta contratación, como más adelante se verá. Si se produce durante el contrato (reducciones salariales o diferentes escalas retributivas, traslados o modificaciones de condiciones de trabajo, imposición de sanciones, etc.) conllevará el cese de la conducta y la reposición a la situación anterior a producirse esta. Si la lesión se ha producido al extinguirse la relación laboral por el empresario, el despido será declarado nulo y de acuerdo con el art. 113 LRJS conllevará la reposición a la situación anterior a producirse la extinción, que en este caso supone la "inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir".

La declaración de nulidad de la actuación del empleador lleva aparejado estos otros pronunciamientos de condena que comprende la tutela inhibitoria y la restitutoria o reparadora.

[752] STC 136/1998, de 29 de junio, 29/1999, de 8 de marzo y 17/2000, de 31 de enero.
[753] Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral*…, cit. pág. 371.

2.2. TUTELA INHIBITORIA, CESATORIA O "INTERDICTAL" : CESE DEL COMPORTAMIENTO LESIVO

La tutela inhibitoria constituye un pronunciamiento de condena de la sentencia que deriva de manera indisoluble de la declaración de nulidad de la actuación lesiva.

Según la norma procesal, la sentencia deberá contener la orden de cese inmediato de la conducta, "o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados".

Con la tutela inhibitoria se pretende el cese inmediato de la conducta y que dejen de producirse los efectos de la lesión en el futuro. El precepto detalla el tipo de tutela a prestar al demandante según se trate de conductas activas (la tutela inhibitoria ordenará el cese inmediato del comportamiento) o pasivas (la tutela tendrá por objeto la obligación de realizar la acción omitida o la prohibición de su interrupción).

Para que proceda la tutela inhibitoria es necesario que la lesión sea actual en el momento de la condena, que esté produciendo las consecuencias ilícitas cuando recaiga el fallo de la sentencia, pues no cabe acordar el cese de conductas pasadas o de acciones que ya han sido suspendidas cautelarmente, si bien en este último caso el pronunciamiento de cesación quedará subsumido en la confirmación como definitiva de la medida cautelar (182.2 LRJS: "En la sentencia se dispondrá lo procedente sobre las medidas cautelares que se hubieran adoptado previamente").

Ejemplos de tutela inhibitoria consistentes en el cese inmediato del comportamiento, a título meramente ilustrativo: la STSJ de Cantabria, de 23 de mayo de 2007, rsu.417/2007, que declara la existencia de indicios racionales y objetivos de que el proceso de selección de personal ha sido contrario al principio de igualdad constitucional de acceso al empleo de las mujeres y ordena a la empresa que deje de exigir a los candidatos una determinada titulación en las convocatorias de nuevo ingreso o la STSJ del País Vasco de 28 de junio de 2016, rsu. 1225/2016, que ordena el cese de la conducta empresarial consistente en modificar el turno de trabajo de determinados trabajadores, que pasaban a prestar servicios los sábados por la tarde, que enmascaraba un trato de favor a los afiliados a determinado sindicato, apreciando discriminación indirecta por razón de afiliación sindical. En otros casos, el cese inmediato de la conducta no resultará tan evidente, en cuanto que "interrupción inmediata y definitiva de una acción" e implicará, como en el caso resuelto por la STSJ de Málaga, de 14 de febrero de 2008, rsu. 2089/2017, la obligación para la empresa de reconocer el derecho de la trabajadora a percibir en el futuro el mismo salario que el resto de las personas trabajadoras de la empresa de su misma categoría, al haber sido discriminada salarialmente por razón de sexo durante los últimos siete años. Los efectos de la declaración de nulidad por razón de discriminación salarial se regulan actualmente en el art. 9 del ET, al que se añade un apartado tercero por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de

trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: "En caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor"[754].

2.3. TUTELA RESTITUTORIA Y REPARADORA

2.3.1. Tutela restitutoria

Si con la tutela inhibitoria se pretendía la cesación de la conducta evitando la perpetuación de la lesión y sus efectos negativos *ad futurum*, con la tutela restitutoria se pretende la restitución del demandante en el derecho fundamental lesionado, es decir la reposición del actor a la situación jurídica anterior a producirse la vulneración, consecuencia de la declaración de nulidad de la misma, que para que tenga efectos no meramente declarativos requiere la reversión de los efectos producidos.

La reposición del demandante a la situación anterior a la vulneración del derecho fundamental viene fijada ex lege en algunas de las modalidades procesales a las que remite el art. 184 LRJS.

Así, en los supuestos de despido por vulneración de derechos fundamentales, la calificación de despido nulo conlleva la readmisión obligatoria de la persona trabajadora con abono de los salarios de trámite, a fin de colmar la reposición a la situación anterior (restitución en la relación laboral existente) y reversión de los efectos ya producidos, consistente en los salarios dejados de percibir desde el despido (art. 108.2, en relación con el art. 55.6 ET).

En los supuestos de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, se remite a la modalidad procesal del ar. 138 LRJS, por lo que en caso de que la decisión empresarial tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora, habrá de reintegrar a la persona trabajadora en sus anteriores condiciones de trabajo (en su anterior centro de trabajo o en sus anteriores condiciones de trabajo o bien acordar la nulidad de la suspensión o reducción del contrato) con abono de las diferencias salariales que pudieren existir por ese motivo y en el caso de traslado, los gastos generados por el mismo y sin perjuicio, de reclamar los daños y perjuicios adicionales, incluido el moral que se hubieran producido, sobre los que "deberá" pronunciarse el

[754]BALLESTER PASTOR, M.A., "El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres…,cit., pág. 24, sobre los problemas de redacción del precepto y del artículo 28.2 ET, a la hora de determinar qué ha de entenderse por trabajo igual o de igual valor, con el que habrá de efectuarse la comparación, a fin de garantizar la retribución más alta por el mismo trabajo: "Probablemente lo que pretendía el RDL era garantizar la retribución más alta a quien ganaba un proceso por discriminación retributiva, pero con la formulación utilizada no se consigue necesariamente este efecto porque parece legitimarse también la posibilidad de condenas a la equiparación a la baja".

órgano judicial siempre que la sentencia declare la existencia de vulneración (art. 183.1 LRJS).

Existe una diferencia más para los supuestos en los que la medida empresarial es declarada nula (con independencia de la causa de la misma, ya lo fuera por vulneración de derechos fundamentales o por cualquiera otra de las causas de nulidad del despido del art. 55.5 ET), pues si el empleador no cumpliere la sentencia que condena a la reposición en sus anteriores condiciones de trabajo, la declaración de nulidad de la medida conlleva la posibilidad del demandante de optar por la ejecución del fallo o bien solicitar en otro procedimiento la extinción indemnizada del contrato, al amparo de. art. 50.1.c) ET, con abono de la indemnización establecida para los supuestos de despido improcedente (art. 138.8 LRJS); a diferencia de los supuestos en los que la medida es declarada injustificada en los que habrá de instar primero la ejecución del fallo y si el ejecutado persiste en su incumplimiento, solicitar la extinción indemnizada del contrato[755].

En los supuestos de demanda para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, el art. 139.1.a), párrafo segundo limita la reclamación de los daños y perjuicios causados a la persona trabajadora "exclusivamente a los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador"; si bien cuando la denegación del ejercicio del derecho o la demora en su reconocimiento se hubiera realizado con lesión de derechos fundamentales (por ejemplo, con vulneración de la garantía de indemnidad o el de no discriminación por razón de sexo), el régimen aplicable a la reparación del daño es el específico establecido para la indemnización de daños y perjuicios en el art. 183.1 LRJS[756].

En aquellos casos en los que se denieguen los derechos de conciliación solicitados y la decisión empresarial se califique de injustificada, la reparación del daño abarca los derivados de la misma, que pueden ser patrimoniales (daño emergente o gastos debidos realizar para el cuidado del familiar y lucro cesante, por ejemplo, salarios dejados de percibir, de tener que solicitar una reducción de jornada, una excedencia o un permiso sin sueldo para poder atender esas necesidades de conciliación familiar y laboral); así como los daños morales. En estos casos también se está causando un sufrimiento psicológico a

[755]Vid. MEGINO FERNÁNDEZ, D., "Artículo 138", en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BARRIOS BAUDOR, G.L. (Dir.), Editorial Aranzadi, Navarra, 2020, pág. 877. Cfr. TALÉNS VISCONTI, EDUARDO E., "Artículo 138", en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BLASCO PELLICER, A. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 902. 8

[756] MELLA MÉNDEZ, L., "Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar e indemnización de los daños causados por su no disfrute: algunos puntos de interés", *Actualidad Laboral, Nº* 4, Editorial Wolters Kluwer, 2014, pág. 6. En estos casos, la indemnización se rige por los criterios establecidos en el proceso especial de derechos fundamentales y no por el específico de conciliación de la vida familiar y laboral.

la persona trabajadora, por ejemplo, si no ha podido dedicarse personalmente al cuidado de sus familiares, lo que genera un daño moral indemnizable[757].

La diferencia con aquellas situaciones en las que la negativa o demora de la conciliación solicitada se produce con lesión de derechos fundamentales se limita a la innecesariedad de probar el daño moral derivado de la lesión del derecho fundamental que, según el art. 183.1 LRJS se entiende implícito en la vulneración del derecho ("daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental"), de modo que a efectos de la compensación de este, no cabe exigir una prueba plena del mismo[758].

En aquellos otros supuestos en los que la reposición del actor a la situación anterior no esté definida legalmente, esta vendrá determinada por los factores que concurran en cada supuesto y la naturaleza de la medida lesiva, siempre con preferencia por la restitución en del derecho de forma específica frente a la condena monetaria o económica. Empero, la reversión de los efectos que ya ha producido la lesión no será posible en sus propios términos en aquellas conductas que tienen lugar en un momento determinado y en las que el factor del tiempo en el que son realizadas es determinante, no siendo posible su ejercicio con carácter retroactivo. Por ejemplo, cuando la empresa no proporciona la información solicitada por el Comité de huelga para poder informar a las personas trabajadoras sobre los servicios mínimos a cumplir, trabajando más personas de las realmente necesarias durante la huelga y perjudicando la eficacia de la huelga convocada[759]; cuando se traslada a la persona trabajadora, miembro de una candidatura en las elecciones sindicales, del centro de trabajo de Madrid a La Coruña impidiéndole materialmente participar en la preparación y desarrollo de la campaña electoral[760]o cuando se reclama la tutela del derecho de libertad sindical, vulnerado por la intervención de manera subrepticia en las elecciones sindicales de la organización sindical CESM (cuya candidatura había sido excluida por la Mesa electoral), mediante la inserción de publicidad en la cartelería de otro sindicato (CSIF)[761] .

La restitución in natura exigiría en estos, como en muchos otros supuestos, la celebración nuevamente de la huelga o de las elecciones sindicales, lo que indudablemente, no resulta posible. Se considera que el disfrute del crédito horario en otras fechas no repararía la vulneración del derecho, pues su finalidad es la realización de la actividad sindical en los días comunicados al empleador (reuniones, congresos, asistencia a las personas trabajadoras...), de modo que esas razones de tipo temporal hacen ineficaz la recuperación

---

[757] STSJ de Castilla-La Mancha, de 9 Mayo de 2000, rsu. 840/1999.
[758] JURADO SEGOVIA, A., "La adaptación de condiciones de trabajo por razones de conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET): puntos críticos a la luz de los pronunciamientos judiciales recientes", *Trabajo y Derecho*, núm. 75, Editorial Wolters Kluwer, 2021, pág.14.También MELLA MÉNDEZ, L., "Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar e indemnización…", *op.* cit, pág. 7.
[759] SAN de 22 de diciembre de 2023, proc. 159/2023.
[760] STS de 20 de enero de 1997, rcud. 2059/1996.
[761] STSJ de Galicia de 9 de febrero de 2024, rsu 5590/2023.

en otras fechas. Por ello se ha considerado que la denegación del disfrute del crédito horario en el día solicitado por el demandante, por razones organizativas, aunque se reconociera en otra fecha, no enerva la lesión del derecho fundamental, pues lo relevante no es el propósito deliberado de menoscabar ese derecho, sino la existencia de un nexo causal entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo, señalando una indemnización para la restitución del derecho que no pudo ser disfrutado en las condiciones pretendidas por el actor[762].

También resulta discutible la restitución in natura cuando la lesión se ha materializado en un comportamiento omisivo anterior al inicio del vínculo contractual, como ocurre con la discriminación en el acceso al empleo. La reposición al momento anterior a la vulneración supondría la contratación laboral de la persona discriminada, solución esta que no parece tener apoyo en un grupo de autores[763], pues implica la imposición forzosa al empleador de la constitución de un vínculo laboral no deseado. Para este sector de la doctrina la no contratación por discriminación o por el ejercicio de un derecho fundamental de quien estaba en un proceso de selección o incluso habiéndose celebrado un precontrato de trabajo, a pesar de su declaración de nulidad, difícilmente podrá llevar aparejada la obligación de contratación (*facere*), optando por la sustitución mediante una indemnización de los daños y perjuicios causados (*dare*)[764].

A favor de la restitución in natura, con obligación de contratación, cabe destacar la STC 2269/1992, de 14 de diciembre, que aprecia discriminación directa por razón de sexo de la trabajadora que habiendo superado las pruebas de acceso para la plaza de ayudante minero no es contratada, siendo todos los contratados varones. El TC considera que "para el restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho hemos de reconocerle, de acuerdo al suplico de la demanda, su derecho a ocupar la plaza solicitada de ayudante minero, que habrá de ser en igualdad de condiciones laborales y salariales, antigüedad incluida, que los trabajadores varones que aprobaron aquellas pruebas de acceso contemporáneamente con la actora"; la STC 173/1994, de 7 de junio, que declaró nula la decisión de no prorrogar un contrato temporal a una trabajadora embarazada[765] y la STC

[762] STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, de 28 de noviembre de 2014, rsu. 908/2014.

[763] Sobre la imposibilidad de sustituir el consentimiento empresarial en el caso de no querer cumplir voluntariamente, se pronuncia BALLESTER PASTOR, M.A., "Diferencia y discriminación por razón de sexo en el orden laboral, Diferencia y discriminación por razón de sexo en el orden laboral, cit., pág. 145. Cfr. APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 43.

[764] Sobre la forma de cuantificar dicha indemnización, véase ALZAGA RUIZ, Í, "La indemnización por daños y perjuicios en los supuestos de incumplimiento del precontrato de trabajo", *Revista española de derecho del trabajo,* núm. 183, 2016, págs. 1 a 35. La autora advierte de la necesidad de huir de fórmulas genéricas y valorar los perjuicios sufridos en cada caso por los tribunales, teniendo en cuenta criterios como la naturaleza del comportamiento lesivo, la entidad de la lesión y las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto.

[765] FJ 4 de la sentencia: "…En el presente caso, el efecto anulatorio afectaría a la denegación de la prórroga, y por ello, eliminada esa denegación, habría de entender prorrogada temporalmente o contratada por un nuevo período el primitivo contrato temporal para el fomento del empleo", con abono de los salarios de trámite correspondientes a dicha prórroga.

90/1997, de 6 de mayo, que impuso la conversión de un contrato a tiempo parcial en uno a tiempo completo, que había sido solicitado por la trabajadora y denegado por razón de la participación de aquella en una convocatoria sindical de huelga (vulneración del derecho de libertad sindical – artículo.28 CE- al que se reconduce la discriminación por motivos sindicales-artículo 14 CE-, así como el derecho de huelga- artículo 28.2 CE-, en cuanto que medio para la acción sindical). Igualmente, la reciente STJUE, de 18 de enero de 2024, asunto C-631/2022, a la hora de aplicar el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, concluye con la obligación del empresario de mantener el puesto de trabajo del empleado declarado en incapacidad permanente, realizando los ajustes razonables en el mismo, salvo que dichos ajustes o medidas supongan una carga excesiva.

Esta jurisprudencia obliga a mantener la contratación de la persona trabajadora, a pesar de existir una causa objetiva y ajena al empleador como es la declaración de incapacidad permanente para la profesión habitual del INSS, realizando ajustes razonables, salvo que estas supongan una carga excesiva, lo que obligará al empleador a aportar una justificación objetiva y razonable de la imposibilidad de adoptar esas medidas. En caso contrario, la extinción devendrá nula por discriminatoria[766].

Como se puede comprobar, hay ejemplos de imposición al empresario de la obligación de mantener la contratación laboral (ya en sus mismos términos o novada, por la introducción de cambios en las condiciones de la prestación de servicios), si bien cuando se trata de imponer la constitución de la relación laboral ex novo, por discriminación en el momento del acceso al empleo, la cuestión sigue siendo controvertida.

Aunque se trate de supuestos distintos, los efectos que se derivan del despido nulo, readmisión obligatoria de la persona trabajadora y abono de los salarios de trámite, podrían ser trasladables a los supuestos de no contratación por discriminación, de modo que la condena al empresario lo sería a contratar a la persona trabajadora y en su caso al abono de los salarios que se habrían devengado y no fueron abonados desde la fecha en que debió de efectuarse la contratación[767]. Al tratarse de la vulneración de un derecho fundamental, la pretensión es compatible con la reclamación de los daños y perjuicios, incluido el moral, que se hubieran producido.

Uno de los principales problemas que se derivan de dicho pronunciamiento para el trabajador es la ejecución del mismo, pues al tratarse de una prestación de hacer

[766]Véase también la STJUE de 11 septiembre 2019, C-397/18 – asunto Nobel, en el que se considera un despido por causas objetivas (ineptitud sobrevenida del trabajador) como nulo por discriminación indirecta por motivos de discapacidad al no haber realizado la empresa ajustes razonables con carácter previo en su puesto de trabajo, pese a las solicitudes de la trabajadora "especialmente sensible a los riesgos del trabajo".
[767]Véase, CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral*…, cit. pág. 376. Cfr. ALFONSO MELLADO, C.L., "Comentario a la SC 173/1994: La protección frente a las discriminaciones en el empleo", *Poder Judicial,* núm. 35, 1994.

personalísima no cabe la sustitución de la voluntad del empresario en la celebración del contrato de trabajo. E igual ocurre si la condena no fuera a la contratación forzosa de la persona trabajadora, sino a la repetición del proceso de selección sin los defectos cometidos. No obstante, la LRJS prevé, en caso de prestaciones de dar, hacer o no hacer y a falta de cumplimiento en forma específica, para garantizar el cumplimiento de la obligación, la imposición de apremios pecuniarios y multas coercitivas, tras audiencia de las partes, de conformidad con el art. 241.2 y 3 LRJS.

A pesar de los anteriores argumentos a favor de dicha solución, en la jurisprudencia nacional los pronunciamientos han sido limitados y excepcionales, como se ha indicado. A ello hay que añadir que el TJUE al pronunciarse sobre esta cuestión ha concluido que la normativa comunitaria "no impone que una discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo deba ser sancionada obligando al empresario, autor de la discriminación, a celebrar un contrato de trabajo con el candidato discriminado"[768]. Lo que no quiere decir que no lo permita.

En cualquier caso, habría otras cuestiones que solventar de admitirse la contratación forzosa del candidato discriminado. Por ejemplo, si dicha obligación de contratación forzosa persiste si ya hay otros candidatos elegidos igualmente cualificados o solo es exigible cuando el excluido por la discriminación tuviera una mejor o más específica cualificación (si bien en este último supuesto, la preterición del candidato mejor cualificado es una cuestión de legalidad ordinaria que merecería tutela con independencia de la existencia o no de factor discriminatorio, a la que podría sumarse la discriminación de existir un "factor protegido"). Faltarían precedentes claros en el establecimiento de dicha obligación que permita extender esta solución a todos los supuestos, pues en los casos en los que se ha dado, no se trataba de una primera contratación, sino de la no renovación o falta de prórroga de un contrato temporal y en los que la empleadora era una Administración pública, "cuyas decisiones no pueden ser arbitrarias" (art. 9.3 C.E.) [769].

Por último, nos encontramos con otro límite de la tutela restitutoria y es la protección de terceros de buena fe, que pueden tener intereses derivados de una situación jurídica concreta. En este caso, ha de aplicarse la doctrina constitucional relativa a que el alcance de una sentencia al otorgar el amparo y declarar la nulidad de una resolución judicial anterior, debe tener en cuenta el principio de "mínima perturbación" de los terceros que

[768] SSTJUE de 10 de abril de 1984, asunto C-14/83, Von Colson y Kamann/Land NordrheinWestfalen y de la misma fecha, asunto C-79/83, Harz/Deutsche Tradax.
[769] FITA ORTEGA, F., "El derecho a la mentira como tutela preventiva de los derechos fundamentales de los trabajadores", *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 441, Centro de Estudios Financieros, 2019, pág. 91.

pueden resultan afectados[770]. Así se ha considerado que no existen daños a terceros[771] en los supuestos de obligación de reponer a las personas trabajadoras demandantes en su jornada de lunes a sábados por la mañana como el resto de sus compañeros (al apreciar vulneración de la libertad sindical por existir trato de favor de los afiliados de determinado sindicato que no sufrieron modificación en su jornada), sin que esta exigencia pueda condicionarse por problemáticas futuras, "como organización de vacaciones, bajas, excedencias o maternidades", alegadas por la empresa y carentes de fundamento para el órgano judicial.

2.3.2. Tutela reparadora

La tutela reparadora pretende resarcir de los daños y perjuicios causados por el comportamiento lesivo y suele traducirse en una indemnización o compensación económica, si bien también puede suponer una condena de hacer (por ejemplo, la publicación de la sentencia condenatoria).

Este tipo de responsabilidad deriva de la aplicación del principio general de responsabilidad por incumplimiento contractual del art. 1101 CC, según el cual "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas". A la reparación de las consecuencias ilícitas del acto se refiere el art. 15 de la LOLS.

Más allá de su encuadramiento en el ámbito de la responsabilidad civil que surge del contrato de trabajo, esta indemnización goza de un soporte legal propio y diferenciado en los arts. 182 y 183 LRJS y deriva no solo de un incumplimiento contractual, sino de la necesidad de otorgar una protección real y efectiva- además de reforzada- a los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente[772].

La indemnización de daños y perjuicios en los supuestos de lesión de los derechos fundamentales cumple varios objetivos. Por un lado, y cuando no es posible la restitución in natura del derecho fundamental, a la que habrá de darse preferencia, la indemnización de daños y perjuicios cumple el objetivo de sustituirla. Por otro, cumple la finalidad de reparación de todos los daños materiales y morales producidos, para que el perjudicado pueda obtener el resarcimiento íntegro de su derecho (*restitutio in integrum*)[773]. Y por último puede tener también una función punitiva, en cuanto que se viene produciendo una integración en los pronunciamientos jurisprudenciales de la construcción anglosajona de

[770] STC 4/1982, de 8 de febrero, FJ8: "…principio de la máxima conservación de las actuaciones procesales y de la mínima perturbación de los derechos e intereses de terceras personas, en cuanto sea compatible con la tutela del derecho fundamental violado, ya que los efectos de la declaración deben ser los absolutamente necesarios, sin extensiones no exigidas, que perjudiquen el procedimiento seguido, y los derechos y obligaciones de personas sin relación directa con tal tutela".
[771] STSJ del País Vasco, de 28 de junio de 2016, rsu. 1225/2016.
[772] SSTC 176/1988, de 4 de octubre y 12/1994, de 17 de enero.
[773] Véase CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral…*, op. cit, pág. 379, sobre los variados objetivos que viene a cumplir la reparación económica o indemnización.

los daños punitivos (*punitive damages)*[774]*,*con una triple finalidad: punitiva o sancionadora (castigar por el acto antijurídico), impedir el enriquecimiento injusto del sujeto activo de la lesión y preventiva o disuasoria (a fin de evitar no solo la reiteración de la conducta por el demandado, sino también por terceros)[775]. Acerca de esta última función "admonitoria o represora" de los comportamientos antisindicales y de "advertencia" para prevenir futuros incumplimientos ya se hacía referencia en cierta doctrina de suplicación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid como apuntaba Cavas Martínez[776].

A) Objeto de la tutela reparadora: daños patrimoniales, extrapatrimoniales y punitivos

El objeto de la tutela resarcitoria o reparadora son las consecuencias del acto lesivo, que abarca la totalidad de los daños y perjuicios de todo tipo que este haya podido ocasionar.

Según la naturaleza de los bienes lesionados se distingue entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales o daños materiales y morales.

Los **daños patrimoniales** son aquellos que afectan al patrimonio del perjudicado, es decir al conjunto de sus bienes y derechos de naturaleza económica. El art. 1106 del C.c. distingue entre daño emergente y lucro cesante. El primero comprende el conjunto de gastos que ha debido realizar el perjudicado por la conducta infractora, sin que quepa incluir gastos excesivos o mejoras respecto a la situación anterior (pero sí la denominada pérdida de oportunidad[777]) y el segundo, las ganancias dejadas de percibir como consecuencia de aquella conducta (ha de acreditarse que se trata de ganancias que se habrían obtenido, efectivamente, de no producirse la lesión). Con ello se pretende obtener la denominada "*restitutio in integrum*" o restitución de todo el quebranto patrimonial producido al perjudicado.

La categoría de los **daños extrapatrimoniales** abarca aquellos producidos sobre bienes o derechos que no tienen naturaleza económica ni circulan en el tráfico jurídico, como los **daños corporales** (en los que el bien jurídico protegido es la integridad física) y **los morales** (los bienes jurídicos protegidos son el honor, la intimidad, la felicidad, que

[774] CUADROS GARRIDO, M.E., *Los daños punitivos en el derecho del trabajo,* Editorial Colex, A Coruña, 2022, págs. 13 a 15, sobre los orígenes de los daños punitivos en el derecho anglosajón.
[775] TEBALÁN PALACIOS, H.I., "La reformulación de la indemnización por daños en el proceso especial de tutela de derechos fundamentales laborales", *Trabajo y Derecho*, núm. 49, Editorial Wolters Kluwer, 2019, p. 7.
[776] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral*… op. cit., pág 379, con referencia a la STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2001.
[777] Sobre la construcción de los daños y perjuicios, eminentemente civilista, y su aplicación en el ámbito laboral, SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo,* Editorial Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 56: La pérdida de oportunidad forma parte del daño emergente y se caracteriza porque el perjudicado "pierde la posibilidad de obtener un bien o beneficio o simplemente de ejercitar un derecho".

forman parte del patrimonio inmaterial del sujeto, de modo que el daño se materializa en sufrimiento psicológico, angustia, ansiedad y sentimientos análogos)[778].

Los daños extrapatrimoniales engloban de manera conjunta todos aquellos que no afectan al patrimonio entendido en un sentido puramente económico, de modo que comprende tanto los daños en derechos de carácter inmaterial e intangible, incluso cabría decir que espiritual[779] (daños morales en sentido estricto) y los daños en la persona (vida, integridad física, bienestar).

a) Los daños patrimoniales

La reparación de los daños patrimoniales causados por la lesión consiste en el reembolso de las cantidades que el trabajador haya tenido que abonar (gastos generados por la lesión) así como las que haya dejado de percibir como consecuencia directa de la vulneración (salarios, emolumentos, ganancias…) y que no se encuentren prescritas[780]. Comprende el lucro cesante, por ejemplo, los salarios dejados de percibir por exclusión de las listas o bolsas de empleo[781], las diferencias salariales no percibidas en los supuestos de discriminación salarial retributiva[782], así como la remuneración correspondiente a las guardias médicas no realizadas por la trabajadora embarazada, que solicita adaptación del puesto de trabajo[783] o las posibles prestaciones de desempleo percibidas en cuantía inferior por la existencia de infracotizaciones. Con carácter general, no se considera lucro cesante la pérdida de salario por los días de huelga, cuando se declara la conducta empresarial vulneradora de ese derecho fundamental, pues es "un efecto legal derivado del propio ejercicio del derecho de huelga por parte del trabajador, ajeno e independiente de la posterior actuación, legal o ilegal, que pueda seguir la empresa"[784], sin perjuicio de

[778] ÁLVAREZ SACRISTAN, I., "Tratamiento jurídico de los daños morales causados por los accidentes de trabajo", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 567, Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 1 a 6.
[779] Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *La indemnización por Daños y Perjuicios…, op.* cit, pág. 57.
[780] Téngase en cuenta lo indicado respecto a la prescripción de la acción para reclamar los daños y perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales, cuando se trate de daños "continuados" o de acciones "subsiguientes". Ejemplos prototípicos serían los supuestos de acoso (STSJ de Madrid, de 12 de junio de 2009, rsu. 1900/2009,) y aquellos en los que se produce la exclusión o posposición de un trabajador en el orden de las listas o bolsas de empleo. Cfr. la citadas SSTS de 1 de octubre de 2019, rcud. 1209/2017, el cómputo de la prescripción de la indemnización de daños y perjuicios es el momento a partir del que la acción de reclamación de daños y perjuicios pudo ejercitarse (teoría de la *actio nata),* que en el caso de la no inclusión en las bolsas de empleo, será "la fecha en que ha quedado firme la sentencia que reconocía el derecho a la inclusión en la bolsa de empleo"; y la sentencia de 17 de abril de 2018, rcud.919/2016, en cuanto a los salarios dejados de percibir por la exclusión de una vacante, el *dies a quo* para su reclamación será el de la fecha de la sentencia que declara el derecho a ocuparla y no el día que conoció que no iba ser designada para ocuparla.
[781]STSJ de las Islas Canarias de 29 septiembre de 2015, rsu. 623/2015.
[782] Cfr. la doctrina contenida en la citada STS de 3 de abril de 2024, rcud. 5599/2022, seguida por otras muchas, de 29 de mayo de 2024, rcud. 629/2023, de 11 de septiembre de 2024, rcud. 1629/2023 y 20 de noviembre de 2024, rcud. 1977/2023.
[783] STS de 24 de enero de 2017, rcud. 1902/2015:" No hay duda de que el efecto pernicioso directo sufrido por la trabajadora consiste en la falta de una parte del salario que habitualmente venía percibiendo, siendo razonable calcular tal perjuicio en el promedio ponderado del importe que mensualmente le era abonado por tal concepto (guardias médicas) hasta el momento de la adaptación del puesto".
[784] STS de 14 de noviembre de 2024, rcud. 227/2022.

la condena a indemnizar por el daño moral derivado de la ilícita actuación empresarial. Y ello porque si bien está prevista legalmente la posibilidad de indemnizar tanto los daños morales como cualquier otra clase de perjuicio adicional derivado de la infracción, la pérdida de salario correspondiente a los días en huelga no puede considerarse perjuicio adicional, sino consecuencia del ejercicio del derecho, salvo supuestos excepcionales[785]

Son ejemplos de daño emergente: el alquiler de un inmueble ante la negativa de la empresa a proporcionar un local sindical a que tenía derecho la sección sindical[786], los gastos de desplazamiento y alojamiento debidos realizar por un traslado injustificado y discriminatorio o los mayores gastos de los necesarios para acudir al trabajo, para cuidar los hijos o para poder desarrollar la vida familiar, por ejemplo, ante la falta de reconocimiento de medidas de conciliación o por la modificación sustancial de condiciones de trabajo, aunque igualmente tendrían esta consideración otros perjuicios, como los causados en la disminución de cotizaciones a la Seguridad Social derivadas de una reducción de jornada, en general, o en su proyección concreta en la percepción o no, y en qué cuantía, de las prestaciones por desempleo.

Los daños materiales han de ser acreditados mediante los correspondientes recibos o facturas o con la prueba precisa y detallada de la ganancia no percibida, pues se trata de daños objetivables y coinciden con la merma sufrida en el patrimonio del perjudicado.

En el importe de la indemnización no entran los honorarios del profesional que ha asistido en el pleito para exigir la tutela del derecho fundamental pues se rechaza la calificación como "indemnización" de estos[787], si bien existen excepciones, cuando el recurso a la tutela judicial ha sido necesaria como consecuencia de una práctica administrativa consistente en seguir aplicando una norma nacional que ya ha sido declarada contraria al derecho europeo, como ha ocurrido en el supuesto del complemento de maternidad por aportación demográfica[788]. El TJUE se pronunció sobre esta cuestión en sentencia de 14

[785]STS de 14 de noviembre de 2024, cit: "en supuestos muy extremos en los que esa actuación vulneradora del derecho fundamental revista especiales dosis de gravedad, hasta el extremo de hacer absolutamente ineficaz y neutralizar totalmente la huelga, privándola íntegramente de cualquier efecto y de la más mínima repercusión en la actividad de la empresa, al punto de impedir cualquier manifestación de sus efectos". l

[786] STSJ de Cataluña, de 13 de noviembre de 2000, rsu. 4496/2000.

[787] STS de 11 de mayo de 2011, rcud. 1554/2011, con referencia a los razonamientos contenidos a modo de "*obiter dicta*" en la STS de 4 de abril de 2007, rcud. 588/2006 sobre esta cuestión: el carácter facultativo en la instancia de la defensa por Abogado y su cargo a cuenta del litigante que opte por ella; el reconocimiento de justicia gratuita a todos los "trabajadores y los beneficiarios del sistema de Seguridad Social" con la posibilidad de pedir la designación de Abogado por el turno de oficio; la tradicional gratuidad en la instancia en el proceso laboral, pues la condena en costas queda limitada a los supuestos de mala fe o notoria temeridad; la reclamación de honorarios vía indemnizatoria impediría impugnar los honorarios como excesivos y porque "admitir que los gastos [costas] de un proceso sean objeto de reclamación en otro posterior, razonando que nadie debe soportar las consecuencias onerosas de una censurable decisión ajena, conduciría a reclamaciones encadenadas indefinidamente, pues qué duda cabe que este segundo proceso genera nuevos gastos por asistencia Letrada".

[788] STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/2018). Tras dicha sentencia del TJUE, el INSS siguió denegando el complemento de maternidad a los hombres e incluso recogió dicha práctica administrativa en el Criterio de Gestión 1/2020, a la espera de la modificación del artículo 60 LGSS. Ello supuso obligar a

de septiembre de 2023 (asunto C-113/2022), de modo que la reparación "adecuada" de los perjuicios sufridos por la discriminación no queda íntegramente compensada con el reconocimiento retroactivo del complemento de maternidad de la pensión de jubilación, "cuando su denegación ha sido consecuencia de una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la norma nacional vigente, obligando al interesado a hacer valer su derecho en vía judicial", debiendo incluir todos los daños efectivamente ocasionados, según las normas nacionales aplicables, "incluidas las costas y los honorarios de abogado".

b) El daño corporal

La indemnización debe abarcar también los daños que sufra la persona en su vida o integridad física (daños corporales). Estos daños, que pertenecen a la categoría de extrapatrimoniales, deben ser reparados de forma que "la víctima quede en una situación lo más próxima posible a aquella de la que disfrutaría si el hecho lesivo no se hubiera llegado producir", de modo que el tradicional principio de *restitutio in integrum* forma parte del contenido de la tutela de los daños personales[789]. Para calcular la cuantía de la indemnización, a falta de otros indicadores, se acude a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Estos daños corporales y a la salud aparecen vinculados a situaciones de prestaciones de incapacidad temporal o de incapacidad permanente, que resarcen la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, de modo que el importe de las mismas, así como el de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social deberán ser detraídos de la indemnización por lucro cesante prevista en el Baremo circulatorio[790], no así el recargo de prestaciones.

c) El daño moral

El art. 183.1 LRJS hace especial referencia al "daño moral", como "unido a la vulneración del derecho fundamental". El primer problema que hemos de afrontar es definir el daño moral. Aunque el art. 1902 CC establezca la obligación de indemnizar el daño causado, por tanto, cualquier daño, incluido el moral, eso no exime de fijar sus contornos y precisar su concepto. La definición de daño moral que ofrece la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS es la de aquel daño que está representado "por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad; daño moral es así el

los hombres a recurrir a la vía judicial para hacer efectivo su derecho al complemento, con el retraso en la percepción del mismo, así como la necesidad de efectuar gastos, como los honorarios de letrado.

[789] STC 181/2000, de 29 de junio.

[790] STS de 23 de junio de 2014, rcud. 1257/2013, respecto a la compensación de las prestaciones de la seguridad social con la indemnización por lucro cesante y SSTS de 7 de marzo de 2018, rcud. 767/2016 y de 10 de enero de 2019, rcud. 3146/2016, en cuanto a la detracción de las mejoras voluntarias establecidas convencionalmente de la cuantía de la indemnización por lucro cesante.

infringido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas"[791]. Dicho concepto bebe de la construcción civilista que define el daño moral por exclusión (aquél que no es susceptible de ser evaluado patrimonialmente) y que consiste, "paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa y secuencialmente una traducción económica"[792].

El daño moral se ha vinculado al pretium doloris, lo que lleva a una noción estricta del daño (el dolor solo puede ser sufrido por la persona física), si bien se ha ido ampliando y considerarse implícito en la lesión de los derechos de la personalidad (honor, intimidad, propia imagen), operando de forma automática cuando se ha producido la lesión de un derecho fundamental en el ámbito laboral, dada la redacción del art. 183.2 LRJS[793].

La presunción del daño moral asociado a la vulneración de un derecho fundamental está prevista en el art. 27 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: "Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral". Dicha presunción es ajena a la lógica civilista, que no presume la existencia del daño ni su imputación a un responsable, considerando que viene a cumplir casi una función sancionatoria de la conducta de la persona empleadora, de modo que cometida por esta la lesión del derecho fundamental, la consecuencia aparejada es la presunción de existencia de daño moral. [794]

El daño moral a diferencia de otros daños, no es objetivable, pues lo que pretende no es la reintegración de una situación patrimonial, sino permitir una cierta compensación del sufrimiento causado a la víctima. Ello conduce a uno de sus principales problemas objeto de debate, como es el de la necesidad o no de su prueba y los criterios para su cuantificación.

A ello cabe añadir otro más y es que a la indemnización del daño moral se le ha reconocido otra función por el apartado segundo del art. 183 LRJS, junto a la de "resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión" (finalidad reparadora), que no es otra que una finalidad preventiva: "así como contribuir a la finalidad de prevenir el daño".

A estos otros objetivos de la indemnización por daño moral ya se había hecho referencia por la doctrina, al indicar que junto a la reparación del sufrimiento o menoscabo psíquico la indemnización por daño moral también está llamada a cumplir: i) una función punitiva

[791] STS de 12 de diciembre de 2007, rcud. 25/2007.
[792] STS, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2015, rec. 2017/2013.
[793] DESDENTADO BONETE, A., "Una lesión de la libertad sindical à rebours?", *Revista de información laboral, núm. 7,* Editorial Aranzadi, 2017, versión on line.
[794] GÓMEZ LIGÜERRE, C., "Concepto de daño moral" en *El daño moral y su cuantificación, GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I.,(Coords),* Editorial Bosch, 2023, págs. 38 y 39. Aunque como señala el autor "Es posible, con todo, que sus redactores quisieran facilitar la reclamación de la víctima y evitarle la prueba de la existencia de un daño que, en muchos casos de discriminación, puede ser el único que se haya causado a quien la padece. El precepto, con todo, deja la cuantificación de la compensación en manos del juzgador, a quien apenas provee de algunos parámetros generales.

o sancionadora, actuando la indemnización como sanción frente al causante de la lesión, ii) una función preventiva o disuasoria de futuros incumplimientos del infractor y de terceros[795].

Y es a propósito de estas otras dos finalidades que ha surgido la duda acerca de si cabe trasladar al ordenamiento jurídico español el concepto de los (mal) llamados "daños punitivos[796]".

d) Los daños punitivos

Tanto nuestro legislador como los órganos judiciales se han mostrado reticentes a integrar el concepto de daños punitivos propio del "common law" en nuestro ordenamiento jurídico y ello por la diferente construcción de la responsabilidad civil en el ámbito británico y el continental. Mientras que en los sistemas judiciales de influencia anglosajona el tribunal puede condenar al pago de una cantidad a la víctima como castigo (en concepto de daños punitivos), en derecho continental el pago de una cantidad a la víctima tiene como finalidad reparar el daño causado, dejando las funciones represivas y preventivas al derecho penal y administrativo[797], que son los encargados de restablecer el orden jurídico y prevenir de manera general o especial la comisión de nuevos comportamientos ilícitos, con la imposición de sanciones penales o administrativas. Esta estricta separación entre ambos sectores del ordenamiento jurídico (derecho privado y público) ha impedido la recepción de lo que se denomina una "pena privada", como sanción impuesta al infractor bajo la forma de indemnización, pero que percibe la víctima y no el Estado, con la finalidad de disuadirle de reiterar su conducta[798].

Como argumentos en contra de la recepción de la figura de los daños punitivos, además de la construcción dogmática reparadora de la responsabilidad civil, de raíz romano-germánica, cabe añadir:

- La generación de un enriquecimiento injusto de la víctima. La teoría del enriquecimiento injusto proscribe el enriquecimiento sin causa y que la víctima perciba más del daño efectivamente padecido por todos los conceptos. No hay motivos suficientes para establecer un "exceso" de indemnización (la cuantía

[795] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral*…, op. cit., pág. 383.
[796] TEBALÁN PALACIOS, H.I., "La reformulación de la indemnización por daños en el proceso especial de tutela…, *op*. cit., pág. 3: "en la lengua inglesa, daño debe decirse *damage*, en singular, mientras que indemnización debe traducirse como *«damages»*". Por tanto, es la indemnización la que es punitiva, no el daño".
[797] LÓPEZ TERRADA, E., "La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, núm. 11, 2021, pág.25. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412
[798] A pesar de dicha compartimentación, no dejan de existir en el derecho del trabajo, ejemplos de cantidades percibidas por el trabajador, pero que tienen una finalidad disuasoria, como el recargo de prestaciones. Cfr. LÓPEZ TERRADA, E., "La controvertida indemnización por lesión…*op.* cit., pág. 29. También, SÁNCHEZ PÉREZ, J., "La reparación del daño en la jurisdicción laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 216, Editorial Aranzadi, 2019, pág. 9: "Se afirma que el recargo de prestaciones contribuye, por el efecto disuasorio, a que las empresas inviertan en seguridad para evitar incurrir en responsabilidad".

punitiva) y que esta se atribuya a la víctima, cuando ha obtenido la compensación íntegra de todos los perjuicios sufridos. Ahora bien, es cierto que la indemnización de daños y perjuicios en muchas ocasiones no es suficiente para resarcir íntegramente a la víctima, pues "traducir monetariamente" daños inmateriales es una tarea compleja y "sólo puede acercarse a la noción de apreciación aproximativa"[799]. Dicha circunstancia no debe llevar a atribuir a los daños punitivos la función de colmar el resarcimiento íntegro del daño moral, cuando la indemnización de este no resulta suficiente en la práctica, pues ello resulta inapropiado desde el punto de vista jurídico, ya que el objetivo de los daños punitivos es que la indemnización tenga una función ejemplarizante y disuada de futuras conductas, no reparadora o complementaria de una indemnización que se antoja insuficiente[800].

- El principio "non bis in idem" que impediría la concurrencia de una indemnización de naturaleza "sancionadora" con la imposición de sanciones administrativas o penales por los mismos hechos[801]. La admisión de ese tipo de indemnización supondría introducir una figura jurídica cuasi penal en el ámbito de la responsabilidad civil, cuando la función disuasoria ya resulta cumplida con las penas y las sanciones administrativas[802].

Pese a ello, se han de reconsiderar dichos argumentos a la luz de otros, a favor de la función preventiva de la indemnización:

- Desde el punto de vista de la consagración legislativa, el art. 183.2 LRJS hace referencia a la función preventiva de la indemnización de daños y perjuicios en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales.
- En nuestro ordenamiento también existen otros ejemplos de cuantías indemnizatorias con finalidad preventiva, como el recargo de prestaciones (art. 164 LGSS) o la indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades del art. 281 LRJS, prevista en el incidente de no readmisión en las sentencias de despido[803].
- En el ámbito del Derecho europeo, el art. 18 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del

[799] BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "Daños punitivos en despido discriminatorio (y algunas reflexiones desde la perspectiva de la eficiencia de las normas)", *Una mirada crítica a las relaciones laborales, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* entrada 2015. Daños punitivos en despido discriminatorio (y algunas reflexiones desde la perspectiva de la eficiencia de las normas) – UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES (ignasibeltran.com)

[800] Ibidem. Tal como indica el autor: " …lo que debería tratar de asegurarse es una restitución lo más próxima posible a la integridad del daño sufrido".

[801] SÁNCHEZ PÉREZ, J., "La reparación del daño…*op.* cit., pág. 26.

[802] En ello incide CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Daños punitivos. Aspectos de derecho internacional privado europeo y español", en *Derecho de daños*, HERRADOR GUARDIA, M.J., 2013, págs. 4-8.

[803] TEBALÁN PALACIOS, H.I., "La reformulación de la indemnización por daños en el proceso especial de tutela…, *op*. cit., pág. 5. Apunta que en ninguna parte "aparece que la funcionalidad de esta cuantía adicional sea estrictamente la reparación efectiva del daño.

principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación se refiere a la obligación de los Estados miembros de introducir las medidas necesarias en sus ordenamientos jurídicos nacionales para garantizar que la indemnización del perjuicio sufrido por la persona que ha sido objeto de discriminación, por razón de sexo, sea real y efectiva y añade "de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido". Y ello a pesar de que la STJUE de 17 de diciembre de 2015 (C-407/14), asunto Arjona Camacho, al pronunciarse sobre la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Córdoba y en concreto, sobre si con arreglo a dicho precepto cabe conceder a la víctima una indemnización por daños punitivos que tengan un efecto disuasorio respecto al empresario y otros potenciales agresores, no da una respuesta clara[804]. El TJUE indica que el art. 18 de la citada Directiva obliga a los Estados miembros a establecer "medidas que prevean el abono de una indemnización que cubra íntegramente el perjuicio sufrido, según los procedimientos que determinen, a la persona que ha sufrido un perjuicio, pero no prevé el abono de daños punitivos". El art. 25 de la Directiva (bajo la rúbrica "Sanciones") sí prevé expresamente la posibilidad de que los Estados incluyan la "indemnización a la víctima" entre las medidas sancionadoras, por lo que concluye que la normativa comunitaria, si bien reconoce la facultad de cada Estado de incluir la figura de los daños punitivos, "en modo alguno está prevista con carácter obligatorio en el ámbito de cada Estado". Al no estar previstos estos daños punitivos en el ámbito del ordenamiento jurídico español, el juez nacional no puede condenar por sí mismo al abono de estos, pues el TJUE recuerda que si un Estado quiere prever la concesión de daños punitivos "deberá fijar los criterios que permitan establecer el alcance de la sanción, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad". En definitiva, cabe extraer como conclusión que el Derecho comunitario no obliga pero sí permite la figura de los daños punitivos, si bien cada Estado tendrá que establecer los criterios para su determinación. Cabe colegir que debido a su carácter sancionatorio, el principio de legalidad y tipicidad resultan contrarios a la indeterminación de las conductas y a la falta de criterios ciertos para fijar la cuantía. No obstante, en nuestra legislación, los daños punitivos se configuran como una parte de la cuantía de la indemnización, destinada a contribuir a la finalidad preventiva, que puede ser determinada prudencialmente por el juzgador, pues al igual que ocurre con el daño moral, establecer un importe "exacto" que cumpla dicha finalidad resulta difícil, por la falta de criterios normativos para la fijación de la cuantía (teniendo que recurrir a cuantías fijadas con otros fines, aunque también sancionatorios, como la LISOS).

[804] Vid. el comentario a la sentencia del profesor Eduardo Rojo, en ROJO TORRECCILLAS, E., "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre dos nuevas cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales y juzgados españoles. Una nota a la sentencia de 17 de diciembre de 2015 y la no obligación de abono de daños punitivos", *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, El blog de Eduardo Rojo,* entrada 19 de diciembre de 2015.

- Por último, los partidarios de la inclusión de los daños punitivos, contrarrestan el óbice que puede suponer el enriquecimiento injustificado de la víctima, advirtiendo que la indemnización punitiva solo procede en el caso de conductas lesivas particularmente intolerables, atendiendo a las circunstancias que concurran en cada caso concreto[805].

La jurisprudencia del TS sobre el art. 183.1 LRJS y la función preventiva atribuida a la indemnización ha sido parca y reticente al reconocimiento de una cuantía expresa por dicho concepto, si bien sí se ha procedido al reconocimiento de la finalidad preventiva de la indemnización[806]. Uno de los muchos pronunciamientos que hace referencia a la finalidad preventiva de la indemnización es la STS de 13 de julio de 2015, rcud. 221/2014, al indicar que el art. 183.1 LRJS "viene a atribuir a la indemnización —por atentar contra derechos fundamentales— no sólo una función resarcitoria (la utópica *restitutio in integrum*), sino también la de prevención general".

Dicha afirmación se reproduce en la STS de 18 de mayo de 2016, rcud 150/2015, sobre lesión del derecho de libertad sindical de la organización sindical que resulta excluida de la firma de un pacto de empresa para la aplicación de la sentencia estimatoria de la demanda de conflicto colectivo (demanda que había sido instada precisamente por ese mismo sindicato). La sentencia, a propósito de la finalidad preventiva de la indemnización, se limita a indicar que la discrecionalidad que se reconoce al órgano judicial en la fijación de la cuantía del daño moral, cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa (art. 183.3 LRJS) demuestra claramente que se atribuye a la indemnización no solo una función resarcitoria, sino también de prevención general. Además, el recurso a las sanciones pecuniarias previstas en la LISOS como criterio orientador del importe de la indemnización supone alejarse del objetivo propiamente resarcitorio, "para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente"[807].

A la finalidad preventiva de la indemnización también se ha hecho referencia en caso de negativa reiterada (en dos ocasiones) al disfrute del crédito horario sindical y ello aunque conste que ya se está dando cumplimiento a la solicitud de disfrute del crédito horario[808], pues la reiteración en el comportamiento hace evidente que una previa declaración de vulneración del derecho fundamental no ha contribuido a prevenir ni evitar el ilícito.

---

[805] Cfr. LÓPEZ TERRADA, E., "La controvertida indemnización por lesión…*op.* cit., pág. 26.
[806] SSTS de 17 de diciembre de 2013, rcud. 109/2012; de 8 de julio de 2014, rcud. 282/2013; de 2 de febrero de 2015, rcud. 279/2013; de 26 de abril de 2016, rcud. 113/2015.
[807]También se reproduce en SAN de 13 de octubre, proc. 153/2016. Si bien en la misma se limita la indemnización de 12.000 euros solicitada con arreglo a la LISOS por considerarla excesiva y ante la "falta de elementos objetivos en la demanda para basar el cálculo de la indemnización más allá de la cita genérica de la LISOS".
[808] STSJ Islas Canarias, de 28 de agosto de 2017 (rsu.814/2017): "la indemnización fijada debe contribuir a la finalidad de prevenir el daño y si bien consta que desde 1.6.2016 la empresa está dando cumplimiento a la petición de disfrute del crédito horario sindical de los actores como delegados de prevención, se ha venido negando a hacerlo hasta entonces".

También se hace mención a la finalidad preventiva de la indemnización en la STS de 13 de diciembre de 2018 (rcud. 3/2018), realizando una recapitulación histórica de las dictadas hasta esa fecha[809].

Pero siguen siendo poco frecuentes los pronunciamientos en los que se concede una partida indemnizatoria diferenciada destinada a "prevenir el daño"[810], limitándose la finalidad preventiva de la indemnización, en muchas ocasiones, a ser una mera fórmula retórica que reproduce la previsión del art. 183.1 LRJS[811]. Incluso se ha llegado a negar que sea "jurídicamente posible" solicitar una indemnización autónoma o complementaria en concepto de daños punitivos que fuera más allá de la reparación de los perjuicios sufridos[812].

En sentido contrario, se ha afirmado que la cuantía de la indemnización del daño moral no puede ser meramente simbólica, pues en caso contrario, compensaría pagar el "precio del dolor" causado y no disuadiría de incurrir en nuevas lesiones del derecho fundamental (no cumpliría su finalidad preventiva) y no solo carecería de efecto preventivo, sino que podría conducir a un "efecto disuasorio inverso" (especialmente de ello se hace eco la jurisprudencia civil, por las costas y los gastos procesales en esa jurisdicción)[813]; pero que también puede ser predicable en la jurisdicción social, aunque en menor medida. En la jurisdicción social los gastos económicos de entablar el proceso serán mucho serán

[809] FJ Quinto.3: "El art. 183.2 LRJS viene a atribuir a la indemnización no sólo una función resarcitoria (la utópica *restitutio in integrum*), sino también la de prevención general (STS/4ª de 5 febrero (RJ 2015, 895) y 13 julio 2015 (RJ 2015, 5010) - rec. 77/2014 y 221/2014, respectivamente-, 18 mayo y 2 noviembre 2016 (RJ 2016, 5844) - rec. 37/2015 y 262/2015, respectivamente-, y 24 enero (RJ 2017, 1615) y 19 diciembre 2017 (RJ 2017, 5973) - rcud. 1902/2015 y 624/2016, respectivamente-).

[810] LOPEZ TERRADA, E., *op.* cit*,* págs. 30 y 31: "Existen, con todo, excepciones que merecen ser destacadas. Así, la necesidad de que la indemnización contribuya a la finalidad de prevenir el daño condujo a la STSJ del País Vasco de 17 de julio de 2018 (rec. 1268/2018) a incrementar la indemnización concedida (de 20.000 euros) en 12.000 euros, por considerar que la reiteración de la conducta del Servicio Vasco de Salud (condenado por hechos similares por el propio Tribunal) es una circunstancia que no fue valorada en la instancia a efectos indemnizatorios". También SÁNCHEZ PÉREZ, J., "La reparación del daño en…" *op.* cit*,* pág. 24, sobre la posibilidad de añadir a la indemnización que cubra el daño causado, incluido el moral, una partida diferenciada para cubrir el efecto preventivo de la misma.

[811] MOLINA NAVARRETE, C., *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*, Bomarzo, Albacete, 2019, págs. 15 a 19, donde trata el desajuste entre ley y práctica forense, con escaso uso de la finalidad disuasoria de la indemnización y con fijación de cuantías "cicateras".

[812]Vid. BLASCO JOVER, C., "Comentario al artículo 183 LRJS", en *Comentarios a la Ley reguladora...op.* cit., pág. 1121. Véase STSJ Castilla-La Mancha, de 21 de diciembre de 2017, rsu. 1401/2017: "contrariamente a lo que alega la parte recurrente, la exigencia de que la indemnización a fijar, tras declararse la vulneración de derechos fundamentales, lleve aparejada la finalidad de actuar a nivel preventivo, evitando con ello la existencia de tales conductas en el ámbito laboral, no implica que se contemple la posibilidad de que se haga valer como concepto autónomo, susceptible de indemnización adicional, una supuesta "indemnización preventiva".

[813] Vid. la STS, Sala Primera, de 21 de junio de 2018, rco. 5199/2017, a propósito de la indemnización de 2.000 euros, por lesión del derecho al honor llevada a cabo por los registros de morosos: «No disuade de persistir en sus prácticas ilícitas a las empresas que incluyen indebidamente datos personales de sus clientes en registros de morosos, pero sí disuade de entablar una demanda a los afectados que ven vulnerado su derecho al honor puesto que, con toda probabilidad, la indemnización no solo no les compensará el daño moral sufrido sino que es posible que no alcance siquiera a cubrir los gastos procesales si la estimación de su demanda no es completa.»

menores (y se limitarán, en su caso, a los honorarios de letrado, cuya asistencia jurídica no resulta obligatoria), si bien no deja de tener un cierto efecto disuasorio el quebranto y la angustia producida por las gestiones judiciales que tendrá que realizar la víctima de la lesión para lograr la tutela de su derecho, unido a las dilaciones o retrasos en la celebración de juicios que viene sufriendo dicha jurisdicción.

En cualquier caso, la finalidad preventiva de la indemnización y la necesidad de que esta tenga un efecto disuasorio frente al infractor, así como frente a terceros se encuentra detrás de la proscripción de indemnizaciones con importes simbólicos, por lo que nada impide que se señale una cuantía independiente o "adicional" al daño moral en la indemnización con esa finalidad preventiva.

Así, la STS de 16 de febrero de 2017, rcud 90/2016[814] sí condena a una indemnización de daños y perjuicios por vulneración del derecho de libertad sindical, basada en la existencia de reiterados ilícitos en el pasado (no aprecia la existencia de daño, siquiera moral en la conducta) justificando la imposición de la indemnización en su carácter preventivo. A pesar de ser el primer supuesto en el que se indica expresamente que la indemnización se impone "exclusivamente" con una función preventiva o disuasoria no deja de provocar cierta controversia, por el carácter subsidiario que se atribuye a la finalidad preventiva respecto a la reparación del daño moral. Nos parece discutible que en el supuesto planteado ante el TS (que no es otro que la negativa de la Administración a proporcionar a dos delegados sindicales, la misma información y documentación que la empresa pone a disposición del comité de empresa) no quepa apreciar daño de ningún tipo, siquiera moral, pues si bien es cierto que la finalidad de información se satisface de manera indirecta a través de la que llega al comité de empresa (en el que hay miembros del sindicato solicitante), la negativa reiterada a hacerla llegar a los delegados sindicales, aunque no impide el ejercicio de la acción sindical, sí lo obstaculiza y genera descrédito o desprestigio de su función y también de la organización a la que pertenecen. Cabría añadir que a la indemnización de daños y perjuicios se le asigna una doble función: resarcitoria y preventiva, por lo que la finalidad disuasoria no puede ser subsidiaria o sustitutiva de la resarcitoria, sino que ambas han de ser cubiertas con la indemnización y el predominante criterio actual de "automaticidad del daño", así como la imperatividad en el pronunciamiento indemnizatorio podrían haber conducido a la apreciación de daño moral, en este caso.

[814] Vid. también la STSJ País Vasco de 17 de julio de 2018, rsu. 1268/2018, ya mencionada, que incrementa la indemnización concedida de 20.000 euros en 12.000 euros, al entender que las condenas anteriores al Servicio Vasco de Salud por hechos similares no fue una circunstancia tenida en cuenta la fijar el importe de la indemnización en instancia.

Más habituales vienen siendo los supuestos, en los que sin llegar a reconocer una cuantía diferenciada de la indemnización con efectos disuasorios, se valoran ambas finalidades (resarcitoria y preventiva) a la hora de fijar su importe[815].

B) La indemnización por daños morales

a) Prueba o presunción de los daños y perjuicios causados

Son muchas las incógnitas que se han planteado en torno a la figura de la indemnización derivada del daño moral, pero ninguna ha tenido una evolución tan pendular como la de si es necesaria la prueba de la existencia del daño moral o si basta la constatación de la lesión del derecho fundamental para que surja la obligación "automática" de indemnizar.

Se pueden distinguir varias etapas[816] en este "viaje de ida y vuelta"[817] realizado por la jurisprudencia en torno a esta cuestión:

*Primera etapa (1990-1995): automaticidad de la indemnización

La jurisprudencia del TS de este período[818] consideraba que "una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente". Se trata de la generación "automática" de la obligación del juzgador de condenar al abono de una indemnización una vez probada y constatada la lesión del derecho.

Como señala la STS de 9 de junio de 1993 (rcud. 3856/1992): "no es necesario probar que se ha producido un perjuicio para que nazca el derecho al resarcimiento", siendo lo relevante la acreditación de la lesión del derecho fundamental, que conduce a la presunción *iuris tantum* de la existencia del daño y por tanto, a la condena a su reparación.

Y continúa señalando que esta es la interpretación adecuada del art. 15 LOLS que resulta reforzada por el mandato del entonces art. 179.1 LPL(1990)[819] de "reparar, en tal caso, las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera".

*Segunda etapa: prueba indiciaria del daño y de su cuantía

---

[815] Por ejemplo, la STSJ del País Vasco de 5 de noviembre de 2019, rsu. 1802/2019 que, teniendo en cuenta "la finalidad resarcitoria y preventiva que se ha de buscar a la hora de fijar la indemnización" declara como apropiada la indemnización de 6251 euros, frente a los 3.000 señalados en instancia. O la STS de 20 de abril de 2022, rcud. 2391/2019, que reduce a 60.000 euros la indemnización por daños y perjuicios derivados del despido del trabajador realizado con vulneración de la garantía de indemnidad (la sentencia de instancia condenaba a 150.000 euros). Para ello pondera las circunstancias del caso y considera que dicha cantidad resulta apropiada para resarcir tanto el daño moral como disuadir al infractor de futras conductas de lesión a los derechos fundamentales.

[816] Véase, CUADROS GARRIDO, M.E., *Los daños punitivos…, op.* cit., págs. 25 a 28.

[817] MERCADER UGUINA, J.R., "La ley de infracciones y sanciones como baremo: funciones y disfunciones en la determinación de los daños morales derivados de la vulneración de derechos fundamentales", *Trabajo y Derecho,* núm. 112, 2024, pág. 4.

[818] SSTS de 9 de junio de 1993, rcud. 3856/1992 y 8 de mayo de 1995, rec. 1319/1994, entre otras.

[819] Posteriormente, se incluirá la misma expresión en el artículo 180.1 LPL de 1995.

La jurisprudencia del TS a partir de 1995[820]evolucionó pronto en contra de esa presunción de daño y automaticidad de la indemnización, exigiendo una prueba indiciaria de los daños y su alcance, así como que se aportaran las bases y elementos clave para el cálculo de la cuantía de la indemnización.

En ese sentido, se pronunciaba el TS en sentencia dictada en recurso de casación ordinaria de 22 de julio de 1996 (rec. 3780/1995), al no acoger la pretensión indemnizatoria, pues no había alegado el actor "las bases y elementos claves de la indemnización que reclama", ni había acreditado "cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes que puedan asentar una condena de tal clase". La demanda de condena a la empresa por la negativa a reconocer a un sindicato independiente el derecho a constituir una sección sindical se estimaba en cuanto a su pretensión declarativa, pero se desestimaba la pretensión indemnizatoria acumulada de un millón de pesetas.

La redacción original del art. 180 de la LPL que, al referirse al pronunciamiento de la sentencia relativo a la reparación de las consecuencias derivadas del acto ilícito, indicaba que había de estar "incluida la indemnización que procediera", permitía esa interpretación "que separa la lesión de la libertad sindical y la nulidad, cese y reposición a la situación anterior del daño causado por esta conducta, con la correspondiente reparación económica"[821]. Se requería para la condena a una indemnización que existiera y se probara la existencia de un daño; iniciándose una línea que devino en "tradicional" de resistencia a condenar al abono de una indemnización por daño moral y en caso de condena, a fijar un quantum indemnizatorio escaso. Se llegó a afirmar que el posible daño moral o sufrimiento por la lesión del derecho quedaba satisfecho con el éxito de la pretensión principal, confundiendo la tutela restauradora con la reparadora[822]. La STS de 30 de enero de 1997, rec. 1642/1996, haría mención expresamente a "la superación de la tesis de automaticidad del daño".

*Tercera etapa: endurecimiento de los requisitos de acreditación del daño

En esta tercera etapa, con carácter general, el Tribunal Supremo confirma la necesidad de una prueba adicional del daño sufrido por el demandante- sin que baste la conexión entre lesión del derecho fundamental y la apreciación del daño- y además se produce un endurecimiento progresivo de los requisitos, no solo de la prueba del daño sufrido, sino también de la identificación de los parámetros o criterios para fijar la cuantía de la indemnización. Es fácil encontrar pronunciamientos que niegan el derecho a la

[820] SSTS de 22 de julio de 1996, rec. 3780/1995 y de 20 de enero de 1997, rcud. 2059/1996.
[821] LAHERA FORTEZA, J. y SALA FRANCO, T., *Las indemnizaciones a favor de las empresas y de los trabajadores en el contrato de trabajo,* Tirant lo Blanch, 2013, pág. 88. Disponible en: https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788490339824.
[822] LAHERA FORTEZA, J., "Las acciones de indemnización de daños por vulneración de la libertad sindical tras la Ley 36/2011 de Jurisdicción Social", *Relaciones Laborales,* núm. 8, Wolters Kluwer, 2012, pág. 5: "La apelación por los jueces a daños mínimos no indemnizables, a daños agotados e irrelevantes, o no cuantificables, o a lesiones inocuas es constante, dentro de una lógica alejada de la reparación".

indemnización, por no haberse facilitado por el demandante ningún dato de las pautas utilizadas para cuantificar el daño a reparar[823].

Se señala que, a pesar de que los arts. 15 LOLS y 180.1 de la LPL decretan la reparación de todas las consecuencias derivadas del acto, una vez probada la vulneración del derecho fundamental, ello "no significa en absoluto" que "basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, para que el Juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización"[824].

El TS pasa a considerar autónomos e independientes el pronunciamiento sobre lesión del derecho fundamental y el relativo a la indemnización del daño y ello sobre la base de principios como el de prohibición de la indefensión de la parte demandada, pues de no alegarse por el demandante qué daños ha sufrido y el modo de cuantificarlos económicamente (así como practicar la prueba correspondiente) la parte demandada no se encontraría en posición de igualdad en el acto del juicio, quedando fuera del debate procesal. Los daños "han de ser cuantificados de una forma objetiva, relacionada con la violación del derecho fundamental correspondiente y sus efectos, ofreciendo algún cauce, aunque sea mínimo, que permita a la parte demandada hacer las alegaciones que al respecto tenga por conveniente y para que, en todo caso, el juzgador extraiga las consecuencias indemnizatorias sobre parámetros alegados y, en su caso, discutidos"[825]. El propio TS ofrecía "pistas" sobre cuáles podrían ser los puntos de apoyo para apreciar los perjuicios ocasionados, por ejemplo, en el caso de la vulneración del derecho de libertad sindical del sindicato, la pérdida de afiliados o de electores en el ámbito de actuación del conflicto.

Por su parte, la doctrina de suplicación se encontraba dividida, pues no faltaron los pronunciamientos que, sin atacar frontalmente la jurisprudencia superior, realizaron una interpretación flexible de los requisitos para la condena a una reparación económica. Entre ellos, el de la STJS de Canarias de 26 de julio de 2002 (rsu. 375/2002)[826] que recurre a la jurisprudencia de una década anterior, ya abandonada, para retomar los argumentos propios del criterio de automaticidad del daño[827].

---

[823] LÓPEZ TERRADA, E., "La controvertida indemnización por lesión... " cit. pág. 13. Con cita de sentencias de esta etapa en las que se deniega el derecho a la indemnización por falta de criterio o dato alguno que justifique el importe de la indemnización solicitado (SSTS de 2 de febrero de 1998, rcud. 1725/1997; de 28 de febrero de 2000, rcud. 2346/2000; de 17 de enero de 2003, rcud 3650/2001 y de 21 de julio de 2003, rcud 4409/2002)

[824] STS de 28 de febrero de 2000 (rcud. 2346/1999) FJ 2. Argumentación reiterada en SSTS de 17 de enero de 2003 (rcud. 3650/2001) de 12 de diciembre de 2007 (rcud. 25/200) o de 15 diciembre 2008 (rcud. 14/2007).

[825] Vid. la mencionada STS de 17 de enero de 2003, rcud. 3650/2001.

[826] Véase también STSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2002, rsu 933/2002.

[827] El TSJ de Canarias se remite a la jurisprudencia del TS sentada en sentencia de 9 de junio de 1993, obviando los pronunciamientos reiterados posteriores y considera que en el caso planteado atiende "a la intensidad y agresividad del comportamiento antisindical de la Administración demandada el cual se manifiesta de tres formas distintas, a su carácter burdo evidente y ostensible, a su finalidad amedrentadora

Dicha sentencia fue casada por el TS en unificación de doctrina[828] pues, aun apreciando el Alto Tribunal la vulneración de la libertad sindical en todos los aspectos en los que había sido denunciada, consideró errónea la aplicación de una doctrina ya superada en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios y en esa línea más restrictiva ya mencionada procedió revocar el fallo en el pronunciamiento relativo a la indemnización de daños y perjuicios, confirmándolo en el resto de sus extremos, "al no haber en la demanda ningún dato que facilite las pautas para cuantificar el importe del daño a reparar". El recorrido de este asunto no acabaría ahí, pues se interpondría recurso de amparo ante la misma por el trabajador. La sentencia del TC que resuelve dicho recurso va a suponer un punto de inflexión en la evolución jurisprudencial en esta materia.

*Punto de inflexión: STC 247/2006, de 24 de julio

La STC 247/2006, de 24 de julio de 2006, anula la STS de 21 de julio de 2003 y otorga el amparo solicitado por el recurrente, declarando la firmeza de la STSJ de Canarias por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (ausencia de motivación) y del derecho de libertad sindical (arts. 24 y 28 CE).

El TC declara lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva por el TS al revocar, "sin motivación razonable", la indemnización reconocida al actor en las instancias anteriores, lo que supone, a su vez, la lesión del derecho fundamental sustantivo de libertad sindical[829]. La estimación del recurso de amparo se basa en la doctrina constitucional que considera la negativa a todo tipo de indemnización anudada a la lesión del derecho fundamental convierte la tutela de ese derecho en un "acto meramente ritual o simbólico". Entrando en el supuesto concreto que se le plantea, entiende además que el demandante sí expuso en su demanda la conducta antisindical de la que venía siendo víctima de manera prolongada en el tiempo, así como ciertos criterios o bases para su cálculo, al hacer referencia a la LISOS, como parámetro para su petición de diez millones de pesetas en concepto de indemnización (la discriminación antisindical constituye una infracción muy grave, de conformidad con el art. 8.12 de la LISOS, en ese momento sancionada con multa que, en su grado máximo, era superior "con creces" a la cuantía reclamada).

El TC, con cierta confusión[830], conecta la alegación y prueba de la conducta antisindical reiterada y prolongada en el tiempo con la acreditación de la indemnización, entendiendo con ello cumplida "la exigencia jurisprudencial a la que se refiere la Sentencia impugnada

---

del actor y del resto del colectivo de trabajadores al que pertenece" procede confirmar la indemnización por daños morales fijada por el Juzgado de lo Social de 5 millones de pesetas, "como adecuada a la entidad y naturaleza de los hechos enjuiciados".

[828] STS de 21 de julio de 2003, rcud. 4409/2002.

[829] Vid. SSTC 24/2000, de 15 de febrero y 186/2001, de 17 de septiembre: "la falta o insuficiencia de motivación de una resolución judicial relativa a un derecho fundamental sustantivo se convierte en lesión de ese derecho".

[830] Véase comentario crítico a esta sentencia en CARDENAL CARRO, M., "La indemnización de los daños infligidos con ocasión de la lesión de derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional no considera razonable la Jurisprudencia unificada", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, Navarra, 2006.

de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, y asimismo de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria". O lo que es igual, considera que la prueba y acreditación de los indicios de la lesión implica, a su vez, la prueba y acreditación de "indicios o puntos de apoyo suficientes" para condenar al abono de una indemnización, cuando este último requisito tiene un significado diferente en la jurisprudencia del TS, al suponer la necesidad de acreditar la existencia de daños y perjuicios en los que apoyar la condena a una indemnización. En la demanda, el trabajador se limitó a describir los daños sufridos como "daños económicos, morales y de toda índole", con una mención a la LISOS para reclamar la cuantía de diez millones de pesetas, por lo que el TS entendió que ni se había alegado, ni mucho menos probado los daños sufridos, así como tampoco explicitado las bases y los parámetros para el cálculo de la indemnización.

Ahora bien, el TC hace prevalecer la necesidad de que la tutela del derecho fundamental sea real y efectiva[831] sobre la posible prueba o no de los daños, que serían, en palabras del propio Tribunal, consecuencias que "necesariamente" había de provocar la intensidad del comportamiento antisindical en la persona que lo padecía. Aplica la doctrina de automaticidad del daño de forma implícita, pero formalmente considera cumplidos, con la prueba de las conductas antisindicales, la gravedad de estas y la duración mantenida en el tiempo, los requisitos de prueba del daño. Considera que la intensidad (o gravedad) de la conducta antisindical, así como su duración en el tiempo eran prueba de la existencia de perjuicio moral o maltrato psicológico (se refiere a ello en los siguientes términos: "resulta patente para cualquiera"[832]), aunque no fuera posible aportar prueba concreta.

A pesar de ello, la jurisprudencia del TS se mostrará reticente a un cambio de criterio, pues interpretará en sentencias posteriores que su doctrina no ha sido afectada por la doctrina constitucional, ya que esta última deja a salvo "la exigencia jurisprudencial de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y asimismo de acreditar en el proceso, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena indemnizatoria"[833].

Por lo que respecta al plano legislativo, durante la década de los 2000 se dictaron normas que permitían iniciar la senda de regreso al principio de automaticidad. El art. 18 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que en su apartado 2, después

[831] STC 176/1988, de 4 de octubre.
[832] FJ 1 STC 247/2006: "…resultando patente para cualquiera que un trabajador que es sometido a un trato discriminatorio por el ejercicio de funciones sindicales en defensa de sus compañeros de trabajo, de la intensidad y duración en el tiempo del que ha quedado acreditado en el relato de hechos probados, sufre un maltrato o daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da siempre y en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole".
[833] STS de 12 de mayo de 2010, rcud. 2191/2009.

de indicar que la indemnización por la vulneración del derecho de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad no tenía ningún tope máximo fijado a priori, señalaba respecto a la indemnización por daño moral, en concreto, que esta "procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión".

Tras la STC 247/2006, se publicaría la LO 3/2007, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, que daba una nueva redacción al art. 181 de la LPL[834], con la obligación judicial de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización siempre que se acredite la lesión del derecho fundamental. A su vez, el art. 10 de la LOI, a propósito de las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias utiliza el imperativo ("darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido"). En realidad, como recalca la doctrina científica[835], el análisis de la regulación de la ley procesal laboral en materia de indemnización por vulneración de derechos fundamentales es imposible de desgajar de las normas comunitarias sobre tutela antidiscriminatoria y, lógicamente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea[836] que está en su origen. Cabe recordar a este respecto, por un lado, que, si bien el Tribunal de Justicia admite que el Derecho comunitario (y, en concreto, la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976) no impone a los Estados miembros una medida determinada para garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo, sí requiere que las medidas elegidas fueran las apropiadas para el restablecimiento de la igualdad efectiva. El art. 18 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006[837], relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades

[834]"Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización..."

[835] LOUSADA AROCHENA, J. F., *La tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Albacete, Bomarzo, 2012, págs. 79-80.

[836] SSTJCE de 10 de abril de 1984, asunto Von Colson y Kamann, C-14/83; STJCE de 2 de agosto de 1993, asunto Marshall, C-271/91 (sobre la compensación íntegra de los perjuicios sufridos, según las normas aplicables, cuando la medida elegida fuera la reparación pecuniaria) y STJCE de 22 de abril de 1997, asunto *Draehmpaehl*, C-180/95, (sobre la disconformidad de las legislaciones nacionales con el derecho comunitario en caso de establecimiento de un límite máximo a la indemnización de daños y perjuicios que puede obtenerse en caso de discriminación por razón de sexo).

[837] Que refunde en un solo texto las Directivas 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos y la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo y sus sucesivas modificaciones y ampliaciones (Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social y Directiva 98/52/CE del Consejo, de 13 de julio de 1998, relativa a la ampliación de la Directiva 97/80/CE al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que deroga la anterior, obliga a los Estados miembros a introducir en sus ordenamientos jurídicos las medidas necesarias para garantizar la reparación "real y efectiva del perjuicio sufrido", de manera "disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido", dejando a dichos Estados la facultad de elección ("según determinen los Estados miembros")[838], pero prohibiendo, con carácter general, la limitación de la cuantía con un tope máximo fijado a priori, "excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo".

A los requisitos exigidos de prueba del daño moral y su alcance, así como las bases para el cálculo de su cuantía, se unen las dificultades para determinar cuándo se tiene por producido un daño catalogable como "daño moral". Así, por ejemplo, en los múltiples procedimientos seguidos respecto a la exclusión de las listas o bolsas de empleo de Correos y Telégrafos de trabajadores despedidos con anterioridad, se exige la acreditación del daño "efectivo" producido con esa exclusión, advirtiendo que esa efectividad no se deriva solo de la falta de contratación durante el período de referencia (exclusión de la lista y falta de empleo), sino de la contratación de otros aspirantes en peor posición que el demandante y con exclusión de los períodos trabajados para otras empresas, aunque no de las prestaciones de desempleo percibidas[839]; limitándose la indemnización a esta función restitutoria o reparadora del daño patrimonial y no reconociéndose indemnización por daños morales, al entender que los mismos no se han producido, ya que "la exclusión de las listas de empleo no conlleva ningún reproche ni desdoro social"[840]y ello a pesar de reconocer la existencia de lesión de la garantía de indemnidad.

*Entrada en vigor de la LRJS 2011

Tras la entrada en vigor de la LRJS y durante sus primeros años, la aplicación de la misma no fue lineal. Se inició un cierto criterio aperturista respecto a la indemnización del daño moral, atendiendo a la consideración que merece su naturaleza, ya que no supone la reintegración de un elemento patrimonial y económicamente medible, sino que su

[838] También en sentido similar se pronuncia el artículo 15 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (la elección de las medidas para garantizar el cumplimiento de la Directiva corresponde a los Estados miembros, que podrán incluir la indemnización a la víctima, exigiendo que esas medidas sean "efectivas, proporcionadas y disuasorias") y el artículo 17 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

[839] SSTS de 24 de junio de 2009, rcud. 3412/2008, de 2 de octubre de 2009, rcud. 3742/2008 y de 19 de julio de 2010, rcud. 540/2009, que limita la indemnización a los "los salarios dejados de percibir por mor del decaimiento de las listas de contratación, aunque exclusivamente limitados a los periodos en que hubiesen sido contratados trabajadores con inferior preferencia en tales listas ...y en el reconocimiento de tal privación contractual a los efectos - económicos- del cómputo de ese tramo temporal como de trabajo", por ser esos períodos exclusivamente en los que ha podido existir un perjuicio efectivo. Idéntico criterio mantenido en STSJ de las Islas Canarias de 8 de julio de 2016 (rsu. 452/2016) en idéntico supuesto, pero siendo el demandado una empresa privada.

[840]STSJ de la Comunidad Valenciana, de 24 de julio de 2008, rsu. 1843/2008.

finalidad es la compensación, en la medida de lo posible, del sufrimiento causado. Esa finalidad compensatoria supone «inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración que no sólo afecta al órgano judicial, sino también a las apreciaciones de las partes y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica"[841]. Además, ese criterio flexibilizador se apoyó, primero por la jurisdicción civil y después por la social, en las recomendaciones sobre la reparación del daño moral contenidas "incluso" por los PETL, en el ámbito de los incumplimientos contractuales (por sus siglas en inglés: Principles of European Tort Law o Principios Europeos de Responsabilidad Civil) y en el art. 7.4.2 de los denominados Principios UNIDROIT (Principios sobre contratos comerciales internacionales) refiriéndose este último también a una reparación integral: "ese daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional"[842].

No obstante, la flexibilización del criterio jurisprudencial resultó más patente en la exigencia de parámetros concretos para la determinación de la cuantía, que en la necesidad de acreditación de la existencia y gravedad del daño.

A partir de la publicación de la LRJS, no se produjeron en los primeros años grandes cambios en la doctrina sobre la necesidad de prueba del daño moral. El TS seguía afirmando que el daño moral (desde la STS, Sala Primera, de 6 de diciembre de 1912, que dio carta de naturaleza al mismo), "como daño que es, también ha de ser objeto de prueba"[843] y aun reconociendo que la nueva regulación contenida en los preceptos 179.3 y 183.2 LRJS en principio resultaba más flexible, la prueba de la lesión del derecho fundamental no determinaba la aplicación automática de la indemnización de daños y perjuicios. Se continúa aplicando, en un primer momento, durante la vigencia de la LRJS, la doctrina establecida por la sentencia del pleno de la Sala de lo Social de 22 de julio de 1996 (rcud. 3780/1995), recogida en posteriores del mismo TS[844], que eran "recordadas" en los fundamentos de derecho de las sentencias de este período de vigencia inicial de la LRJS. De acuerdo con ello, se continuaba exigiendo la determinación de alguna base en la demanda, aunque fuera mínima, para estimar la pretensión indemnizatoria, aclarando que "las bases o indicios a que se viene refiriendo, cuya realidad y alcance ha de acreditar quien reclama indemnización por daño moral, no van referidos al importe del

[841]SSTS (Social) de 11 de junio de 2012, rcud. 3336/2011, de 1 de enero de 2016, rcud. 182/2015 y de 2 de noviembre de 2016, rcud. 262/2015, con referencia en todas ellas a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS, en sentencias de 27 de julio de 2006, rec. 4466/1999, de 28 de febrero de 2008, rec. 110/2001 y de 27 de septiembre de 2009, rec. 2738/2008.
[842] STS (Sala Primera) de 15 de junio de 2010, rec. 804/2006.
[843] Vid. STS de 11 de junio de 2012, rcud. 3336/2011.
[844] Como las ya mencionadas de 12 de diciembre de 2007, rcud. 25/2007 y de 30 de noviembre de 2009.

resarcimiento sino a la exclusiva existencia y entidad del daño moral sufrido", de modo que si no "se han proporcionado elementos objetivos en la demanda de los que pueda extraerse el daño moral", procede desestimar la pretensión indemnizatoria totalmente, negando la posibilidad de estimación parcial mediante una "rebaja discrecional" de la solicitada en demanda. Sirva como ejemplo la STS de 15 de abril de 2013[845] en la que aun reconociendo que resulta probada la existencia de vulneración del derecho de libertad sindical de la demandante por parte del sindicato al que pertenecía (que suspende a la demandante irrazonable y arbitrariamente de militancia, impidiéndole asistir a los Congresos autonómicos y regionales de la organización sindical y de su federación, así como extingue su permiso sindical a tiempo total) no procede la pretensión indemnizatoria de 40.000 euros solicitada, al no haberse proporcionado base o indicio alguno del daño sufrido. Y señala como doctrina correcta de las sentencias en contraste, la de aquella que deniega la indemnización en su totalidad[846] y no la de aquella otra[847] que, en aplicación de la discrecionalidad judicial, rebaja la cuantía solicitada por el actor a 12.000 euros.

*Doctrina actual

De acuerdo con la nueva regulación, el TS fue acogiendo el criterio aperturista, procediendo a sentar doctrina jurisprudencial en interpretación de los preceptos de la LRJS en SSTS de 17 de diciembre de 2013, rcud. 109/2012 y de 2 de febrero de 2015, rcud. 279/2013, dictadas en procesos de tutela de la libertad sindical. En ellas se realiza la siguiente interpretación de los arts. 179.3 y 183.2 LRJS:

a) Los daños morales se consideran indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental. Del art. 179.3 LRJS, con la referencia que hace a los daños morales, como "unidos a la vulneración del derecho fundamental", así como la salvedad de la prueba del daño moral y de las circunstancias para su determinación, "cuando resulte difícil su estimación detallada" (...) "es dable deducir que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental".

b) La indemnización forma parte necesaria de la reparación de las consecuencias de la lesión del derecho fundamental. De conformidad con el art. 182.1.d) LRJS, la sentencia "dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el art. 183", por lo que se deduce que "la sentencia, como establece el art. 15 LOLS, debe disponer, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho o libertad fundamental incluyendo

[845] STS de 15 de abril de 2013, rcud. 1114/2012.
[846] STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 20 de mayo de 2009, rsu. 393/2009.
[847] STSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de septiembre de 2011, rsu. 2248/2011.

expresamente la indemnización, con lo que esta forma parte integrante de la obligación de restablecimiento en la "integridad" del derecho o libertad vulnerados".

c) Aún después de la entrada en vigor de la LRJS, se considera válida la doctrina conforme a la cual el importe del resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia debe ser corregido o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable.

d) Criterio orientador de la LISOS para fijación de la cuantía de la indemnización por daño moral. Se considera parámetro razonable para fijar la cuantía de la indemnización por daño moral el criterio orientador de los importes de las sanciones pecuniarias previstas en la LISOS para las infracciones consistentes en lesiones de derechos fundamentales, reconocido como válido por la jurisprudencia constitucional[848].

Este camino de retorno al criterio aperturista y a la automaticidad del daño moral, una vez acreditada indiciariamente la existencia de lesión de derechos fundamentales, queda reflejado en los razonamientos de las sentencias de años posteriores del TS, así como en la normativa reguladora en materia de igualdad y no discriminación de los últimos años:

a) La STS de 5 de octubre de 2017, rcud. 2497/2015, con referencia a la evolución de la doctrina del TS en materia de daño moral indica que la doctrina actual responde al criterio aperturista, pues la «inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica"[849] (SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08 -; y 11/06/12 -rcud 3336/11 -).

b) La STS de 24 de octubre de 2019, rcud. 12/2019, contiene el siguiente razonamiento: "No obstante, la jurisprudencia se ha ido decantando por entender que "dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales ..."

c) Por su parte, la STC 61/2021, de 15 de marzo supuso la consolidación de la doctrina de presunción del daño moral. El TC se pronuncia sobre el recurso de amparo interpuesto por la trabajadora que sufre un despido disciplinario y a la que se había

[848] Por la ya citada STC 247/2006.
[849] Con remisión a las SSTS, Social, de 21 de septiembre de 2009, rcud 2738/2008 y de 11 de junio de 2012, rcud 3336/2011.

monitorizado su ordenador para la obtención de pruebas de sus incumplimientos (prueba que fue descartada por vulneradora de sus derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones - art. 18 CE). A pesar de ello, en sede de recurso de suplicación, el TSJ de Madrid desestima la solicitud de indemnización de daños y perjuicios de la actora, al haber sido declarado el despido improcedente y por tanto, no existir móvil discriminatorio o lesión de derechos fundamentales en el propio acto de despido; si bien, de modo contradictorio, sí reconoce en la propia sentencia la existencia de vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba de monitorización. El TC estima parcialmente el recurso de amparo, pues la sentencia que declare la existencia de vulneración de un derecho fundamental "debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización" y ello solo depende "del reconocimiento de que la trabajadora ha sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales", con independencia de la calificación del despido. La falta de pronunciamiento sobre la indemnización vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante (art. 24 CE) que no obtiene una resolución motivada y fundada en derecho sobre el fondo de sus pretensiones. Con arreglo a ello, producida la vulneración del derecho fundamental, se presume el daño moral ya que la sentencia no puede dejar de pronunciarse sobre la indemnización, debiendo ser ese daño automáticamente indemnizado" [850]. El TC también se pronuncia en la sentencia (aunque no sea la cuestión principal sometida al recurso de amparo) sobre la compatibilidad de la declaración de improcedencia del despido con una indemnización por vulneración de derechos fundamentales al amparo del art. 183.1. LRJS.

d) La STS de 23 de febrero de 2022, rcud. 4322/2019, en su FJ 3[851] considera suficiente la solicitud de la persona trabajadora de una determinada cantidad en concepto de indemnización por daños morales con remisión a las LISOS, al no resultar "necesariamente exigible una mayor concreción en la exposición de parámetros objetivos de muy difícil cumplimiento en atención a la propia naturaleza de los daños morales reclamados". La doctrina aperturista "abre la vía" a que sea el órgano judicial el que determine prudencialmente la cuantía de la indemnización por daño moral[852], aun cuando en la demanda no se hayan concretado las bases o parámetros exactos

[850]MERCADER UGUINA, J.R., "La ley de infracciones y sanciones como baremo: funciones y disfunciones en la determinación de los daños morales..., cit, págs. 9 y 10.

[851] Véase un comentario de la sentencia en MONEREO PÉREZ, J.L., "Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo "prudencial" de cuantificación de la indemnización", *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 3, Agencia Estatal del BOE, 2022. BOE.es - Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo "prudencial" de cuantificación de la indemnización. Vid. también sentencias anteriores a cuya doctrina remite: SSTS de 2 febrero de 2015, rco. 279/2013; de 26 abril de 2016, rco 113/2015 y de 12 de julio de 2016, rcud. 361/2014.

[852] Véase también STS de 9 de marzo 2022, rcud. 2269/2019.

para su cuantificación, con una simple referencia a las cantidades fijadas como multas sancionadoras en la LISOS[853].

e) Se recoge normativamente la "presunción de daño moral", de manera expresa en el art. 27.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación: "Acreditada la discriminación, se presumirá la existencia de daño moral..." (aunque el ámbito de la ley abarca la igualdad de trato y no discriminación, ha de entenderse aplicable a cualquier supuesto de vulneración de un derecho fundamental). Continúa el anterior precepto indicando, respecto al *quantum* indemnizatorio, que este se fijará "atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido". En este sentido, la norma recoge la doctrina jurisprudencial a propósito de la determinación de la cuantía indemnizatoria, pues si bien se ha afirmado que la "identificación de circunstancias relevantes" es una excepción en el caso de daños morales, por las dificultades de su estimación detallada, también se ha matizado[854] que el recurso exclusivo a los criterios de la LISOS resulta insuficiente para ello, por lo que ha de complementarse con "una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto"[855].

f) Dichos criterios se han implementado jurisprudencialmente ante la falta de criterios legales en el ámbito laboral por la STS de 20 de abril de 2022, rcud. 2391/2019, que se trata seguidamente, al estudiar la obligación de cuantificar el daño y los criterios para fijar la cuantía de la indemnización.

C) La obligación judicial de cuantificar el daño

A la hora de determinar el papel que cumple el órgano judicial en la determinación del montante indemnizatorio, hay que tener en cuenta que el art. 179.3 LRJS exige que en la demanda se concreten, no solo los hechos constitutivos de la lesión y el derecho fundamental infringido, sino también la cuantía de la indemnización que se pretenda. De dicho precepto se deduce que, con carácter general, rige el principio de justicia rogada,

[853] Confirmando la citada línea interpretativa, la STS de 20 de abril de 2022, rcud. 2391/2019, que condena a una agencia de viajes al pago de 60.000 euros por daño moral en caso de nulidad del despido de uno de sus trabajadores

[854] Vid. al respecto, BLASCO JOVER, C., "Comentario al artículo 183" en *Comentarios a la Ley Reguladora...,* cit. pág. 1214. Esta matización que realiza el TS de su doctrina anterior le parece acertada a la autora, pues la valoración de las circunstancias concurrentes permite una determinación de la cuantía indemnizatoria más "ajustada, adecuada y proporcionada, con arreglo a criterios de equidad y razonabilidad y no, desde luego, desde la arbitrariedad".

[855] STS de 20 de abril de 2022, rcud. 2391/2019. El recurso a los elementos para cuantificar las sanciones en la LISOS no es suficiente, al establecer unas horquillas excesivamente amplias a la hora de fijar los importes sancionatorios en cada tipo de infracción (leve, grave, muy grave). Por ello han de acompañarse, para una mayor precisión, con la valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

de modo que la indemnización ha de ser solicitada por el demandante, fijando el importe exacto de la misma.

Sin embargo, esta regla general de justicia rogada se ha flexibilizado en el supuesto de daños morales hasta el punto de que algún tribunal ha estimado que la obligación que se impone al órgano judicial de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización equivale a su apreciación de oficio[856], de modo que aunque no fuera reclamada por el actor, tenía que ser señalada por el órgano judicial.

El TS ha rechazado ese criterio[857], negando que se "pueda apreciar de oficio indemnización alguna por la constatada vulneración de derechos fundamentales ya que la parte actora no lo pidió ni en la instancia, ni en el trámite de impugnación al recurso de suplicación, ni siquiera lo ha solicitado en su impugnación al presente recurso de casación para la unificación de la doctrina".

No obstante, la petición de indemnización del daño moral es un aspecto accesorio de la pretensión principal, por lo que, en opinión de López Bermejo [858], es evidente que para este tipo de aspectos accesorios "existe el deber de operar de manera automática cuando la pretensión principal de la que penden sea acogida, sin que se discuta su eficacia y aplicación cuando se vea estimada la pretensión principal a la que están vinculados y, en sentido inverso, carecen de virtualidad jurídica propia de forma aislada y desconectadas de éstas". Y así se ha apreciado incongruencia omisiva en la falta de pronunciamiento sobre la misma, cuando solicitada en instancia, no se ha reiterado en instancias posteriores (suplicación o casación). Y en virtud de esa misma naturaleza tampoco es necesario calcular o establecer las reglas de cálculo[859].

Cabría concluir que, si bien el principio dispositivo resulta modulado en el supuesto de la indemnización derivada del daño moral, pues una vez declarada la existencia de lesión de un derecho fundamental se presume su existencia y se impone al órgano judicial, con carácter general, la obligación de fijar en sentencia la cuantía de la indemnización, sin poder eludir esa obligación so pena de incurrir en incongruencia omisiva, ello no implica su apreciación de oficio, cuando no ha sido peticionada por el demandante. El actor ha de solicitar la indemnización; cuestión distinta es que, una vez reclamada esta, opere de

[856] Vid. STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2023, rsu. 6185/2022.
[857]STS de 8 de marzo de 2022, rcud. 130/2019.
[858]LÓPEZ BERMEJO, O., "Incongruencia omisiva: la sentencia de suplicación no emite pronunciamiento sobre los aspectos accesorios con previsión legal de las pretensiones principales. Los daños morales operan de forma automática al declararse la existencia de vulneración de derechos fundamentales". *Revista de jurisprudencia laboral*, Agencia del Boletín Oficial del Estado, núm. 2, 2023. El Magistrado realiza un comentario de la STS de 10 de enero de 2023, rcud. 2582/2020.
[859]TODOLI SIGNES, A., "Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática", *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social vol. 5, núm. 2,* Universidad Carlos III, Madrid, 2024. pág. 59 */ doi: 10.20318/labos.2024.8739* "... lo que sí parece unánime es que, aunque sea necesario solicitar la indemnización, el demandante no tiene obligación de calcular cuál sería la misma ni de probar unos daños concretos, ni siquiera de establecer unos criterios para la modulación/determinación de esta".

forma automática al tratarse de un aspecto accesorio de la pretensión principal y pese sobre el juez la obligación de fijar su cuantía, aun cuando no se especifiquen el tipo de perjuicios sufridos, ni se señalen bases, datos o parámetros que sirvan de fundamento a la concreta cantidad pedida o, incluso, aunque no se indique la cantidad reclamada.

De la lectura del art. 183. LRJS en sus cuatro apartados cabe concluir que entre las premisas de la obligación judicial de cuantificar el daño se encuentran las siguientes:

a) La obligación judicial de pronunciarse sobre la indemnización adicional, una vez declarada la existencia de vulneración de derecho fundamental no admite excepciones, pues no cabe desestimar íntegramente la pretensión de condena al abono de una indemnización, ya que aunque no existieran daños y perjuicios económicos, siempre existirá daño moral unido e inherente a la lesión del derecho.

b) Tampoco cabe omitir el pronunciamiento sobre la indemnización por daños (económicos y morales) porque se condene al abono de otras indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato, pues ambas son compatibles y vienen a reparar diferentes daños (los primeros son compensadores de la pérdida de empleo, los segundos los daños asociados a la lesión del derecho fundamental).

c) El pronunciamiento jurisdiccional tiene por objeto la reparación tanto del daño moral como de los daños y perjuicios económicos asociados a la lesión, si estos últimos existiesen o no resultaren ya cubiertos con otro tipo de reparación (como los salarios de trámite en el despido nulo).

d) Es carga procesal del demandante determinar con claridad los hechos y el derecho fundamental vulnerado, en todo caso.

e) En el caso de daños y perjuicios económicos es necesario la especificación de los diversos daños y perjuicios sufridos, así como las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño o las bases de cálculo de los perjuicios estimados".

f) En el supuesto de daños morales, puesto que se presume su existencia una vez probada la lesión, no será necesario que la demanda solicite una cuantía concreta, "aunque no solo es conveniente, sino que el éxito de la pretensión puede depender de esa circunstancia"[860].

g) Si la prueba del importe exacto y preciso de los daños morales es de difícil o costosa concreción (lo que ocurrirá en todos los casos), el juzgador podrá cuantificar la indemnización prudencialmente. Teniendo en cuenta que la lesión de un derecho fundamental es un ilícito, cabe trasladar a este ámbito las consideraciones que respecto de los daños morales derivados de los hechos delictivos señala la

[860]ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*..., cit., pág. 15.

jurisprudencia penal, que considera que la dificultad de monetización del daño moral deriva de que no es preciso que esos daños se concreten en alteraciones patológicas o psicológicas médicamente apreciables (que por otro lado, constituiría daño corporal en sentido amplio), "sino que surgen de la mera significación espiritual que tiene el delito para la víctima y de la necesidad de integrarlo en su experiencia vital, sin más parámetro para la evaluación de su alcance la gravedad de la acción que lesionó al perjudicado, la importancia del bien jurídico protegido o las singulares circunstancias de la víctima"[861].

h) La cuantía que se señale para la reparación del daño debe cumplir una triple finalidad: reparar el daño causado a la víctima (que en el caso del daño moral nunca podrá ser resarcido íntegramente, sino solo aliviado), restablecer a la persona trabajadora en la situación anterior a la lesión (restitutoria) y prevenir daños futuros (preventiva).

i) El órgano jurisdiccional social no podrá pronunciarse sobre la indemnización cuando se haya ejercitado por el demandante la acción penal y se haya reclamado en dicha vía los daños y perjuicios derivados del hecho delictivo, en tanto no se desista de la ejercitada en vía penal o quede imprejuzgada (por absolución o sobreseimiento libre). Mientras se tramita la acción civil en el proceso penal quedan interrumpidos los plazos de prescripción para su ejercicio ante la jurisdicción social.

j) En la LRJS no se establecen parámetros o bases para el cálculo de los daños morales y en el supuesto del resto de daños se remite genéricamente a todas aquellas "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización", de las cuales solo concreta la gravedad, duración y consecuencias del daño,

D) Criterios para determinar la cuantía de la indemnización

Al actor se le exime de probar la existencia del daño moral así como de aportar parámetros para el cálculo de la indemnización, pero se impone al órgano judicial la obligación de fijar la cuantía de la indemnización en sentencia, incluso aunque no existiera una suficiente actividad alegatoria o probatoria de la parte sobre estos extremos. La "carga" parece desplazarse al órgano judicial, por lo que resulta necesario que los tribunales puedan recurrir a unos criterios uniformes para la determinación del montante indemnizatorio, so pena de remitirlo todo a la discrecionalidad judicial.

La cuantía de la indemnización por daño moral no puede estar sujeta a topes máximos (pues sería contraria al principio de *restitutio in integrum*)[862] , aunque sí se ha estimado la necesidad de fijar un mínimo.

[861] STS (Sala 2ª) de 23 de septiembre de 2021, rec. nº 10251/2021.

[862] Y como ya se ha indicado sería contrario al derecho comunitario (Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006) que prohíbe, con carácter general, la limitación de la cuantía con un tope máximo fijado a priori, "excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo".

Como ya hemos analizado al tratar la prueba o presunción del daño moral, el criterio respecto a la forma de efectuar el cálculo de la indemnización evolucionó desde sus un primer momento de automatismo de la indemnización en caso de lesión a otros más restrictivos que exigían la aportación de bases, parámetros o datos necesarios para cuantificar el daño moral, sin que fuera suficiente remitir a una cantidad tomada del baremo de la LISOS (habitualmente las señaladas para las infracciones muy graves en su grado mínimo), "regresando" a una posición aperturista que admite la invocación de las cantidades previstas como sanción en la LISOS, sin mayores exigencias.

Ahora bien, se ha apreciado la necesidad de una aplicación individualizada del baremo de la LISOS, en atención a las circunstancias concurrentes[863], para evitar la inseguridad jurídica a la hora de fijar la cuantía de la indemnización.

La STS de 20 de abril de 2022, rcud. 2391/2019 incide en la insuficiencia del recurso a los elementos de cuantificación de las sanciones de la LISOS para cumplir con la doble función reparadora y preventiva de la indemnización (en especial por la amplitud de las horquillas que se fijan para determinar las cantidades[864]), recomendando tener en cuenta ciertos criterios de individualización y personalización de las indemnizaciones. Se trata de una especie de catálogo abierto que incluye ocho criterios o parámetros que los tribunales deberían tener en cuenta.

Y así, aunque es criterio del TS que la fijación de la cuantía de la indemnización debe realizarse en la instancia, de modo que no procede llevar a cabo una nueva valoración en casación, salvo que la cantidad señalada resulte arbitraria o desproporcionada, lo cierto es que dicho parecer se ha matizado en sus últimos pronunciamientos. En lugar de proceder a la retroacción de las actuaciones para que la instancia fije la cuantía de la indemnización, el TS ha optado por proceder a señalarla de forma prudente, sin devolver las actuaciones a la Sala de procedencia. Razones de eficacia procesal están en la base de ese cambio de criterio, pero también ello permite que sea el TS el que realice el juicio de ponderación y "didácticamente" fije criterios a tener en cuenta por el resto de los tribunales para la graduación del montante indemnizatorio.

Estos criterios complementarían el baremo de la LISOS. Por ello, sin perjuicio de tomar como criterio orientativo y punto de partida las cantidades establecidas en la LISOS, se promociona la modulación de las mismas, llevando a cabo una determinación circunstanciada en atención a los siguientes criterios: 1) la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa; 2) la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental; 3) la intensidad del quebrantamiento del derecho; 4) las consecuencias que

[863]MERCADER UGUINA, J.R., "La ley de infracciones y sanciones como baremo: funciones y disfunciones en la determinación de los daños morales..., cit, págs. 10 y 11.

[864] La sanción por la comisión de una falta muy grave en materia laboral en la LISOS tiene señalado un mínimo de 7.501 euros y un máximo de 225.018 euros con tres grados (mínimo, medio y máximo) y cantidades que pueden oscilar respectivamente: grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; grado medio de 30.001 a 120.005 euros y grado máximo de 120.006 euros a 225.018.

se provoquen en la situación personal o social de la persona trabajadora o del sujeto titular del derecho infringido; 5) reincidencia en conductas vulneradoras; 6) carácter pluriofensivo de la lesión; 7) el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido; 8) otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso.

En un esfuerzo encomiable por fijar criterios para la cuantificación de la indemnización por daños morales, Todolí Signes[865] realiza una propuesta de baremo sobre la base de los criterios señalados por el TS[866] que resulta de interés analizar:

- Establece un tope mínimo, pero también máximo, coincidentes con los fijados por la LISOS y actualizables a la par que estos. Esos topes lo serían con independencia de cualquier factor preventivo o disuasorio. El tope máximo de cuantía de las sanciones previstas para las infracciones laborales muy graves por la LISOS está actualmente en 225.018 euros. También apunta como tope máximo una anualidad del salario total de la persona trabajadora, extrapolando la fundamentación jurídica de la STS de 23 de febrero, rcud. 4332/2019 que entendía desproporcionada y excesiva una indemnización cercana a la totalidad del salario anual de la persona trabajadora[867].
- El tope mínimo actualmente se encuentra en 7.501 euros (límite mínimo de las sanciones previstas para infracciones muy graves en la LISOS, como la lesión de derechos fundamentales). Este autor parte del estudio de las sentencias que condenan a una indemnización por daño moral desde 1 de enero de 2021 hasta 2024 y comprueba que la gran mayoría de los pronunciamientos condenan a esa sanción mínima, salvo que concurran otras circunstancias de agravación de la lesión. Este mínimo actuaría para algunos autores [868] como mínimo de derecho necesario, sobre la base de la doctrina judicial recogida, esencialmente, en la STS de 6 de junio de 2023, rcud. 4538/2019, en la que se concluye que "admitido como válido el baremo de la LISOS para fijar la indemnización debida por daño moral", el importe mínimo fijado para las infracciones muy graves ha de aceptarse como cuantía válida, "sin que sea aceptable rebajar el importe por debajo del referido baremo", pues aunque el importe de las sanciones no resulte aplicable en el ámbito de la reparación del daño

[865] TODOLI SIGNES, A., "Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales...", cit. pág. 78 .De la revisión sistemática de sentencias desde 1 de enero de 2021 extrae que el 73% de las mismas conceden una indemnización con parámetros desconocidos, bien accediendo sin más a la solicitada en demanda, bien recurriendo al mínimo fijado por la LISOS para infracciones muy graves.
[866] STS de 20 de abril de 2022, rcud. 2391/2019.
[867] ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales...,* cit., pág. 214.
[868] MERCADER UGUINA, J. R., "La ley de infracciones y sanciones como baremo: funciones y disfunciones en la determinación de los daños morales derivados de la vulneración de derechos fundamentales...", cit. pág. 9. Para el autor, "la doctrina del Tribunal Supremo ha venido a dar un paso importante en relación con el carácter orientativo del baremo de la LISOS y ha pasado a convertirlo, a determinados efectos, en imperativo". Véase también LOUSADA AROCHENA, J.F., "La cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral: la cuantía mínima del baremo LISOS como derecho necesario", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 6, 2023 (on line).

"sí es un magnífico criterio orientativo para la cuantificación de los daños morales en la medida en que cuantifica el reproche jurídico que la conducta merece. Y, siendo esto así, no resulta ajustado a la lógica que se sitúe por debajo de ese mínimo"[869].

- Junto a ese mínimo, señala una indemnización estándar resultante de la aplicación del criterio consistente en el "salario del trabajador" y que sitúa en seis meses de salario. Sobre esos seis meses de salario, se aplicarían las agravantes o atenuantes, sin perjuicio, en cualquier caso, del límite mínimo de la LISOS antes señalado. Considera el autor que, puesto que el límite mínimo para las infracciones muy graves (7501 euros) equivale aproximadamente a seis meses de salario mínimo interprofesional, si esta cantidad actuara como indemnización estándar quienes "perciben salarios más bajos obtendrían indemnizaciones proporcionalmente superiores que aquellos que perciben salarios más elevados"[870]. El parámetro consistente en seis meses de salario de la persona lesionada sería un parámetro objetivo y a la vez individualizador. Además, la doctrina judicial analizada en dicho estudio confirma que "cuanto mayor es el salario—considerando el resto de las circunstancias analizadas equivalentes– los tribunales suelen condenar a indemnizaciones superiores".
- A dicha indemnización estándar se aplicarían porcentajes de agravación (desde el 10% hasta el 300% de la cantidad) en función de la concurrencia de los criterios señalados por el TS, como antigüedad, reincidencia, tiempo de duración de la lesión, intensidad de la conducta, consecuencias o perjuicios que ha producido la misma o su carácter pluriofensivo; a los que añade también la cifra de negocios de la empresa.

Como hemos indicado se trata de una propuesta de baremo que fija cuantías y porcentajes concretos con el objetivo último de permitir la aplicación sistemática de los criterios enumerados por el TS, más otros que se adicionan (como el salario de la persona trabajadora o la cifra de negocios de la empresa).

Resulta de interés detenernos en algunos de esos criterios:

a) Salario de la persona trabajadora

El criterio del salario de la persona trabajadora para el cálculo de una indemnización estándar o "de base" resulta criticable[871], pues si bien su aplicación a la indemnización legal tasada se relaciona con la finalidad de compensar la pérdida del empleo, no ocurre así cuando se trata de reparar el sufrimiento psicológico o moral sufrido por la lesión de un derecho fundamental, que no depende del salario percibido por el trabajador o

[869]LOUSADA AROCHENA, J.F., "La cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral...", cit. pág. 7.
[870]TODOLI SIGNES, A., "Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales...", cit. pág. 62.
[871] ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, BOE, Madrid, 2023, pág. 159.

trabajadora. Lo contrario supondría que lesionar el derecho fundamental de quienes tienen puestos de trabajo de clasificación profesional más baja "es más barato" que causar la misma lesión, por ejemplo, en un directivo. El salario dejado de percibir sí influye cuando se trata de un despido nulo por lesión del derecho fundamental cuando se condena al abono de los salarios de trámite, pero estos no forman parte de la indemnización del daño moral, sino que son consecuencia de la nulidad del acto extintivo, como parte de la tutela restitutoria. Además los criterios de salario (y en su caso, antigüedad) utilizados para calcular la indemnización por despido improcedente no son aplicables a cualquier vulneración de derechos fundamentales; piénsese en los supuestos en que el lesionado es un sindicato. Al salario no se refiere el TS en los criterios enumerados para graduar la indemnización por daño moral, aunque sí a la antigüedad de la persona trabajadora.

b) Antigüedad

La antigüedad de la persona trabajadora es un módulo, junto al salario, utilizado para fijar la cuantía de la indemnización por despido improcedente. Ambos resultan previstos en el art. 12 del Convenio 158 OIT que, al remitir a un método de cálculo para la indemnización por fin de servicios se refiere a los parámetros de tiempo de servicios y salario[872]. Dicha indemnización supone una "prestación por equivalente" en aquellos casos en los que no sea posible o no esté prevista la restitución *in natura* (readmisión de la persona trabajadora). Y a ella se refiere el art. 10 del mismo Convenio cuando señala que el trabajador tendrá derecho al "pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada", en los casos de terminación injustificada de la relación de trabajo y no se considere posible o no esté previsto ordenar la readmisión de la persona trabajadora.

Excedería de este trabajo ahondar en el controvertido debate jurídico sobre la adecuación o suficiencia de la indemnización legal tasada prevista en nuestro ordenamiento jurídico. La STS de 19 de diciembre de 2024, rcud. 2961/2023, "por el momento"[873], aclara que

[872]Art. 12. 1 a) Convenio 158 OIT: "De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho:
(a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores".

[873]No es una cuestión cerrada, pues a la fecha de producirse el despido que es objeto de esta sentencia no estaba en vigor la Carta Social Europea, que en su art. 24, b) también se refiere al "derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada". En diversas Decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante, CEDS) se ha señalado que no es acorde a la CSE (revisada) una normativa que "no permite conceder a un trabajador una indemnización superior en función de todas las circunstancias, pudiendo solo los tribunales ordenar el abono de una indemnización dentro de los límites prefijados". Habrá que esperar al criterio del TS una vez ha entrado en vigor la CSE y especialmente, al valor jurídico que atribuya a las interpretaciones de su contenido que se realizan a través de las Decisiones del CEDS. Sobre la eficacia jurídica de los preceptos de la CSE y la posibilidad que abre de regular un nuevo sistema indemnizatorio del despido improcedente que no esté basado en criterios exclusivamente objetivos y tasados, sino en otros subjetivos, "como las circunstancias personales y/o familiares de la persona despedida tales como la edad, el sexo, la situación familiar, la

del art. 10 del Convenio 158 OIT no puede derivarse la posibilidad de que la indemnización legal tasada por despido improcedente prevista en el art. 56.1 ET se vea incrementada en vía judicial con otras cuantías que atiendan a las circunstancias concretas del caso. Y ello no supone una vulneración del precepto internacional, en el que tan solo se indica que la indemnización ha de ser "adecuada", correspondiendo al legislador nacional su determinación, que ha realizado siguiendo los parámetros del art. 12 del mismo Convenio 158 en el citado art. 56.1 ET[874].

Traemos a colación el actual debate (no cerrado) sobre las limitaciones de la indemnización legal tasada, en la medida en que este pone en tela de juicio la suficiencia de la indemnización calculada exclusivamente en función del salario y la antigüedad de la persona trabajadora y sin tener en cuenta otras circunstancias[875] (como la situación personal en la que queda la persona trabajadora, especialmente si tiene acceso o no a una prestación por desempleo).

El criterio de la antigüedad puede ser apropiado (aunque no suficiente, como se puede apreciar por las críticas que siguen mereciendo las indemnizaciones tasadas) para calcular una prestación que "hace las veces o sustituye" a la readmisión, de forma que restablece el equilibro roto en el vínculo laboral. La indemnización del despido sin causa da por supuesto que el daño se ha producido (extinción injustificada) y que debe ser reparado, estableciendo para ello unos criterios de valoración regulados en la ley. Si el daño es la finalización sin causa de la relación laboral, los criterios del salario de la persona trabajadora así como la antigüedad en la prestación de servicios (elementos del contrato) son los que permiten la más cercana o similar reparación a la readmisión de la persona trabajadora a su puesto de trabajo y además, constituyen parámetros objetivos.

Tratándose del daño moral inherente a la lesión del derecho fundamental, la justificación del uso de la antigüedad como criterio de graduación no puede basarse en los anteriores

---

formación, etc., al entender que el daño causado por el despido es mayor si la persona trabajadora pertenece a colectivos vulnerables en cuanto que su capacidad de encontrar un nuevo empleo es meno" véase ALZAGA, RUIZ, Í., "La concesión de una indemnización adicional en los supuestos de despido improcedente en aplicación de lo dispuesto en la Carta Social Europea revisada", *Revista española de derecho del trabajo,* núm. 279, 2024, versión on line, págs. 1 a 39.

[874]Véase al respecto el interesante comentario "de urgencia" de BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "Despido improcedente e indemnización (comentario de urgencia): del art. 10 C158 OIT no se desprende el reconocimiento de una indemnización adicional a la legal tasada (STS\Pleno 19/12/24", *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, entrada 20/12/2024. Despido improcedente e indemnización (comentario de urgencia): del art. 10 C158 OIT no se desprende el reconocimiento de una indemnización adicional a la legal tasada (STS\Pleno 19/12/24) – UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES

[875] Véase MERCADER UGUINA, J.R., "Derechos fundamentales, indemnización por daños morales y prudente arbitrio del juzgador en su determinación: una tormenta perfecta", *Revista Gallega de Derecho Social, núm. 15,* 2022, http://www.revistagalegadedereitosocial.gal , págs. 15 y 16, sobre la desconfianza o recelo con el que se observa el modelo de indemnizaciones tasadas, por rígido y no graduable. Alude a la doctrina del TC italiano que considera necesario poder "personalizar" el daño sufrido por la parte trabajadora, de lo contrario, "el legislador acaba por traicionar el objetivo primordial de la protección de la indemnización, que consiste en prever una indemnización adecuada por los daños sufridos por el trabajador injustamente despedido".

argumentos, por ello la doctrina[876] ha criticado su aplicación en este ámbito, pues carece de relación con la lesión del derecho fundamental. Por ejemplo, a idéntica lesión de la integridad física, el sufrimiento o dolor que se deriva de ello no depende de la antigüedad en la empresa y no parece que haya motivos para que sea mayor en un empleado veterano que en un recién contratado. Sin embargo, se estima que una persona con alta antigüedad en la empresa sí puede sufrir más al ver vulnerado sus derechos fundamentales por la mayor intensidad del vínculo (confianza, familiaridad...) que se puede generar entre empresario y empleado durante el transcurso del tiempo de servicios[877]. En el caso de despido con lesión de derechos fundamentales la mayor antigüedad de la persona trabajadora incidirá en un mayor daño moral, pues no resulta equiparable el sufrimiento de quien es víctima de un despido discriminatorio tras una relación laboral de décadas con el de aquel que sufre ese mismo despido tras escasos meses de relación laboral.

En las resoluciones de los TSJ el parámetro antigüedad es tenido en cuenta por los órganos judiciales para fijar mayores indemnizaciones a mayor antigüedad (al igual que en el supuesto del salario)[878]. En el extremo opuesto, también se han señalado mayores indemnizaciones a trabajadores con una antigüedad muy baja (menos de 3 años, meses o incluso semanas) en el caso de despidos con lesión de derechos fundamentales, a fin de contrarrestar la apreciación de estos como "despidos baratos" y atribuyéndole en estos casos, una finalidad preventiva o disuasoria a la indemnización del daño moral[879].

c) El carácter pluriofensivo de la lesión

La vulneración de más un derecho fundamental debe tenerse en cuenta para aumentar la indemnización. A este criterio se refiere no solo el TS sino el art. 27 de la Ley 15/2022, cuando señala "la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley". Parece que no hay duda de que la vulneración de más de un derecho fundamental ha de dar lugar al aumento de la indemnización, ya se trate de varias conductas empresariales que vulneran distintos derechos fundamentales[880] o de la

[876] ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La cuantificación de la indemnización por daño moral...,* cit, pág. 160. "Tanto la duración del contrato como la cuantía son elementos del contrato. Suelen manejarse, al menos da esa impresión, como si se pretendiera averiguar el lucro total que el trabajador podría experimentado por la vigencia plena del contrato" (...) "Ambos pueden ser criterios que permitan determinar un perjuicio concreto laboral, pero no como criterio, o al menos no como el único, para la concreción de un perjuicio de tipo moral".

[877]Vid. TODOLÍ SIGNES, A., "Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales...," cit., págs. 64 y 65. Con argumentos basados en la remisión al Derecho Penal y a la agravante de parentesco al autor le resulta defendible "un aumento sustancial de la indemnización para aquellos casos en los que la antigüedad sea elevada".

[878] Especialmente en antigüedades de 20 o más años. Vid. TSJ de Galicia de 14 de febrero de 2023, rsu. 6185/2022 y de Madrid de 23 de septiembre de 2022, rsu. 572/2022.

[879]Vid. SJS de Palma de 19 de febrero de 2021, proc. 395/2020, que condena al abono de una indemnización de 10.000 euros en un caso de vulneración de la garantía de indemnidad de una persona trabajadora con una semana de antigüedad

[880]Vid. STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2023, rsu. 6185/2022 condena a 15.000 euros por daños morales por vulneración del derecho a la indemnidad (la persona despedida presentó varias demandas contra la empresa y asistió como testigo en pleitos a favor de otros compañeros de trabajo) y de la libertad de expresión (envió más de 70 correos electrónicos a la empresa advirtiendo de irregularidades en el trabajo).

vulneración de más de un derecho fundamental por el mismo acto empresarial (por ejemplo, resulta frecuente la vulneración doble de la libertad sindical y de la libertad de expresión, cuando quien emite opiniones sobre las condiciones de trabajo en medios públicos es también representante legal de las personas trabajadoras)[881].

No procederá aplicar la agravante de pluriofensividad en los supuestos en los que se alegue discriminación por motivos sindicales y vulneración de la libertad sindical, pues se consideran derechos inseparables o que afectan al mismo bien jurídico[882], sí cuando concurra otro móvil discriminatorio.

d) Persistencia temporal en el tiempo de la lesión y posible reincidencia en conductas vulneradoras

Se analizan conjuntamente ambas, pues se encuentran relacionadas con el factor temporal de la lesión, una por suponer una permanencia en el tiempo de la conducta lesiva y otra por implicar reiteración en el tiempo de las conductas lesivas[883]. Respecto a la primera se suscitan pocas dudas sobre su consideración como criterio que agrava la indemnización, pues no produce el mismo daño un acoso o una discriminación mantenida en el tiempo que un hecho aislado (aunque este último también podrían tener consecuencias perdurables en el tiempo).

En cuanto a la reiteración de conductas también se tiene en cuenta como agravante por un doble motivo: porque la reiteración de conductas supone un mayor sufrimiento en la víctima[884] y porque con ello se cumple la función preventiva de la indemnización, pues la condena o sanción anterior (bien por sentencia o por actuación de la ITSS) no ha desplegado su eficacia a fin de evitar conductas futuras similares.

A esa finalidad preventiva, incluso cuando la reiteración de la conducta vulneradora no se ha producido sobre la misma víctima, se ha referido el TS en sentencia de 20 de abril de 2022, indicando entre otras circunstancias para la agravación del montante indemnizatorio, que otra trabajadora distinta a la demandante había dimitido por la situación vivida en el ámbito de la empresa. Si bien los incumplimientos empresariales respecto de otros trabajadores pueden ser tenidos en cuenta para el cálculo de la indemnización (en cuanto que revelan una "actitud empresarial tendente a impedir la defensa del derecho" o son "reflejo del contexto en el que se ha podido producir la

[881]TODOLÍ SIGNES, A., "Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales...," cit., pág. 68. Véase también CANO GALÁN, Y.,"Despido discriminatorio por anuncio de matrimonio: ¿un supuesto de discriminación por razón de sexo?[Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 130/2022, de 9 de febrero de 2022 (Rec. 1871/2020)", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, núm. 3, Laborum,* 2022, págs. 139-150. Sobre la posibilidad de que concurran varias causas de discriminación en una misma conducta (por razón de sexo y de estado civil) en el despido de la trabajadora que anuncia que va a contraer matrimonio.
[882] STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2022, rsu. 33/2022.
[883] STSJ de País Vasco de 10 de enero de 2023, rsu. 2559/2022.
[884]MERCADER UGUINA, J.R., "Derechos fundamentales, indemnización por daños morales y prudente arbitrio...", cit., pág. 38.

conducta"), no considero que el criterio de reiteración de conductas frente a distintas víctimas deba ser aplicado automáticamente para incrementar la indemnización, pues con ello nos encontraríamos ante una consecuencia o efecto ilógico y es que las personas trabajadoras que han sido las "primeras" en sufrir la lesión percibirían una indemnización menor que aquellas que han visto vulnerados sus derechos con posterioridad, por el único motivo de la reiteración en el ilícito por parte de la empleadora. Dicho criterio, que tiene toda su lógica cuando se está en el ámbito del derecho sancionador, produce efectos no deseados cuando se trata de compensar el daño sufrido por la lesión de un derecho fundamental. Y ello sin perjuicio de que en el supuesto concreto (como en el de la citada sentencia) el contexto en el que se produce la lesión (situación laboral de presión que ha obligado a otra trabajadora a dimitir) tenga repercusión en el resto de la plantilla y provoque una incertidumbre y temor justificado. No obstante, en este caso, no ha habido un despido anterior efectuado por la empresa sobre otra trabajadora, sino una dimisión voluntaria de esta.

Ambos criterios, tanto la persistencia en el tiempo de la conducta como la reiteración de las lesiones, son indiciarias de una conducta tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido y del contexto en el que dicha vulneración se produce.

e) La intensidad del quebrantamiento del derecho y las consecuencias de la conducta vulneradora

Otros dos criterios a los que hace referencia el TS son la intensidad de la lesión (o gravedad de la lesión) y las consecuencias de esa conducta en la situación personal o social de la persona trabajadora o del sujeto titular del derecho infringido. Las consecuencias en el sujeto de la lesión suelen ser reflejo de la gravedad o entidad de la lesión (aunque no necesariamente, pues pueden existir conductas graves con repercusiones leves).

En cualquier caso, son dos criterios que pueden estar conectados, pero que gozan de autonomía: por un lado, la gravedad de la conducta vulneradora en sí misma y, por otro lado, las consecuencias de esa conducta en la víctima.

Para valorar la situación personal en la que queda la víctima hay que atender a criterios objetivos, no bastando la mera apreciación subjetiva de la persona afectada, que puede contemplar como un daño moral meras incomodidades o molestias.

Son criterios objetivos, por ejemplo, el mayor daño moral que sufre la víctima cuando es despedido que en aquellos otros en los que no es contratado a pesar de la aceptación de una oferta de trabajo, pues no se considera igual de dolorosa la pérdida de un empleo que ya se tiene que la no obtención de uno que podría obtenerse[885].

[885]AGUILERA RULL, A., "Daño moral por discriminación", en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I. (Dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, Editorial Bosch, Barcelona, 2017, pág. 563.

Sin embargo, otros indicios como la necesidad de tratamiento psicológico de la víctima o la situación de incapacidad temporal deben ser valorados en cada supuesto concreto. Qué duda cabe que de producirse una situación de incapacidad temporal que sea consecuencia de la lesión del derecho fundamental, este hecho puede conllevar una agravación de la indemnización por la prueba de la repercusión sobre la salud física y/o psicológica de la víctima, pero no resulta indispensable para la apreciación del daño moral que se produce por el solo hecho de atentar contra un derecho inherente a la persona. Y ello porque, tal y como se indica en el ámbito civil el daño moral es aquel que se presume siempre que se produce la intromisión ilegítima [886], al que suele denominare por la jurisprudencia daño moral en sentido estricto y que puede recaer o no en el ámbito psicofísico de la persona[887].

f) La cifra de negocios de la empresa

La STS de 22 de abril de 2022 no enumera entre los criterios para el cálculo de la indemnización la cifra de negocios de la empresa, pero esta es considerada como un criterio que justifica el aumento de la indemnización al conectarla con la finalidad preventiva de la indemnización. La indemnización no puede cumplir esta última finalidad si su cuantía no es desincentivadora para la empresa y no lo es si resulta irrelevante o irrisoria teniendo en cuenta su capacidad económica, de modo que le suponga un beneficio mayor (o al menos, un perjuicio menor) la causación de la lesión que el abono de la indemnización.

Además de esta función preventiva, la cifra de negocios de la empresa también puede afectar a la repercusión sobre la víctima de la vulneración de un derecho fundamental, pues esta puede encontrarse en una situación de mayor indefensión o vulnerabilidad cuando se trata de exigir sus derechos frente a una multinacional o una gran empresa que frente a una pequeña o mediana empresa[888]. No obstante, entendemos que en el caso de las pequeñas empresas pueden concurrir factores que incrementen la indemnización, pues este tipo de empresas son más proclives al desarrollo de un vínculo estrecho y "cuasi familiar" con sus empleados, de modo que puede agravarse el sentimiento de zozobra o pérdida de la víctima, con repercusión sobre su situación personal, si bien esa es una circunstancia que solo indirectamente está relacionada con la cifra de negocios de la empresa y en mayor medida con la plantilla o número de empleados de la misma y con la situación socio-laboral de la persona afectada.

***Recapitulación final**

[886] Art. 9.3 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: "la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se produzca la intromisión ilegítima".
[887]STS (Civil) de 23 de octubre de 2015, rec. 2017/2013, señala que serán calificados como daños morales "aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona".
[888] TODOLÍ SIGNES, A., "Criterios para el cálculo de la indemnización...", cit., pág. 75.

Resulta unánime la obligación del órgano judicial de señalar una indemnización acreditada la lesión del derecho fundamental, tanto de los daños patrimoniales como de los no patrimoniales. No obstante, si bien la falta de prueba del segundo no impide la condena a una cantidad, pues se presume que el daño moral es inherente a toda lesión de un derecho fundamental, en el supuesto de los daños económicos será necesario su acreditación.

La principal dificultad a la hora de fijar la cuantía del daño no patrimonial se encuentra en la falta de prueba por la parte actora y no solo por la imposibilidad de prueba plena de un elemento subjetivo y personal como el dolor, sino también por el propio carácter de la prueba indiciaria que implica una "relajación" en su exigencia.

Esto ha conducido a los tribunales a acudir para su determinación a criterios tarifados o estandarizados como las cuantías sancionadoras de la LISOS[889]. La aplicación de la LISOS conduce a un acercamiento a la función preventiva de la indemnización a costa de un distanciamiento de la función reparadora, dirigiendo la mirada más a la conducta reprochable del causante que al daño sufrido por la víctima[890].También se ha advertido que el incremento de la indemnización por razones preventivas o disuasorias podría resultar contrario al art. 25.1 CE por vulnerar el principio non bis in idem, cuando al empresario ya se le ha sancionado por los mismos hechos con una multa cuya cuantía se tiene en cuenta además, como elemento decisivo para el cálculo de la indemnización de la víctima. Por ello, la estimación de daños punitivos con finalidad represiva, preventiva o ambas debe quedar reservada para indemnizar aquellas conductas o lesiones más reprobables de los derechos fundamentales[891].

Dentro de los sistemas estandarizados, otros como el baremo de tráfico no ha tenido recorrido en la jurisdicción social, a pesar de carecer del carácter sancionador de la LISOS. En este baremo se contempla el daño moral como una "secuela" del daño patrimonial, de modo que la indemnización del daño moral y patrimonial es conjunta, en virtud de un sistema tasado de indemnizaciones vinculante para jueces y tribunales (cuya constitucionalidad fue confirmada por el TC[892], que no consideró contrario al art. 14 CE el cálculo por igual para todas las víctimas del daño moral)[893]. Y aunque la reforma del

[889] MERCADER UGUINA, J., "Derechos fundamentales, indemnización por daños morales y prudente arbitrio...", cit., pág. 40. El autor califica de "sorprendente la nostalgia de los criterios tarifados" que llevó a los órganos judiciales a quedar "atrapados" por el uso de los criterios orientadores de la LISOS:
[890]MERCADER UGUINA, J., "Derechos fundamentales, indemnización por daños morales y prudente arbitrio...", cit., pág. 39, señala cómo "la remisión a la LISOS produce un efecto singular: transforma la lógica del juez en la de inspector de Trabajo".
[891] MERCADER UGUINA, J. R., "Derechos fundamentales, indemnización por daños morales y prudente arbitrio...", cit., pág. 46. El autor señala el acoso sexual o por razón de sexo o las discriminaciones directas intencionales en tanto que comportamientos claramente dolosos y en los que la finalidad punitiva puede resultar justificada.
[892]STC 181/2000, de 29 de junio.
[893]GÓMEZ LIGÜERRE, C., "Concepto de daño moral" en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I. (Dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, Editorial Bosch, Barcelona, 2017, pág. 51, considera

Baremo de tráfico llevada a cabo por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre reconoce la posibilidad de indemnizar el daño moral de forma autónoma, solo lo hace en los casos más graves (cuando los daños físicos, orgánicos, sensoriales o estéticos superen una determinada puntuación). En definitiva, el sistema previsto para la indemnización de los daños derivados de accidentes de tráfico no permite indemnizar el daño moral como independiente sin el presupuesto previo de la existencia de daños personales. Por ello, el baremo de tráfico no resulta trasladable a la lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral, pues en este último son múltiples las situaciones y realidades que pueden generar un daño moral que no derive de daño personal o patrimonial.

La doctrina del TS más reciente postula una aplicación "individualizada" del baremo de la LISOS[894], de modo que se lleve a cabo una determinación de las indemnizaciones en atención a las circunstancias del caso y estableciendo para evitar soluciones arbitrarias, los factores a tomar en consideración para concretar la cuantía de la indemnización (al modo que hace el propio legislador al tasar los criterios de graduación cuando se trata de las multas sancionadoras)[895].

En el plano normativo, el art. 27 de la LOI establece criterios para valorar la indemnización por daño moral tomados del ámbito civil, en concreto del art. 9.3 de la LO Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que prácticamente reproduce ("la indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido"); y al que se limita a añadir "la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación". Se fijan los mismos criterios para valorar el daño moral derivado de una discriminación que los señalados para valorar el daño moral derivado de un atentado contra el honor; de ahí la importancia que se otorga a la difusión de la discriminación o la mayor o menor audiencia del medio a través del cual se haya producido.

Por su parte y desde el ámbito internacional, el TJUE ha dictado varias resoluciones, especialmente a propósito de la interpretación del art. 82 del Reglamento General de

"especialmente original la solución que ha dado el legislador español al problema de la valoración del daño moral que sigue a un accidente de circulación con vehículos de motor".

[894]MERCADER UGUINA, J.R., " La ley de infracciones y sanciones como baremo: funciones y disfunciones en la determinación de los daños morales derivados de la vulneración de derechos fundamentales, *Trabajo y Derecho, núm. 112,* Editorial La Ley, La ley digital, 2024. El autor se pregunta si la aplicación individualizada del baremo de la LISOS supone una recomendación o habrá de entenderse como exigencia.

[895] ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos...,* cit., pág. 215. El autor señalaba que parece razonable seguir manteniendo la LISOS como norma básica de referencia pero consideraba necesario "implementar- legal o jurisprudencialmente- una serie de parámetros o criterios adicionales que, teniendo en consideración la gravedad de la conducta empresarial, el daño moral infligido, y el contexto laboral en el que se produce, faciliten el refinamiento de la indemnización de una manera más depurada.

Protección de Datos (RGPD[896]) que reconoce el derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción de esta normativa y de la que interesa extraer algunas de sus recientes conclusiones:

- En Sentencia de 4 de mayo de 2023 en el asunto C- 300/21, UI v Österreichische Post AG[897], el TJUE señala que el art. 82 del RGPD no remite al derecho de los Estados miembros, por lo que el concepto de "daños y perjuicios" en el sentido de esa disposición, debe recibir una definición autónoma y uniforme, propia del Derecho de la Unión. Para que surja obligación de indemnización son requisitos acumulativos los siguientes: a) que se produzca la infracción del RGPD, b) que se produzca un daño y perjuicio (sea material o inmaterial) y c) que exista relación de causalidad entre los daños y la infracción: Añade a esos criterios generales las siguientes concreciones: i) no es necesario que los daños causados sean graves; ii) de existir daños y perjuicios estos han de indemnizarse, aunque sean mínimos; iii) los daños y perjuicios, aunque sean inmateriales han de probarse, pesando la carga de la prueba sobre el afectado.

- En sentencia de 20 de junio de 2024, asunto C-590/2022[898], en línea con la anterior resolución y por lo que aquí interesa, respecto de la indemnización de daños y perjuicios señala:

i) Para que surja la obligación de indemnizar daños y perjuicios basta el temor al uso indebido de los datos personales ("para fundamentar un derecho a indemnización, basta el temor padecido por una persona a que, como consecuencia de una infracción de este Reglamento, sus datos personales hayan sido divulgados a terceros, sin que pueda demostrarse que tal ha sido efectivamente el caso", F. J. 32 de la sentencia, tercera cuestión prejudicial).

ii) El temor al uso indebido de los datos junto con sus consecuencias negativas debe ser probado, pues no basta la mera alegación de un temor para que surja la obligación de reparación.

Hay numerosas situaciones en las que pese a existir culpa en el responsable de tratamiento de los datos, no se produce un acceso por terceros a estos (por ejemplo, el robo de datos

[896] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

[897] La empresa nacional de correos austríaca trató los datos personales de los ciudadanos con la finalidad de extraer o inferir su afiliación política. La empresa de correos no había recabado el consentimiento para ese tratamiento y aunque no se dio publicidad ni llegaron a manos de terceros, uno de los ciudadanos reclamó 1000 euros en concepto de indemnización por daños y perjuicios morales, al ser catalogado como partidario de extrema derecha.

[898] Una pareja alemana reclama 15.000 euros de indemnización de daños y perjuicios a su asesoría. La pareja, que cambió su domicilio lo indicó oportunamente a su asesoría que no lo comunicó a la agencia tributaria, de modo que sus datos fiscales llegaron a su anterior dirección, siendo abierta la notificación por los nuevos habitantes de la vivienda y teniendo acceso a ellos.

personales por un ciberataque no genera por sí solo daños y perjuicios[899] o que los datos personales queden expuestos por una brecha de seguridad no implica que se haya efectivamente accedido a los mismos). Ahora bien, como no existe un umbral mínimo de gravedad del daño, el temor a futuros ataques es suficiente para generar indemnización. El TJUE elimina el umbral mínimo de daño, pero exige la prueba de ese "temor"; de modo que no basta con la mera alegación del miedo por la posible pérdida de control sobre los datos personales, sino que se requiere que se hayan producido consecuencias negativas en la persona afectada y que las mismas se prueben. Se pretende con ello descartar la indemnización de daño moral en aquellos supuestos en los que solo existen meros trastornos, molestias o incomodidades (lo que se aprecia como muy complicado, salvo que se exija en todo caso que se hayan producido consecuencias psicológicas y/o físicas en la persona perjudicada).

Ello puede llevar a una primera conclusión, el abandono de la automaticidad del daño moral cuando se trata de la lesión de derechos fundamentales que rige en el ámbito laboral. Considero que esa conclusión sería precipitada, pues el supuesto o supuestos que trata la sentencia del TJUE es el temor al uso indebido de los datos, cuando este aún no se ha producido o puede que no llegue a producirse nunca. Y es ese temor y sus consecuencias negativas si se prueban, lo que genera un derecho a indemnización ex art. 82 RGPD, como ocurriría por ejemplo, en el caso de una brecha de seguridad en la empresa para la que presta sus servicios la persona trabajadora y que genera el temor en el uso indebido de sus datos personales por terceros. El empresario responde aquí en su condición de encargado o responsable del tratamiento de los datos, cuya licitud deriva del art. 6.1.b RGPD.

Sin embargo, la indemnización prevista en el art. 183 LRJS requiere no el mero temor al uso indebido de los datos personales, sino la vulneración del derecho a la protección de los datos personales de la persona trabajadora por el empleador, cuyo tratamiento es lícito, siempre que no se realice con fines distintos a los autorizados (al amparo del contrato de trabajo y su ejecución) o excediendo de los límites del consentimiento prestado; por ejemplo cuando el empleador accede a datos personales que constan en los medios o instrumentos de trabajo proporcionados por la empresa, sin superar su conducta el test de proporcionalidad, lesionando así el derecho fundamental a la intimidad de la persona trabajadora.

Qué duda cabe que el TJUE al establecer un concepto uniforme de indemnización de daños y perjuicios morales a propósito de este precepto del RGPD sienta un criterio que de trasladarse de forma automática al ámbito laboral supondría el fin de la automaticidad del daño moral y el retorno a una costosa o casi imposible prueba de este.

[899] Sentencia del Tribunal de Justicia 3ª 20 junio 2024, asuntos acumulados C-182/22 y C-189/22, Scalable Capital.

iii) "Para determinar el importe de la indemnización por daños y perjuicios debida en virtud del derecho a indemnización consagrado en dicho artículo, no procede, por una parte, aplicar mutatis mutandis los criterios para la fijación del importe de las multas administrativas previstos en el art. 83 de este Reglamento ni, por otra parte, atribuir a ese derecho a indemnización una función disuasoria" (FJ 44 de la sentencia, cuestiones prejudiciales cuarta y quinta).

Con dicho pronunciamiento resulta cuestionado tanto el recurso al baremo de la LISOS por su carácter sancionador para el cálculo de la indemnización por daño moral, como el hecho de atribuir a la misma una función disuasoria.

En cuanto a la primera cuestión, el TJUE niega que los criterios previstos para la imposición de multas administrativas del art. 83 "puedan utilizarse para determinar el importe de la indemnización por daños y perjuicios en virtud del artículo 82", aunque también afirma sobre los criterios para determinar el importe de la indemnización derivada del RGPD que la remisión ha de entenderse realizada "a los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado miembro, siempre que se respeten los principios de equivalencia (que dicha regulación no sea menos favorable en las situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión que en situaciones similares de carácter interno) y efectividad (que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión)".

¿Ello supone que no cabe tomar en consideración las cuantías de la LISOS para calcular la indemnización por daño moral en el ámbito laboral cuando se lesione un derecho fundamental? Parece que, al menos en el ámbito de la protección de datos y cuando la lesión del derecho a la intimidad se produzca como consecuencia de una infracción del RGPD, no cabrá recurrir a los criterios de graduación de la LISOS por responder a finalidades distintas a la función reparadora, pero entendemos que sus cuantías sí pueden seguir siendo tomadas como referente, siempre que su modulación se lleve a cabo con criterios directamente relacionados con la reparación del daño y no con la conducta de quien lesiona.

En segundo lugar, el derecho a indemnización "no cumple una función disuasoria o punitiva". A los efectos de dicho Reglamento, los daños y perjuicios materiales e inmateriales no pueden fijarse en una cantidad "que exceda de la compensación completa de ese perjuicio". Ello supone el rechazo al pago de indemnizaciones de carácter punitivo o preventivo, una vez alcanzada la compensación o reparación íntegra de los daños y perjuicios de cualquier tipo, incluidos los morales. El TJUE se ha pronunciado en otras ocasiones sobre el posible enriquecimiento injusto que puede estar detrás del incremento de las indemnizaciones por razones punitivas afirmando que el Derecho de la Unión “no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico de la Unión no produzca un

enriquecimiento sin causa de los beneficiarios"[900]. Es de interés mencionar también la STJUE de la misma fecha, 20 de junio de 2024 (asunto C-367/2023) a propósito de la obligación de las empresas de realizar una evaluación de la salud de las personas trabajadoras nocturnos. En ella se concluye que no se opone al art. 9.1.a) de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, la exigencia de prueba de dichos perjuicios para poder obtener una reparación por dicha omisión. Se pronuncia también sobre los daños punitivos para indicar que no resta efectividad al derecho de las personas trabajadoras nocturnos a la evaluación de la salud que la reparación de los perjuicios sufridos que han de ser acreditados no contemple una finalidad punitiva, pues ya existen normas específicas que sancionan la omisión de las evaluaciones de la salud, sin estar supeditadas a la existencia de daño[901].

El TJUE, al menos en la interpretación del RGPD mantiene la clásica distinción entre la función reparadora que está llamada a cumplir la indemnización de daños y perjuicios (que exige la prueba de estos y la relación de causalidad entre la conducta infractora y los perjuicios sufridos y que no depende en su cuantificación ni de la gravedad o duración de la conducta ni de la intencionalidad del agente, sino de la efectiva compensación del perjuicio sufrido) y la función punitiva o disuasoria, que queda reservada a las sanciones por la comisión de infracciones del RGPD, cuya imposición no está supeditada a la existencia de daños, sino a la comisión de la infracción y las circunstancias concurrentes en la conducta del infractor.

iv) "Para determinar el importe de la indemnización por daños y perjuicios debida en virtud del derecho a indemnización consagrado en ese artículo, no deben tenerse en cuenta las infracciones simultáneas de disposiciones nacionales relativas a la protección de datos personales que no tengan por objeto especificar las normas de dicho Reglamento".

Las indemnizaciones ex art. 82 RGPD son compatibles con las que se señalen en los derechos nacionales y que no tengan por objeto concretar o especificar el propio reglamento. Por tanto, sería compatible con la indemnización del daño moral derivado de la lesión del derecho fundamental a la intimidad en el ámbito de la relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 183 LRJS[902].

---

[900] STJUE de 13 de julio de 2006 (asuntos C-295/04 a 298/04).

[901] Véase, ROJO TORRECILLAS, E., "Sobre la obligación de evaluación de la salud de los trabajadores nocturnos. Necesidad de probar el perjuicio para obtener una reparación económica en caso de incumplimiento empresarial. Notas a la sentencia del TJUE de 20 de junio de 2024 (asunto C-367/23)", en *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. *El blog de Eduardo Rojo.* Entrada 1 de julio de 2024.

[902] TODOLÍ SIGNES, A., "¿Hay indemnización automática por vulneración del derecho de Protección de datos? STJUE 20/06/2024", Argumentos en derecho laboral. Entrada 28 de noviembre de 2024 al Blog coordinado por Adrián Todolí: El autor entiende que cuando "la vulneración de los preceptos del RGPD esté provocando la vulneración de un Derecho Fundamental (recuérdese que el Tribunal Constitucional ha dicho en diversas sentencias que la protección de datos tiene carácter de Derecho fundamental (Art. 18.4)),

E) Especial referencia a la indemnización por daño moral en el despido nulo de la trabajadora embarazada

La declaración de nulidad de un despido nulo por lesión de un derecho fundamental (con la consiguiente readmisión y el abono de salarios de tramitación) y la indemnización reparadora del daño moral sufrido por el despido son perfectamente compatibles, pues la finalidad de ambas "indemnizaciones" son diferentes.

La finalidad de la indemnización por daño moral, derivada de la vulneración de un derecho fundamental en un despido nulo "se dirige a compensar el sufrimiento, dolor, incertidumbre, angustia, ansiedad... que la citada vulneración haya podido producir al trabajador" y en este sentido es diferente de los efectos del despido nulo (consistentes en la readmisión y el abono de los salarios de tramitación), que están destinados a "resarcir al trabajador por el daño sufrido al no percibir salarios durante un determinado periodo de tiempo en el que no prestó servicios por causa imputable exclusivamente al empresario, derivada de un acto ilícito, cual es un despido nulo"[903].

Ahora bien, en el supuesto de despido nulo de la trabajadora embarazada se pueden dar dos situaciones: a) que el empresario no conozca la circunstancia de embarazo de la trabajadora, lo que no impedirá la declaración de nulidad del despido, al tratarse de una causa objetiva de nulidad[904] b) que el empresario conozca la situación de embarazo de la trabajadora, su despido no solo será nulo, sino que podría exigirse una indemnización de daños y perjuicios por la discriminación por razón de sexo de la trabajadora.

La controversia se ha generado especialmente a propósito del primer supuesto, si en aquellos casos de despidos nulos de forma objetiva por razón de embarazo de la trabajadora no conocido por el empleador cabe aplicar las previsiones del art. 183 LRJS, y la afectada puede reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Los posicionamientos se dividen en dos. Así, existen, por un lado, posiciones doctrinales y judiciales a favor de la procedencia de una indemnización por daño moral con independencia del conocimiento de tal circunstancia por el empleador, al entender que la nulidad del embarazo responde a una protección tanto de la maternidad como de la

existirán dos posibles indemnizaciones: una por los perjuicios creados por la vulneración (art. 82 RGPD y con el régimen jurídico descrito por esta sentencia) y otra por la vulneración del derecho fundamental (conforme a los criterios expuestos por el Tribunal Supremo).

[903] Vid. STS de 19 de mayo de 2020, rcud. 2911/2017: " En este caso se concreta (el daño moral) en la ansiedad que sufre la trabajadora por la pérdida del trabajo y la pérdida de oportunidades de desarrollo profesional".

[904] El Art. 55.5 b) ET establece una causa de nulidad que opera de forma objetiva y automática por la existencia del embarazo al tiempo del despido de la mujer trabajadora, por lo que la calificación de este nunca podrá ser de improcedencia. Solo cabe la calificación de procedente (si concurren causas justificadoras de la extinción) o nulo (sin necesidad en este último caso de que exista móvil discriminatorio o siquiera conocimiento del estado de gestación). SSTS de 17 de octubre de 2008, rcud. 1957/2007, de 25 de noviembre de 2014, rcud. 2344/2013, de 14 de enero de 2015, rcud. 104/2014, de 18 de abril de 2017, rcud. 2771/2015 o de 11 de enero de 2018, rcud. 726/2016.

discriminación por razón de sexo[905] y que toda discriminación requiere reparación con arreglo al art. 183 LRJS. La discriminación por razón de sexo se entiende implícita (a modo de una presunción iuris et de iure[906]) en el despido de la trabajadora embarazada y por tanto, lesionado un derecho fundamental se presume el daño moral, que ha de indemnizarse. A ello se añaden argumentos como la finalidad preventiva que está llamada a cumplir la indemnización de daños y perjuicios de conformidad con el art. 183.2 LRJS, pues "cualquier otra comprensión de la figura de la nulidad de despido en la modalidad reforzada u objetiva la reduciría a mera tutela simbólica"[907]

Por su parte, y esta es la posición mantenida por el TS[908], la indemnización por daño moral no deriva de forma automática del despido declarado nulo de la trabajadora embarazada, sino que debe resultar acreditada una específica vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación. Y a dicho criterio llega tras el estudio del origen de la institución del despido nulo por embarazo. La STC 92/2008, de 21 de julio, señaló que "tal normativa[909] constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE, por más que puedan igualmente hallarse vínculos de la misma con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos". El legislador viene a configurar un mecanismo de tutela reforzada de las trabajadoras embarazadas, eximiéndoles de la necesidad de aportar

[905] STSJ de País Vasco, de 12 junio de 2018, rsu. 1028/2018. No obstante, pese a apreciar la posibilidad de condenar al abono de una indemnización por daño moral, la falta de conocimiento del embarazo por el empleador es tenido en cuenta para graduar la cuantía de la indemnización. También señala indemnización por daño moral a pesar de la falta de conocimiento de la empresa de la situación de reducción de jornada por guarda legal (que es solicitada en la misma reunión en la que se le entrega la carta de despido, por lo que la decisión extintiva ya está tomada con anterioridad) la STSJ de Galicia, de 7 de mayo de 2021 , rsu. 1216/2021. En la doctrina, a favor de la indemnización adicional por discriminación en el supuesto de despido de la trabajadora embarazada, véase MOLINA NAVARRETE, C., *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social entre retórica judicial y prácticas innovadoras,* Editorial Bomarzo, Albacete, 2019, págs. 55 a 66. También BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "Despido injustificado y embarazo desconocido: readmisión e ¿indemnización?", *Una mirada crítica a las relaciones laborales, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* entrada 11 de febrero de 2018, Despido injustificado y embarazo desconocido: readmisión e ¿indemnización? – UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES, considera que la readmisión por sí sola no compensa en su integridad los daños sufridos por la inactividad provocada por un despido sin causa (y que no resultan cubiertos solo con el lucro cesante de los salarios de trámite), como pueden ser la oportunidad de promoción, de desarrollo de una carrera profesional, de formación..., en definitiva de llevar una vida profesional activa, que se ven truncados por la extinción injustificada y agravados aún más con los "riesgos" asociados a la maternidad

[906]MERCADER UGUINA, J.R., "Derechos fundamentales, indemnización por daños morales y prudente arbitrio del juzgador...", cit., pág. 25, cuestiona la automaticidad de la indemnización adicional en el despido sin causa de la trabajadora embarazada: "la regulación del art. 55.5 b) ET contiene, como recordó la STC 92/2008, de 21 de julio, una "garantía de indemnidad" reforzada para las trabajadoras embarazadas, pero es más cuestionable que esté viniendo a sentar una suerte de presunción "*iuris et de iure*" de discriminación".

[907]STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de enero de 2020, rsu. 3399/2018.

[908] STS de 12 de diciembre de 2023, rcud. 5556/2022. Véase un comentario a la sentencia en TUSET DEL PINO, P., " Efectos derivados de la declaración de nulidad del despido de la trabajadora embarazada. A propósito de la STS de 12 de diciembre de 2023", *Diario La Ley, núm. 10429, Sección Tribuna*, Editorial La Ley, 2024.

[909] Se refiere a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que reforma el apartado 5 del art. 55 ET."

indicios discriminatorios para la calificación de nulidad del despido sin causa, proporcionando una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación. Pero como concluye el TC: "es evidente que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios, los despidos "motivados" por razón de embarazo, lo que constituye uno de los principales desafíos a los que ha de hacer frente el derecho a la no discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales, y es lógico que así lo resalte el texto en el que se exponen los motivos de la norma. Pero que sea esa la finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio".

En definitiva, la previsión de un despido nulo automático para las trabajadoras embarazadas cuando no pueda probarse las causas del despido no es incompatible con que este pueda ser también discriminatorio por alguna de las causas prohibidas en la Constitución o en la ley. Pero para ello habrá de resultar probado que existía un móvil discriminatorio como fundamento único de la extinción y que no existían razones ajenas a la lesión del derecho fundamental. Por tanto, como en cualquier otro despido discriminatorio, la trabajadora deberá alegar los indicios necesarios para trasladar a la empresa la obligación de demostrar que su decisión de poner fin a la relación laboral se debe a causas ajenas, en este caso, a la condición de embarazada[910] y que no existía móvil discriminatorio. Resulta evidente que este último no puede existir si la empresa al tiempo del despido no tenía siquiera conocimiento de la situación de embarazo.

Aunque esta es la postura jurisprudencial, no faltan autores, como hemos visto, que señalan que la función preventiva de la indemnización (para evitar que el mismo sujeto reincida o que en el futuro lo hagan terceros al ser conscientes de las consecuencias que ello puede suponerles) justificaría el establecimiento de una indemnización por daño moral aun cuando la empleadora desconociera la situación de embarazo, pues los salarios de trámite y la readmisión no compensan las consecuencias de la situación de desprotección en la que queda la trabajadora despedida, entretanto no sea declarado su despido nulo.

F) Especial referencia a la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la prueba del despido

Otra cuestión relevante a propósito de la indemnización por daño moral es la repercusión que sobre la calificación del despido tiene la obtención de pruebas para acreditar la causa del mismo con lesión de derechos fundamentales, en la mayoría de los casos contra la

[910] FJ 4º.2 de la citada STS de 12 de diciembre de 2023, rcud. 5556/2022.

intimidad y/o contra la protección de datos personales de la persona trabajadora, art. 18.4 CE[911].

Se trata de un supuesto bastante habitual y que se produce en el ámbito laboral con bastante frecuencia, cuando la empresa lleva a cabo un despido disciplinario basándose en hechos de los que ha tenido conocimiento a través del uso de medios tecnológicos (imágenes obtenidas por cámaras de videovigilancia o mediante acceso o monitorización del ordenador de la persona trabajadora). A ellas se refiere el art. 90.2 LRJS que comienza indicando que "no se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas". La cuestión sobre la licitud o ilicitud de la prueba puede apreciarse de oficio (por tratarse de vulneración de derechos fundamentales) o bien a instancia de parte y se resolverá por el órgano judicial previa audiencia de las partes y con la realización de aquellas diligencias que fueran susceptibles de práctica en el mismo acto (sin perjuicio del recurso a las diligencias finales cuando sea estrictamente imprescindible). Contra la decisión del órgano judicial solo cabe recurso de reposición que se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, sin perjuicio de su reproducción en el recurso que proceda contra la sentencia.

En cuanto a los efectos sobre la calificación del despido se han sostenido dos posibles soluciones, o bien calificar el despido de nulo, aplicando la doctrina de los “frutos del árbol envenenado”, de modo que siendo nula la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, también lo será el despido; o bien considerar que la nulidad se extiende solo a la prueba obtenida ilícitamente, pero sin que ello afecte a la calificación del despido que dependerá de la existencia o no de causa justa, que se podrá acreditar en virtud de la existencia de otro tipo de prueba. El despido podrá ser calificado de nulo, improcedente o procedente[912]: nulo, si concurren alguno de los supuestos de nulidad del art. 55 ET; improcedente cuando no concurran las causas justas alegadas (por inexistencia de estas, por falta de prueba o por falta de gravedad) o procedente, si las causas alegadas son reales, de suficiente gravedad y acreditadas suficientemente con el resto de la actividad probatoria.

El TC se ha pronunciado a favor de esta última, en sentencia núm. 61/2021, de 15 de marzo, al concluir que la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no comporta la nulidad automática del despido, siendo razonable desligar la ilicitud de la prueba de la calificación del despido, pues "no puede proclamarse que entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocesal de un derecho fundamental pueda afirmarse la existencia de una «consecutividad lógica y jurídica(FJ 3)".

---

[911] Véase ALTÉS TÁRREGA, J.A. y FITA ORTEGA, F., "La prueba ilícita en el proceso laboral. Sus consecuencias sobre el despido", *Labos, vol. 3, núm. 2,* 2022, págs. 76-101. Recuperado de: https://doi.org/10.20318/labos.2022.7063

[912] LOUSADA AROCHENA, J.F., "La prueba ilícita en el proceso laboral", *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* núm. 5, 2006, págs. 828-829.

No obstante, no ofrece una interpretación constitucional de alcance general, pues limitó su decisión a señalar que no es "irrazonable o ilógico" en el supuesto concreto, una interpretación según la cual la nulidad de la prueba no conduce a la del despido. Y ello porque su objeto de enjuiciamiento era resolver sobre si la nulidad del despido era una consecuencia derivada del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones[913].

En el supuesto planteado ante el TC se estima parcialmente el recurso de amparo, pues aunque la prueba de monitorización del ordenador de la trabajadora constituye una prueba ilícita y el órgano judicial ha calificado el despido de improcedente (al no resultar acreditadas las causas de este por otros medios de prueba) no se pronuncia sobre la indemnización del daño derivado de la lesión de derechos fundamentales causado con la obtención de la prueba ilícita[914].

Sentada la obligación del órgano judicial de pronunciarse sobre la indemnización de daños y perjuicios cuando se produzca la lesión de un derecho fundamental, aunque este no se encuentre en el origen del despido, resulta la legitimación de la empresa aunque se haya calificado el despido de procedente, con la finalidad de recurrir la sentencia en el extremo relativo a la declaración de ilicitud de la prueba[915].

Por su parte, el ST, en sentencia de 26 julio 2022, rcud. 1675/2021, a propósito del despido disciplinario, basado en las imágenes grabadas por cámara oculta, y a propósito de la calificación del despido como nulo o improcedente, no aprecia contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial remitiendo al momento oportuno (cuando llegue el momento) “podríamos unificar doctrina sosteniendo que la consecuencia de que la fuente probatoria esté contaminada debe ser la expulsión del procedimiento de las grabaciones obtenidas; por el contrario, podemos considerar, como hace la sentencia recurrida, que el despido está inevitablemente contaminado en todo caso; pero también, claro está, cabe que nos inclinemos por una posición intermedia o, simplemente, distinta”.

---

[913] Véase CASAS BAAMONDE, M.E., "¿Una “tercera” doctrina judicial sobre la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales y sus efectos en la calificación del despido?", *Revista de Jurisprudencia Laboral.* núm. 3, BOE, 2023.
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2023-00000002394

[914]Comentario crítico a dicha sentencia en CASAS BAAMONDE, M.E., "Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales", *Revista de jurisprudencia laboral, núm. 4,* Editorial BOE, 2021, BOE.es - Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales.

[915]LOUSADA AROCHENA, J.F., "Prueba ilícita en el proceso laboral: cuestiones de legitimación, intimidad y protección de datos personales", *Revista de jurisprudencia laboral,* núm. 4, BOE, 2022. BOE.es - Prueba ilícita en el proceso laboral: cuestiones de legitimación, intimidad y protección de datos personales.
Se analiza la STS de 8 de marzo de 2022, rcud. 130/2019, que resuelve el recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria que, a pesar de haber obtenido la declaración de procedente del despido efectuado, solicita se declare lícita una de las pruebas utilizadas consistente en el acceso a las cuentas bancarias que tenía la trabajadora en esa misma entidad.

II. RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA

En los arts. 177 a 184 LRJS que regulan esta modalidad procesal no se indica nada sobre los recursos que proceden contra la sentencia, si bien el art. 191.3.f), a propósito de la regulación del recurso de suplicación sí se señala que procederá, en todo caso, el recurso de suplicación contra las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

Ese recurso procederá en todo caso y por tanto, con independencia de que se supere o no la cuantía mínima de 3.000 euros de la cuestión litigiosa para tener acceso a suplicación.

Frente a las dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional procederá recurso de casación (arts. 205 y 206 LRJS) y frente a las sentencias dictadas por los TSJ procede recurso de casación para unificación de doctrina (art. 218 LRJS).

Se limita el ámbito del recurso de casación para unificación de doctrina, pues tras la reforma que lleva a cabo la LO 1/2025, de 2 de enero, en los apartados 1 y 3 del art. 219 LRJS ya no bastará para la admisión del recurso de casación que respecto de los mismos o distintos litigantes en "idéntica situación" y en virtud de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se haya llegado a pronunciamientos distintos. Se añade como requisito adicional que la Sala de lo Social del TS "aprecie que el recurso presenta interés casacional objetivo", bien porque sea aconsejable un nuevo pronunciamiento del TS, bien porque la cuestión tenga trascendencia o proyección significativa o porque el debate presente relevancia para la formación de la jurisprudencia.

No bastará ya la mera contradicción entre sentencias, sino que habrá de concurrir el interés casacional, que requerirá de interpretación de los supuestos regulados.

Por otra parte, el art. 184 LRJS remite a otras modalidades procesales, lo que podría plantear problemas en cuanto a los recursos que son procedentes en estas otras. No obstante, las sentencias dictadas en estos procedimientos serán en todo caso recurribles en suplicación, pues de optar por dar una respuesta diferente, la tutela de derechos fundamentales quedaría fuera del acceso al recurso y privada de esa garantía procesal; por ejemplo, en las modalidades procesales de disfrute de vacaciones, materia electoral, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, movilidad geográfica o conciliación de la vida familiar y laboral las sentencias que se dictan son irrecurribles.

Ahora bien, también en fase de recurso habrá de tener en cuenta el órgano judicial que la razón del acceso al mismo lo es por la pretensión acumulada de tutela de los derechos fundamentales reclamados, de modo que la Sala de suplicación tendrá con carácter general una cognitio limitada a la alegada vulneración de derechos fundamentales, sin entrar a conocer de la cuestión de legalidad ordinaria cuando no exista vinculación entre ambas pretensiones y excepcionalmente, una cognitio completa, cuando la alegación de

derechos fundamentales se anude a la cuestión de legalidad ordinaria tan estrechamente, que no sea posible separar ambas[916].

III. EJECUTIVIDAD DE LA SENTENCIA Y EJECUCIÓN EN SUS PROPIOS TÉRMINOS

Los arts. 177-184 LRJS no realizan ninguna previsión sobre la ejecución de las sentencias dictadas en estos procedimientos, pero sí se indica en el art. 303.1 LRJS que serán ejecutivas "desde que se dicten" las sentencias que recaigan "en los procesos de conflictos colectivos, en los de impugnación de los convenios colectivos y en los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas". Aunque la previsión de ejecutividad inmediata está contenida a propósito de la ejecución provisional de las sentencias, lo cierto es que al ser eficaces inmediatamente desde que se dicten, se desdibuja la distinción entre ejecución provisional y definitiva[917].

Por tanto, las sentencias de instancia dictadas en la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas tendrán una aplicabilidad inmediata y automática, con independencia de la interposición de recursos contra las mismas, ya que se utiliza el adjetivo ejecutivas en lugar de ejecutables[918]. Es interesante antes de continuar con los efectos de dicha ejecutividad inmediata llamar la atención sobre la diferencia entre ejecutividad (que se predica también de los actos administrativos) y la ejecutoriedad. El primero se refiere a la eficacia jurídica inmediata de la sentencia y el segundo a la ejecución coercitiva y forzosa de aquellos pronunciamientos que además de ejecutivos, son también ejecutables por no tener naturaleza puramente declarativa[919].

La ejecutoriedad de una sentencia requiere que tenga un contenido obligacional, por tanto, que condene a una prestación de dar, hacer o no hacer, como advierte el propio art. 303 LRJS ("siempre que la naturaleza de la pretensión lo permita"), pues no son susceptibles de ejecución los pronunciamientos meramente declarativos[920]. El contenido de la sentencia estimatoria según el art. 182 LRJS otorga una cuádruple tutela, declarativa, inhibitoria, restitutoria y reparadora y los mismos presentan diferente naturaleza lo que tendrá repercusión a propósito de su posibilidad de ejecución forzosa.

---

[916] CANO GALÁN, Y., "De la cognitio limitada de la sala de suplicación en supuestos en que se acumula a una impugnación de modificación sustancial de condiciones de trabajo Una alegación de tutela de derechos fundamentales", *Diario La Ley, núm. 10247,* Editorial La Ley, 2023. diariolaley - Documento

[917] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical...,* cit., pág. 397

[918] LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., "Comentario al artículo 303", en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ,* BLASCO PELLICER, A., (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 1888. 1886-1893

[919] RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V., "De las sentencias condenatorias recaídas en otros procesos", en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social",* Editorial Aranzadi, Navarra, 2013. pág. 1679.

[920] CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela...,* cit., pág. 400. El autor indica que por esa heterogeneidad del contenido dispositivo de estas sentencias se suele predicar de estas una ejecutividad "no uniforme".

El pronunciamiento de la sentencia que declara la lesión de derechos fundamentales y especifica los derechos infringidos y el que proclama la nulidad radical de las conductas vulneradoras tienen carácter estrictamente declarativo. Estos pronunciamientos carecen, por tanto de relevancia a efectos de ejecución, siendo presupuesto de los restantes pronunciamientos de condena[921]. El cumplimiento de la obligación de cese de la conducta así como el restablecimiento a la situación anterior a la vulneración imponen prohibiciones o prestaciones de hacer, de modo que cabe su ejecución coercitiva en caso de incumplimiento. Respecto a la condena pecuniaria al abono de una indemnización de daños y perjuicios, se discute sobre la posibilidad de conceder a la víctima anticipos reintegrables o en virtud de la ejecutividad inmediata de la sentencia si procede poner a disposición de esta la cantidad íntegra, por ejemplo, la cuantía de la cantidad consignada para recurrir, cuando exista dicha obligación.

Algunos se muestran a favor de abonar anticipos reintegrables, ya que se parte del carácter genérico del art. 303 LRJS, de modo que la ejecutividad inmediata del fallo procederá de aquellas partes del mismo en los que no exista la posibilidad de una ejecución provisional de la sentencia, circunstancia que sí existe en la condena al abono de una indemnización a través de la figura del anticipo reintegrable[922]. Por el contrario, Ríos Salmerón a propósito de la interpretación del art. 301 de LPL 1990 consideraba que debía prevalecer la aplicación del principio de ejecutividad inmediata de estas sentencias, por ser regla especial respecto a las normas generales, de modo que cabía conceder a la parte ejecutante la totalidad de la cuantía a la que se había condenado al demandado y no procedía aplicar analógicamente el abono de anticipos del art. 287 LPL (actual art. 289 LRJS)[923].

La ejecución total del pronunciamiento relativo a la indemnización tiene el mismo inconveniente de los anticipos, que han de ser reintegrados, pues no existe previsión como en el ámbito de la Seguridad Social de hacer suyos de manera definitiva esos anticipos, por lo que la cantidad habrá de ser reembolsada por la parte ejecutante en el supuesto de revocación de la sentencia.

Por último, la ejecución de las sentencias en las que se tutelen derechos fundamentales tendrá carácter preferente, aunque nada se indique en la LRJS, pues esta última característica es predicable de cualquier fase del proceso y además así lo dispone el art. 524.5 LEC, que es aplicable supletoriamente.

---

[921]GONZÁLEZ CALVET, J. "La ejecución provisional de sentencias estimatorias de derechos fundamentales y libertades públicas" en GONZÁLEZ CALVET, J. y SALINAS MOLINA, F., *Ejecución Provisional de las Sentencias en la Jurisdicción Social*, Tirant Lo Blanch, 2016,e-book. https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788491190899

[922] SALINAS MOLINA, F., *Comentarios de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* AAVV, Editorial. Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 1108 y 1109.9

[923]RÍOS SALMERÓN, B., "De la ejecución de sentencias", en BORRAJO DACRUZ, E., (Dir.) *Comentarios a las Leyes Laborales. La nueva Ley de Procedimiento Laboral*, Edersa, Madrid, 1990.

***Posible suspensión del apremio anticipado**

El cese de la conducta lesiva, el restablecimiento a la situación anterior y la reparación de los daños y perjuicios constituyen pronunciamientos con un claro contenido obligacional y son susceptibles de ejecución forzosa por la vía de apremio, de modo que el auto que despache ejecución provisional, en caso de recurso, señalará en su parte dispositiva la obligación cesatoria en la conducta infractora y la reposición de la parte actora en la posición anterior a la vulneración, fijando un plazo para su cumplimiento, con los apercibimientos que procedan para garantizarlo, como la posibilidad de imponer apremios pecuniarios, de conformidad con el art. 241.2 LRJS, previa audiencia de las partes. Respecto de la obligación de indemnizar (prestación de dar) como hemos señalado nos hallamos ante una situación parecida a aquella en la que se acuerden el abono de anticipos, con los inconvenientes que genera y la responsabilidad solidaria del Estado.

En cualquiera de estos supuestos, la ejecución provisional puede resultar suspendida si se dan las circunstancias del art. 303.1, in fine LRJS que resulte necesario "para evitar o paliar perjuicios de imposible o difícil reparación". Ahora bien, la simple alegación de que la ejecución inmediata resulta gravosa no es suficiente para evitar el inicio o la prosecución de la ejecución provisional[924].

En estos casos, entran en colisión dos intereses: los perjuicios de imposible o difícil reparación que la ejecución puede causar a la parte ejecutada o a terceros" y la gravedad de mantener la vulneración del derecho fundamental. La doctrina constitucional

La STC de 105/1997, de 2 de junio considera admisible la suspensión de la ejecución provisional cuando concurren circunstancias excepcionales y lo hace a propósito de un asunto en el que se declara vulnerado el derecho de libertad sindical al denunciar los trabajadores y trabajadoras demandantes que, durante el curso de un ERE se incluyó en la lista de personas afectadas por el mismo, a las afiliadas a un determinado sindicato y no a las pertenecientes a otro. Se alegó la concurrencia de circunstancias excepcionales para readmitir de forma inmediata a las partes demandantes porque ello implicaría la necesidad de confección de una nueva lista de personas afectadas. El TC se pronuncia, como otras muchas veces lo ha hecho declarando que la generalidad de los derechos constitucionales no son derechos absolutos y en concreto señala en su FJ cuarto que "ni siquiera el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes -directamente derivado del art. 24.1 C.E.- se presenta como un derecho absoluto -como, por otra parte, no lo es ningún derecho fundamental ya que, como ha manifestado este Tribunal, no lesionan aquel derecho las decisiones judiciales de inejecutar una sentencia que se han fundado en una causa legal y no resulten irrazonables, inmotivadas, fundadas en causas inexistentes

[924]Véase GONZÁLEZ CALVET, J. "La ejecución provisional de sentencias estimatorias de derechos fundamentales y libertades públicas" en GONZÁLEZ CALVET, J. y SALINAS MOLINA, F., *Ejecución Provisional de las Sentencias...,* cit. 225.

o entendidas restrictivamente y de las que no derive indefensión o desconocimiento de alguna garantía sustancial para la obtención de la tutela judicial".

Por tanto, reconocida la posibilidad de suspensión de la ejecución provisional de la sentencia estimatoria y aun tratándose de derechos fundamentales, queda por determinar si cabría que el órgano judicial estableciera cautelas o algún tipo de caución o garantía a fin de evitar la suspensión, pero que permita responder de los perjuicios de difícil reparación en el futuro. Para Sempere Navarro[925] sería posible, aunque potestativa, por lo que se predica una discrecionalidad judicial que podría dar cabida al establecimiento de cautelas, según cada supuesto concreto.

Cuando se trata de las modalidades procesales a las que hace remisión el art. 184 LRJS también procede aplicar la ejecutividad inmediata de las sentencias. Y ello porque si bien el art. 178.2 LRJS señala que a estas se aplicarán respecto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales las reglas y garantías previstas en este Capítulo, la extensión de garantías no puede limitarse a las contenidas en los arts. 177 a 184, sino a todas las que sean aplicables a la tutela de derechos fundamentales, como ya se apuntó a propósito de los recursos contra la sentencia. No obstante, habrá de tenerse en cuenta que en los supuestos de despido nulo este ya cuenta con normas especiales de ejecución provisional en los arts. 297 a 302 LRJS.

Por último y cuando se diera la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la sentencia en sus propios términos tras la firmeza, el art. 18.2 LOPJ dispone que "el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno".

[925]RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V., "De las sentencias condenatorias recaídas en otros procesos..., cit., pág. 1683.

CONCLUSIONES

Primera. La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas a través de los tribunales ordinarios en el ámbito laboral no fue de aparición temprana, pues el texto normativo que atribuye la tutela de estos a los tribunales ordinarios, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, ni tan siquiera contempló la garantía laboral. Su construcción fue tarea jurisprudencial y de la doctrina constitucional a partir del art. 13 de la LOLS, por lo que en su momento se suscitaron todo tipo de dudas e incertidumbres. Actualmente, la modalidad procesal para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas a la que se refiere el art. 53.2 CE, en lo que a materia social concierne, se recoge en los arts. 177 a 184 LRJS, bajo el título "De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas". Presenta un cuerpo sólido legislativo y jurisprudencial que, no obstante y debido a los continuos cambios tecnológicos y la interconexión digital que inunda todo nuestro entorno y que repercute en el mundo del trabajo (modificación de los conceptos tradicionales de tiempo y lugar de trabajo, el derecho a la desconexión digital y al teletrabajo, el control empresarial de los medios e instrumentos de trabajo digitalizados o el tratamiento de los datos de carácter personal de la persona trabajadora) ha generado irremediablemente nuevas formas de vulneración de los derechos fundamentales que exigen, no solo interpretación de las normas con arreglo a la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, sino también, tal vez, algunos cambios en el cauce para su protección.

Segunda. El ámbito al que se extiende esta modalidad procesal se encuentra restringido por varios motivos que actúan a modo de círculos concéntricos. El primero, el propio objeto de tutela que se ajusta al contenido esencial de los derechos fundamentales y que resulta directamente de su enunciado constitucional. El segundo, por la remisión a otras modalidades procesales para evitar la divisibilidad de la *causa petendi* (art. 184 LRJS). Teniendo en cuenta el carácter obligatorio de ese reenvío y el alto número de modalidades a las que se remite, esta es una de las causas de mayor "huida" de la modalidad especial de tutela. El tercero, su carácter opcional, que no impide la alegación de la lesión del derecho fundamental en el proceso ordinario o en cualquier otro no incluido en la enumeración del art. 184 LRJS y en el que no esté prohibida la acumulación de acciones.

No obstante, tanto el listado de derechos fundamentales como la delimitación de su contenido esencial se encuentran en continua expansión. Los derechos fundamentales no se agotan en los ya constitucionalizados sino que experimentan un constante proceso de actualización por los cambios sociales y tecnológicos, lo que lleva al reconocimiento de otros derechos fundamentales que concretan o actualizan los anteriores (por ejemplo, el

derecho a la protección de datos como extensión del derecho a la intimidad; el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género o características sexuales como "sublimación" del principio de no discriminación por razón de sexo; o derechos aún no positivizados como los "neuroderechos", relacionados con el derecho a la intimidad y a la identidad personal o el derecho a una renta básica como inherente a la dignidad humana).

El ámbito de esta modalidad también se amplía por la "expansión" del propio ámbito material del orden jurisdiccional social que tuvo como impulso normativo la LRJS y que se manifiesta en dos sentidos: al ampliar el círculo de sujetos legitimados pasivamente a los terceros vinculados con el empresario por cualquier título, siempre que la lesión se ha haya producido en conexión directa con la prestación de servicios y al extender su protección a las lesiones de los derechos fundamentales que se produzcan no solo en el tradicional círculo de las relaciones de trabajo (empresa-persona trabajadora) sino en las que tengan "conexión directa" con estas.

Tercera. La delimitación positiva del ámbito material de este proceso requiere realizar deslindes competenciales con los restantes órdenes jurisdiccionales como el penal, civil y el contencioso-administrativo, siendo este último con el que se han generado mayores conflictos y zonas grises. El criterio delimitador de competencias del orden social tradicionalmente ha sido el de la materia; mientras que en la jurisdicción contenciosa lo ha sido el del carácter del acto que se impugna (calidad de los sujetos intervinientes y naturaleza de su regulación). La jurisdicción social atrae el conocimiento de los litigios que cabe denominar como relativos a la “vida” del sindicato. También atrae la jurisdicción social, por razón de la materia, las cuestiones litigiosas en materia preventiva (incluida la reclamación por daños) aunque los sujetos intervinientes tuvieran naturaleza pública y se trate de impugnación de actos de las Administraciones públicas (art. 2.e) LRJS).

Sin embargo, se recurre al criterio de la calidad de los sujetos intervinientes para atribuir a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de la tutela de los derechos de libertad sindical y de huelga del personal funcionario y estatutario y a la social, de las lesiones de derechos fundamentales que afecten exclusivamente al personal laboral de las administraciones públicas; incluidos “los actos próximos, preparatorios y previos a la relación de trabajo” (convocatoria, actos selectivos, pruebas y ejercicios, etc.), al tratarse de actos de las Administraciones públicas sujetas al derecho administrativo, pero “dictados en el ejercicio de potestades y funciones en materia laboral y sindical" [art. 2.n) LRJS]. Sobre esta última ampliación competencial, el fenómeno de "expansión", "contracción" y nuevamente "expansión" de la jurisdicción social parece que no ha terminado, pues la intención del legislador con la ley presupuestaria de 2021 era abrir la puerta a la doctrina de los "actos separables".

Cuarta. La atracción al fuero social cuando están “en juego” pretensiones de protección de la salud y seguridad laboral es plena, por lo que ha prevalecido el criterio de la materia sobre el subjetivo de la condición de personal funcionario o estatutario de la persona afectada. Así, uno de los supuestos que han ocasionado mayores dudas a la hora de atribuir su conocimiento a los tribunales laborales ha sido el de las demandas de acoso de funcionarios públicos o personal estatutario. En estas situaciones, el origen y desarrollo del "entorno hostil" que define al acoso suele ser multifactorial (por ejemplo, pueden concurrir la lesión de varios derechos fundamentales, como la integridad física y/o moral, producirse represalias por reclamaciones previas, discriminación...). A pesar de ello, si la pretensión se articula en torno a la infracción de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, la competencia corresponde al orden social, hasta el punto de que la demanda contra el abuso sufrido sin realizar alegación sobre la omisión o incumplimiento de medidas en prevención de riesgos determina la declaración de incompetencia de los órganos de lo social. Vinculada la situación de acoso con el incumplimiento de la normativa en materia preventiva, cabría plantear si el resto de factores que han colaborado en la producción de la situación de acoso también han de ser objeto de pronunciamiento por la jurisdicción social o procedería la abstención sobre estos últimos a favor de la jurisdicción contencioso administrativa (discriminación por motivos sindicales, represalias que coadyuvan a crear el entorno hostil...). La respuesta ha de ser favorable a su atracción al orden social, pues lo contrario supondría una escisión de la *causa petendi* que podría conducir a pronunciamientos contradictorios en las dos jurisdicciones o duplicidad de indemnizaciones y con la dificultad añadida del propio cálculo de la indemnización de daños y perjuicios, pues habrá de deslindar las concausas que han contribuido a la producción del daño, determinar su relación de causalidad y el grado de influencia en la causación del resultado lesivo.

Cuando los derechos vulnerados sean los de libertad sindical y huelga, los conflictos que afecten a personal funcionario corresponden al orden contencioso y los del personal laboral, al orden social. No obstante, cuando las pretensiones de tutela del derecho de libertad sindical o de huelga son mixtas, por afectar conjuntamente a personal funcionario y laboral, se atribuyen al orden contencioso, lo que supone una "contracción" del orden social a pesar de la naturaleza de los derechos en litigio y de las normas aplicables, comunes para ambos colectivos (LOLS y Real Decreto Ley 17/1977), obligando a los sujetos legitimados a recurrir a una jurisdicción más costosa y complicada que la social.

Quinta. La delimitación del ámbito de esta modalidad procesal presenta escasas dudas actualmente cuando el orden jurisdiccional en conflicto es el civil, pues muchas de las incertidumbres se han disipado por la labor jurisprudencial y por la entrada en vigor de la LRJS. Así, no cabe duda de la competencia del orden social para conocer de las indemnizaciones de daños y perjuicios derivados de la lesión del derecho fundamental, cuando se produzcan en el ámbito de las pretensiones atribuidas al orden social, a pesar del carácter "resarcitorio o reparador" de estas últimas (por aplicación de los arts. 9.5

LOPJ; 1, 2 y 183 LRJS); del conocimiento de las pretensiones dirigidas frente al empleador y frente a un tercero, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios (arts. 2.f) y 177.1 y 4 LRJS); de los conflictos entre sindicatos y entre sindicatos y asociaciones empresariales, siempre que el litigio verse sobre cuestiones que sean competencia del orden jurisdiccional social y aunque no exista relación jurídico-laboral entre los sujetos [art. 2.f) LRJS] o de las demandas de tutela de derechos fundamentales de la persona trabajadora frente al sindicato al que pertenece, aunque no exista relación de trabajo entre ellos, sino asociativa, por tratarse de cuestiones relativas al funcionamiento interno del sindicato y sus afiliados" [art. 2. k) LRJS]. No obstante, aún subsisten situaciones dudosas por ejemplo, en el supuesto de vulneración de derechos fundamentales de los que es titular la empresa y que son ocasionados por un sindicato.

Resultaría apropiado para evitar esta inseguridad que se incluyera entre los sujetos legitimados en el art. 174.1 LRJS también a la empresa, junto a la persona trabajadora y el sindicato, incluyendo un párrafo segundo en el apartado 1 del art. 177 LRJS que reconozca que: "El empresario que considere lesionados sus derechos fundamentales o libertades públicas podrá recabar su tutela frente a las personas trabajadoras o sindicatos también a través de este procedimiento, cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social".

Sexta. Son características de este procedimiento, según el art. 53.2 CE, la preferencia y sumariedad (esta última entendida como cuantitativa). Estas dos notas constitucionales no alcanzan plenamente el objetivo pretendido (tramitación preferente y celeridad), por varios motivos. De la preferencia absoluta en el señalamiento también se benefician las modalidades procesales a las que remite el art. 184 LRJS, no así cuando se "opta" por hacer valer la pretensión de tutela de derechos fundamentales por otra modalidad distinta de las enumeradas en el art. 184. Los retrasos en los señalamientos de los actos de conciliación y juicio se acentuaron tras la pandemia COVID-19 y las huelgas en la administración de justicia que le sucedieron. Dichos retrasos reducen los beneficios de la garantía de preferencia, como también lo hace el amplio número de modalidades procesales a las que remite el art. 184 LRJS, a las que se extiende esa misma preferencia.

El acortamiento de los plazos en esta modalidad procesal produce en la práctica un efecto inverso al pretendido. Su brevedad, lejos de otorgarle agilidad al procedimiento, conduce a su incumplimiento sistemático, a pesar de su declarado carácter improrrogable.

El plazo general de 10 días entre la citación de las partes y la efectiva celebración del juicio queda reducido a dos días hábiles (181.1 LRJS). Ese plazo de dos días para preparar convenientemente el juicio así como la prueba (aunque la exigida sea solo indiciaria) no respetaría adecuadamente uno de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, como es el de defensa.

Además, se aprecia una clara contradicción entre el plazo de dos días (art. 181.1 LRJS) que ha de mediar entre la recepción por las partes de la citación a juicio y la celebración efectiva de este y el de tres días de antelación para solicitar diligencias de citación o requerimiento, que permitan la práctica de la prueba propuestas por las partes, caso de ser admitidas en el acto del juicio (art. 90. 3 LRJS).

Aunque el art. 181.2 LRJS es norma especial respecto al art. 90.3 LRJS ha de prevalecer el derecho de defensa de las partes, de modo que si estas han sido citadas con tan solo dos días de antelación a la fecha del juicio y alguna de ellas o ambas solicitaran diligencias preparatorias de la prueba, el juez o jueza habrá de efectuar un nuevo señalamiento en fecha posterior, so pena de una posible nulidad de actuaciones.

La distancia entre este plazo de tres días y el general será aún mayor a partir del 3 de abril de 2025, pues la LO 1/2025 de Eficiencia ha duplicado la antelación con la que las partes pueden solicitar diligencias de preparación de la prueba al órgano judicial.

Otra de las reformas que introduce la LO 1/2025 en materia de prueba se refiere a la aportación de la prueba documental y pericial que ya no se realizará en el mismo acto del juicio, sino anticipadamente, con diez días de antelación a la celebración de este y en formato electrónico, salvo que la parte no venga obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia (art. 82.5 LRJS). Esta obligación tiene una especial trascendencia para el ejercicio del derecho de defensa, pues de no aportarse el material probatorio con dicha antelación precluye la posibilidad de hacerlo en el acto del juicio, salvo supuestos tasados. La modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales ha quedado "huérfana" de una excepción a ese plazo de 10 días similar a la recogida en el art. 90.3 LRJS ("salvo cuando el señalamiento se deba efectuar con antelación menor, en cuyo caso el plazo será de tres días"). Evidentemente, si se cumpliera el plazo improrrogable de cinco días entre la admisión de la demanda y el acto del juicio, no cabe exigir su aportación anticipada, pues la anticipación exigida es mayor (diez días). En estos casos, lo más respetuoso con el derecho de defensa sería el requerimiento a las partes para su aportación en el mismo acto del juicio. Ahora bien, de no cumplirse ese plazo de cinco días (circunstancia que se produce siempre en la práctica), habrá que estar al plazo general de diez días, pues ninguna excepción se ha previsto por el legislador. Resultaría apropiado que el legislador subsanara esa omisión e incluyera en el art. 82.5 LRJS una excepción similar a la prevista en el art. 90.3 LRJS: "En la citación también se requerirá el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada con diez días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial de que intenten valerse, salvo en los supuestos en que la ley disponga un plazo menor, en cuyo caso el plazo queda reducido a tres días de antelación al acto del juicio".

Séptima. La delimitación del objeto del proceso se completa con las consecuencias que se extraen de su carácter de juicio de cognición limitada (del que deriva la prohibición de acumulación con acciones de diferente naturaleza o con la misma pretensión basa en

fundamentos diversos a la tutela, así como la exclusión del conocimiento de cuestiones de mera legalidad ordinaria) y aquellas otras restricciones que vienen determinadas por la remisión que hace el art. 184 LRJS a otras modalidades procesales, así como las que derivan del carácter opcional del proceso (art.177.1 LRJS: "podrá recabar").

El sistema que se plantea para dar cauce a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales presenta marcadas diferencias o incluso antagonismo. Si se opta por la modalidad procesal de los arts. 177 a 184 LRJS, el objeto litigioso queda limitado a la pretensión de tutela del derecho o derechos fundamentales, sin posibilidad de acumular no solo cualquier otra acción, sino la misma pretensión pero basada en la infracción de leyes, convenios o prácticas de empresa (en caso de que así se hiciera el órgano judicial habrá de abstenerse de conocer de estas últimas, que quedarán imprejuzgadas).

Si la lesión del derecho fundamental está "vinculada" o se produce a propósito de otras conductas empresariales (despidos, sanciones, modificaciones condiciones de trabajo...) la pretensión de tutela se tendrá que tramitar obligatoriamente a través de la modalidad procesal especial correspondiente. Ello supone que en las modalidades procesales enumeradas en el art. 184 LRJS desaparece la opcionalidad propia del proceso de tutela de derechos fundamentales, aunque ello será sin merma de la extensión de sus garantías.

Ocurre, por tanto, que la posibilidad de acudir a la modalidad procesal de los arts. 177 y siguientes o a otro procedimiento queda limitado a contadas excepciones (proceso ordinario, conflicto colectivo...). Interesa detenernos en las consecuencias de dicha opción voluntaria (en los escasos supuestos en los que ello es posible), pues si el "sacrificio" que supone recurrir a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales (cognición limitada a la lesión del derecho fundamental) tiene como contrapartida una preferencia en los señalamientos o una urgencia en la tramitación que no es tal en la práctica; a las limitaciones ya "impuestas" por la *cognitio* limitada de la litis habrá que añadir aquellas otras que se siguen de la lentitud del funcionamiento de la Administración de Justicia.

Octava. A pesar de la amplitud de la enumeración del art. 184 LRJS a otras modalidades procesales, no se ha incluido en ella la modalidad del art.138, bis) LRJS, que sí está enumerada en el art. 26. 1 LRJS. La pretensión de acceso, modificación o reversión del trabajo a distancia no es acumulable a ninguna otra, de modo que no cabe reclamar esta y acumuladamente la vulneración de derechos fundamentales. Ello produce importantes disfunciones, pues de producirse la lesión de algún derecho fundamental con la negativa injustificada o arbitraria a la propuesta realizada de teletrabajo, el trabajador o trabajadora que busque satisfacción a ambas cuestiones litigiosas tendrá que ejercitar de forma separada la pretensión de tutela del derecho fundamental (a través de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales) y la pretensión de acceso, modificación o

reversión del trabajo a distancia (a través de la especialidad procesal del art. 138, bis LRJS) y además deberá tener en cuenta que esta última está sujeta al plazo de caducidad de 20 días hábiles.

Con ello se reproducen problemas que no son nuevos ni mucho menos (escisión de la cuestión litigiosa, posible litispendencia entre ambos procesos con los consiguientes retrasos en la solución definitiva, dudas sobre la suspensión o interrupción de los plazos de caducidad o prescripción para el supuesto de ejercicio sucesivo de las acciones...) y que llevaron al legislador de 1990 a formular la excepción del entonces art. 181 LPL (actual art. 184 LRJS).

A ello hay que añadir que si la propuesta relativa al trabajo a distancia está basada en motivos de conciliación de la vida familiar y laboral, el procedimiento a seguir es el establecido en el art. 139 LRJS, que sí resulta incluido en la enumeración del art. 184 LRJS, de modo que en a través de este sí se podrán resolver todas las cuestiones relativas a la propuesta de trabajo a distancia y de lesión, si la hubiera, de derechos fundamentales. Resulta, por tanto, contradictorio que en situación similar (negativa empresarial a la solicitud relacionada con el teletrabajo sin tener como causa la necesidad de conciliación de la vida familiar y laboral, pero en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales relacionados con dicha negativa) el trabajador o trabajadora no pueda obtener un conocimiento conjunto y pleno de ambas pretensiones en un único procedimiento. Por estos motivos, resulta necesario una modificación del art. 184 LRJS para incluir la modalidad procesal del art. 138 bis en su enumeración, haciéndola coincidir así con las acciones sujetas a prohibición de acumulación del art. 26.1 LRJS.

Novena. Los sujetos activos y pasivos en esta modalidad vienen regulados en el art. 177 LRJS que reconoce como legitimados activamente a cualquier trabajo o sindicato que invoque un derecho o interés legítimo. De una primera lectura del precepto cabría concluir que en las lesiones que afecten a la esfera estrictamente individual del derecho fundamental, legitimado activamente lo estaría el trabajador o trabajadora; pero si la lesión afectara a la esfera o dimensión colectiva del derecho del trabajo, legitimado activamente estaría el sindicato. Ahora bien, la realidad no se muestra así de incuestionable.

Tratándose de la lesión individual de un derecho fundamental, puede intervenir en calidad de coadyuvante el sindicato al que pertenezca el trabajador o trabajadora o el que ostente la condición de más representativo y en los supuestos de discriminación por cualquier causa, además, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados (art. 17.2 LRJS).

Las sucesivas leyes en materia de igualdad y no discriminación, tanto la Ley 15/2022, integral de igualdad, como la Ley 4/2023, en materia de igualdad y defensa de los derechos del colectivo LGTBI han ampliado los sujetos legitimados como coadyuvantes y aquellos que lo están para ejercer acciones colectivas en tutela de intereses difusos, si bien dichas reformas han resultado laberínticas.

La ley 15/2022 amplió el círculo de sujetos legitimados para intervenir como coadyuvantes a los partidos políticos, los sindicatos (sin añadir requisitos adicionales, como representatividad o afiliación de la víctima), las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la promoción y defensa de los derechos humanos y respecto de las personas afiliadas, asociadas o usuarias; pero no llevó a cabo la reforma de la LRJS y tampoco incluyó entre los sujetos legitimados a las asociaciones empresariales.

Por su parte, la Ley 4/2023, de 28 de febrero sí introdujo modificaciones en el art. 17 LRJS para reconocer la posibilidad de intervenir como coadyuvantes, junto a la persona afectada y en defensa de los derechos de las personas LGTBI y sus familias (apunta con esta referencia a las familias a la "discriminación por asociación") a los mismos sujetos que enumera la Ley 15/2022 y además, a las asociaciones empresariales. Y aunque se requiere autorización expresa de la víctima para la intervención en el proceso, no se exige que esta sea afiliada o asociada a dichas organizaciones o entidades (sí se refiere a ello la Ley 4/2023, pero se obvia al modificar el art. 17.5 LRJS).

En el supuesto de tutela de intereses colectivos, si el colectivo LGTBI es el afectado, la legitimación corresponde a todos los sujetos que pueden intervenir como coadyuvantes en los pleitos individuales y además, a los organismos públicos competentes en la materia. En el supuesto de discriminación por cualquier otra causa o lesión de cualesquiera otros derechos fundamentales, legitimado lo está el sindicato con implantación suficiente en el ámbito del conflicto, así como otras entidades promocionales u organismos públicos, como la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y No Discriminación.

Además de la consecuencia más evidente, que es la generación de un colectivo privilegiado con garantías reforzadas por el amplio círculo de sujetos legitimados (tanto en pleitos individuales como colectivos), se plantean otras contradicciones, por ejemplo: cualquier sindicato (sin requisitos adicionales, según la interpretación literal del art. 17.5 LRJS) puede intervenir como coadyuvante si la persona afectada pertenece al colectivo LGTBI, pero si el vulnerado es el derecho de libertad sindical es necesario que la víctima se encuentre afiliada al sindicato o se trate de un sindicato más representativo.

Para paliar este tratamiento jurídico diferenciado se ha propuesto la aplicación supletoria del art. 11. bis, LEC, si bien este también resultaría insuficiente pues en la LEC pervive ese diferente régimen jurídico- procesal para la tutela de la discriminación del colectivo LGTBI (en su art. 11, ter).

El Considerando 32 de la Directiva 2006/54 remite a las normativas nacionales tanto para determinar los sujetos colectivos legitimados, como para fijar los requisitos de su legitimación; de modo que el legislador nacional es libre de fijar legitimaciones más amplias que las reconocidas por la Directiva, pero es imprescindible que se dote de uniformidad a las reformas efectuadas.

Así, para los supuestos de coadyuvancia, debe decantarse por los presupuestos exigibles para su intervención: si es necesaria la afiliación o asociación de la víctima a la organización o asociación o si basta su autorización expresa .

En el supuesto de defensa de intereses colectivos, debe concretar de forma clara y precisa el grado y forma de vinculación que ha de existir entre los sujetos enumerados y los intereses afectados (si basta que el objeto estatutario esté relacionado con la cuestión litigiosa, si es necesario que tenga suficiente implantación territorial en el ámbito del conflicto...).

Ante la ausencia de "transposición" a la LRJS de los requisitos exigidos por la Ley 15/2022 integral de igualdad en su art. 29.2, sería aconsejable la integración o remisión a estos; de modo que el reconocimiento de legitimación a las asociaciones u organizaciones requiera acreditación de su constitución con dos años de antelación al proceso judicial, así como el desarrollo de actividades para el cumplimiento de sus fines y que su ámbito territorial de actuación que corresponda con el del conflicto o superior. El primer requisito tiene como objetivo evitar la proliferación de este tipo de entidades nacidas "a posteriori" y una vez surgido el conflicto discriminatorio, con "dudosos" o "mediáticos" fines y el segundo exigir un vínculo entre las asociaciones y el conflicto (de modo que el ámbito de actuación de la entidad corresponda con el del conflicto o sea superior).

Décima. La ampliación del círculo de legitimados pasivos en el orden jurisdiccional social con la atracción de terceros vinculados al empresario por cualquier título, realizada por el art. 2.f) LRJS ha reforzado las garantías de la víctima de las lesiones de derechos fundamentales. No obstante, el estatuto procesal de la víctima dibujado en el apartado 4 del art. 177 LRJS no está exento de algunas incertidumbres. En primer lugar, se considera a la víctima como única legitimada en esta modalidad procesal, cuando también pueden estarlo otros sujetos junto a la víctima, como el sindicato (a título de mero coadyuvante o con carácter litisconsorcial, especialmente en los supuestos de tutela del derecho de libertad sindical). La interpretación realizada por la doctrina ha salvado la contradicción

existente entre el apartado 4 y el 2 del art. 177 LRJS considerando que la referencia a la víctima como "única legitimada" ha de limitarse a aquella que lo sea de acoso, no de la vulneración de cualquier otro derecho fundamental, como se recoge en preceptos de las diversas normas aplicables en este orden social y en el contencioso administrativo [art. 17.5 LRJS, art. 12 LOI, art. 19.1. i) LJCA]. Se reconoce a la víctima la capacidad de optar entre dirigir su demanda solo frente al empresario o conjuntamente frente al empresario y el tercero causante de la lesión; si bien habrá de dirigir su pretensión frente a este último en todo caso, cuando pretenda que sea condenado o "pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare". La primera excepción resulta lógica y hasta innecesaria, pues no cabe no dirigir la demanda frente al tercero y pretender que le alcance el fallo condenatorio de la sentencia. La segunda excepción presenta mayores complicaciones, pues será muy difícil encontrar supuestos en los que el tercero (compañero o compañera de trabajo o superior jerárquico de la víctima) pueda no resultar afectado de forma directa por la sentencia, ya el mismo podrá ser despedido o sancionado con posterioridad si se acredita que ha lesionado los derechos fundamentales de la víctima. La opción que se otorga a esta última de dirigir la demanda contra el tercero o no, con fundamento en la protección de la víctima entra en conflicto con el derecho de defensa del posible causante de la lesión. Igualmente puede resultar afectado el tercero que esté vinculado con el empresario por otro título, de naturaleza civil o mercantil (clientela, proveedores...), pues no cabe excluir las posibles acciones de repetición contra estos en el supuesto de que la empresa resulte condenada a la indemnización de daños y perjuicios, dado el carácter solidario de la responsabilidad de empresa y tercero.

Undécima. El plazo para el ejercicio de la reclamación contra las conductas lesivas de derechos fundamentales (sin perjuicio del carácter imprescriptible que se predica de estos últimos), coincide con los plazos laborales de caducidad o prescripción correspondientes a cada tipo de pretensión. Para aquellas acciones que no tuvieran establecido un plazo especial se aplica el genérico de un año del art. 59.1 ET "desde que se produjo la lesión". Esta regla general tiene numerosas excepciones, derivadas del "retraso" en el nacimiento de la acción reparadora hasta tanto no se haya reconocido el derecho cuyo desconocimiento generaba esos perjuicios (acciones subsiguientes) o por la frecuencia de situaciones en las que la lesión no deriva de un único acto, sino de una pluralidad de actos ligados por un mismo propósito (como en los supuestos de acoso o de vulneración de la libertad sindical).

La uniformidad de criterios en materia de prescripción y caducidad es fundamental para eludir la "pérdida de acciones" por el transcurso de los plazos y, en el extremo opuesto para evitar la interposición de acciones que aún no han nacido, por el temor a que esta prescriba o caduque. A la hora de establecer estos criterios y siempre en ese difícil equilibrio entre la finalidad de seguridad jurídica que cumple el instituto de la prescripción o caducidad y el principio *pro actione* ha de otorgarse preeminencia a este

último. En esa línea de efectividad del derecho, la reciente STJUE de 27 de junio de 2024, C-284, a propósito de los plazos existentes en el derecho alemán para reclamar contra el despido nulo por razón de embarazo ha considerado insuficientes un plazo de dos semanas para la presentación extemporánea de la demanda, frente al plazo general de tres semanas para accionar frente al despido "dentro de plazo". Sería aconsejable (teniendo en cuenta el plazo de tan solo cuatro semanas de caducidad para accionar contra el despido nulo por razón de embarazo en nuestra legislación procesal) que se estableciera un plazo para la presentación de demandas "fuera de ese plazo", a fin de reforzar la protección de la trabajadora durante el embarazo. Como propuesta *de lege ferenda,* cabría establecer un plazo de otros veinte días para que la trabajadora pudiera accionar (con carácter extemporáneo) cuando tuviera conocimiento de su embarazo con posterioridad al transcurso del plazo general. El *dies a quo* de ese nuevo plazo de caducidad correrá desde el conocimiento del embarazo por la trabajadora y, en todo caso, transcurridos tres meses a contar desde la finalización del plazo general de veinte días hábiles, a fin de evitar dilatar en exceso la incertidumbre que le genera a la empresa no saber si la trabajadora impugnará o no el despido, pero garantizar que esta última pueda accionar frente al despido al tener conocimiento posterior de una circunstancia existente al momento de producirse este, pero que no conocía en ese momento.

Duodécima. Uno de los presupuestos procesales que se excepciona en esta modalidad procesal es el intento de conciliación o mediación previa, exclusión que se considera equiparable a prohibición (la naturaleza indisponible de los derechos protegidos excluiría, en principio, la aplicación del art. 64.3 LRJS), de modo que si la parte demandante recurre voluntaria o erróneamente a él no se suspenderán o interrumpirán los plazos de ejercicio de la acción. Distinto es el supuesto en el que se ejerciten conjuntamente la acción de despido (o impugnación de sanciones o de extinción de la relación laboral) y de tutela de derechos fundamentales, pues a estos casos habrá de aplicarse los requisitos propios de la modalidad a la que se efectúa la remisión y en ellas el intento de conciliación no solo no se considera prohibido, sino que resulta obligatorio. La pervivencia de la conciliación previa como obligatoria en estos casos, teniendo en cuenta el carácter de sumariedad que se predica de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales por el art. 53.2 CE resulta contradictorio. Las posibilidades de conciliación son múltiples, aun exceptuando el obligatorio intento de conciliación preprocesal: conciliación preprocesal, pero voluntaria (art. 64.3 LRJS); conciliación obligatoria judicial el mismo día del juicio o anticipada y separada del acto del juicio, que puede ser acordada a instancia de las partes o de oficio por el letrado o letrada de la Administración de Justicia (si la naturaleza o circunstancias del litigio o la existencia de solución judicial en casos análogos haga contemplar como factible el acuerdo entre las partes, art. 82.2 LRJS, modificado por la LO 1/2025) y, por último, conciliación vía telemática anticipada a la fecha del juicio (art. 84.1 LRJS).

La obligación de la conciliación preprocesal obligatoria, aunque resulta justificada porque las acciones de impugnación por despido son muy numerosas y en ellas más que en ninguna otra resulta frecuente y factible un acuerdo entre las partes, descargando a la Administración de justicia del despacho de asuntos, lo cierto es que alarga en el tiempo la lesión del derecho fundamental. Los arts. 66.3 LRJS y el 97.3 LRJS prevén la imposición de costas y sanciones pecuniarias en los supuestos de incomparecencia injustificada, mala fe o temeridad del demandado y vencimiento objetivo. La aplicación de estas sanciones y, en su caso, la condena en costas puede evitar que la conciliación preprocesal demore la tutela del derecho fundamental vulnerado y se convierta en un "trámite" de obligado cumplimiento, pero de escasa efectividad para poner fin a la controversia.

Decimotercera. Una de las consecuencias de la sumariedad cualitativa que caracteriza a esta modalidad procesal es la obligación del órgano judicial de rechazar de plano las demandas cuando no deban tramitarse a través de este procedimiento (art. 179.2 LRJS), sin perjuicio de advertir al litigante del derecho de promover la pretensión por el cauce pertinente. No obstante, el mismo art., in fine y el art. 102.2 LRJS obligan a dar a la demanda la tramitación ordinaria o especial que corresponda si fuere competente para ello y la demanda reuniese los requisitos exigidos. Entre los supuestos que darían lugar al rechazo de plano de la demanda se enumeran los siguientes: que la demanda contuviera una pretensión "pura" de legalidad ordinaria o bien que, junto a la de tutela del derecho fundamental se acumule alguna de las pretensiones que han de tramitarse por las modalidades procesales enumeradas en el art. 184 LRJS; pues en estos casos la tramitación por estas últimas es obligatoria e inexcusable.

En el primer supuesto, el rechazo de plano de la demanda resulta justificado pues el accionante ha decidido dirigirse a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales siendo la cuestión planteada de mera legalidad ordinaria. Lo contrario supondría el recurso indiscriminado a esta modalidad para obtener los beneficios de la preferencia en el señalamiento y la rapidez de sus trámites, postergando el conocimiento de otras litis en las que sí se pretenda el cese de la lesión de un derecho fundamental; por lo que la consecuencia no puede ser otra que el rechazo de plano de la demanda.

Sin embargo, en el segundo supuesto, no considero que la elección del cauce de los arts. 177-184 LRJS cuando la parte actora debió de recurrir a alguna de las modalidades del art. 184 conduzca a mayores ventajas para el accionante de las que gozaría en otro caso. La mayoría de las modalidades procesales del art. 184 LRJS ya gozan de las notas de urgencia y aunque no fuera así, las garantías propias de la modalidad de tutela se "extienden" a estos procedimientos por expresa disposición del art. 178.2 LRJS.

En estos supuestos no parece que el rechazo de plano de la demanda advirtiendo de la facultad de ejercitarla por el cauce correspondiente sea respetuoso con el principio *pro actione*, pues siempre que la pretensión sea "reconducible" a la modalidad correspondiente de las listadas en el art. 184 LRJS (y lo será si órgano judicial es competente, si se cumplen los requisitos de la demanda y si se subsana el intento de conciliación previa, en su caso...) deberá el órgano judicial reconducirla por los trámites de la modalidad especial obligatoria.

Decimocuarta. La sentencia que pone fin a estos procesos tiene un contenido múltiple (declarativo y de condena) y entre esos pronunciamientos, el de la condena a una indemnización de daños y perjuicios es uno de los que más problemas suscita, especialmente cuando se trata de la compensación del daño moral, por su carácter no patrimonial y sus dificultades tanto de prueba, como de cálculo de su cuantía.

En ambas cuestiones se ha producido un movimiento pendular a lo largo del tiempo entre los siguientes extremos: a) en materia de prueba, entre la necesidad de prueba de la existencia del daño moral o la automaticidad de este, una vez acreditada la lesión del derecho fundamental; b) en cuanto al cálculo de la cuantía indemnizatoria, entre la necesidad de aportar las bases o los parámetros utilizados para la determinación de la cuantía (so pena de desestimación de la condena a indemnizar el daño moral) y la mera formulación de la pretensión indemnizatoria, teniendo en cuenta la obligación del órgano judicial de pronunciarse "sobre la cuantía", una vez declarada la existencia del derecho fundamental.

Las dificultades de prueba del daño moral (dado que permanece en la esfera interna de la persona) ha llevado a acoger el principio de automaticidad de su existencia, una vez acreditada la lesión del derecho fundamental. La carga de la prueba que se exige al demandante es una prueba de indicios de que se ha producido esta vulneración (circunstancias, tiempo y forma que han rodeado a la lesión), pero no necesariamente de las consecuencias de esa lesión sobre la víctima. Esta propia dinámica de la prueba de la parte actora, unida a la falta de criterios legislativos para valorar el daño moral ha llevado a la aplicación de parámetros estandarizados previstos para la imposición de sanciones, como los contenidos en la LISOS. Si bien la insuficiencia de esta última para llegar a un cálculo individualizado del daño moral sufrido por la víctima ha llevado al TS (en sentencia de 20 de abril de 2022, rcud. 2391/2019) a señalar en un listado no exhaustivo, una serie de criterios orientadores para los órganos judiciales, hasta entonces prácticamente "huérfanos" de parámetros de individualización de la cuantía de la indemnización.

Este orden de cosas parece sufrir un "vuelco" con los últimos pronunciamientos del TJUE, a propósito de la interpretación del art. 82 del RGPD y la indemnización por los daños y

perjuicios sufridos como consecuencia de su infracción. En ellos se establece la obligación de prueba del daño moral (que será indemnizable por leve o mínimo que sea); se excluye la aplicación de los criterios previstos en el propio Reglamento para el cálculo de las sanciones a la hora de calcular la cuantía de la indemnización y se niega que esta última pueda cumplir una finalidad punitiva o disuasoria. Aunque los datos personales tienen el carácter de derecho fundamental no considero que la aplicación de esta doctrina vaya a suponer grandes cambios; en primer lugar por la compatibilidad de la indemnización prevista en el RGPD con las indemnizaciones previstas en las legislaciones de los estados miembros; en segundo lugar, porque los criterios de graduación de las sanciones del art. 39.2 LISOS no son los que vienen siendo aplicados de forma automática por los tribunales laborales españoles, estando la remisión a esta norma más relacionada con las cifras o cuantías fijadas para las sanciones, que se utilizan como orientativas y, en tercer lugar, porque a pesar de la exclusión de la finalidad preventiva o disuasoria de la indemnización, el propio Derecho de la Unión, a propósito de la indemnización de daños y perjuicios sufridos por la persona discriminada en asuntos de empleo y ocupación (art. 18 Directiva 2006/54/CE) señala que esta ha de ser real y efectiva, de manera "disuasoria" y proporcional al perjuicio sufrido.

Por último, resultaría apropiado que en el ámbito de nuestro derecho interno los criterios de valoración e individualización del daño moral fueran objeto de regulación expresa, más allá de las genéricas gravedad, duración y consecuencias del daño, pluriofensividad de la lesión y difusión o audiencia del medio a través del cual se ha consumado la lesión.

La inseguridad que provoca la dificultad de calcular el daño moral puede paliarse a través de alguna de las dos siguientes opciones o de ambas, pues no son excluyentes:

La regulación expresa de criterios de valoración del daño, acogiendo en la norma los señalados por la jurisprudencia del TS adoptando su forma de "lista abierta", de modo que no menoscabe la discrecionalidad judicial y que permita la valoración de otras circunstancias concurrentes en cada caso.

La elaboración entre la judicatura y las asociaciones de profesionales jurídicos de baremos orientativos consensuados que, sin alcanzar la seguridad que proporciona la norma por carecer de carácter vinculante tienen un valor inestimable de guía, otorgando "previsibilidad" en los pronunciamientos judiciales y en su fundamentación.

Decimoquinta. Resultaría de especial interés que el legislador se planteara una reforma de mayor calado en la modalidad procesal que nos ocupa, amén de las disfunciones en aspectos concretos que se han ido señalando. La última modificación operada por la LO 1/2025 (de inminente entrada en vigor cuando se concluye este trabajo) va a suponer un cambio de mentalidad a la hora de abordar la preparación de juicios por los letrados de

las partes. La Ley de Eficiencia incluye la obligación de las partes de aportar su prueba documental y pericial con diez días de antelación al acto del juicio, lo que quiebra en cierta medida el principio de inmediación, tradicional y característico del proceso laboral, eliminando la posibilidad de las partes de "ocultar" su estrategia procesal hasta el acto del juicio, quedando reducido el margen de actuación al interrogatorio de parte, testifical o reproducción de la imagen o el sonido; pruebas que carecen de efecto revisorio de los hechos probados en sede de recursos. Siendo esta una de las críticas más repetidas, lo cierto es que la obligación de anticipación de la prueba es común para ambas partes por lo que las dos quedan privadas de la táctica procesal de "ocultar sus cartas". No obstante, entendemos que lo realmente relevante de este cambio es que se obligue a la aportación de la prueba antes de que quede fijado el objeto de la litis, que queda pospuesto hasta la contestación oral de la parte demandada en juicio. La parte actora tendrá que aportar la prueba antes de conocer los motivos de oposición a su demanda y antes de que se encuentre fijado el objeto litigioso. No es de extrañar que este primer paso de distanciamiento del principio de inmediación conduzca a otros que vendrán de la mano, como la sustitución de la contestación oral de la demanda por la forma escrita (tal y como ocurrió con la regulación de los juicios verbales en el ámbito jurisdiccional civil; art. 433.1 LEC, modificado por Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), de modo que la prueba se proponga por ambas partes una vez delimitada la cuestión litigiosa. Entretanto, y a falta de incluir una excepción similar a la prevista en el art. 90.3 LRJS para las diligencias probatorias, el plazo de diez días será también el aplicable en estos procedimientos.

El cambio que supone la anticipación de la aportación de la prueba documental y pericial también acarrea otros problemas añadidos que no son específicos de esta modalidad procesal sino que surgen en todo proceso. El plazo de 10 días es común para la aportación obligatoria de la prueba y para solicitar al órgano judicial diligencias preparatorias. La consecuencia del incumplimiento del primer plazo es la preclusión, salvo excepciones y la imposibilidad de aportación de la no anticipada al acto del juicio. Sin embargo, para el supuesto de solicitud al órgano judicial de diligencias preparatorias de prueba o de exhibición anticipada de documentos (art. 90.3 en relación con el 77.3 LRJS), la negativa de la parte contraria a su aportación anticipada no conlleva consecuencias de relevancia. La potestad del juez o jueza de tener por probados en la sentencia los hechos que se pretendían acreditar o de apreciar mala fe o temeridad (art. 90.7 LRJS) es aplicable a los supuestos de negativa injustificada a su aportación, pero se vislumbra más improbable que el órgano judicial tenga por probados esos hechos en la sentencia solo por su falta de exhibición anticipada, si la parte que ha sido requerida acude con ellos al acto del juicio.

Todo ello quebranta el principio de paridad de armas, pues aquella parte que necesite tener conocimiento de documentos que no obren en su poder (habitualmente la persona trabajadora) tendrá que aportar anticipadamente la documental que sustenta su pretensión

sin haber tenido acceso a la exhibición previa de documentos por la contraria. La introducción de ese cambio sustancial, con efectos ciertos y severos como la preclusión de la aportación de prueba, requeriría alguna previsión sobre los efectos de la falta de aportación anticipada de documentos solicitados, si estos se muestran como imprescindibles o relevantes para probar su pretensión; como la facultad (con suspensión de la vista del juicio) de realizar alegaciones o aportar documentos cuya especial relevancia se haya puesto de manifiesto a consecuencia de los solicitados anticipadamente y no aportados hasta el acto del juicio.

Por otro lado, la brevedad de los plazos reglamentados para la modalidad de tutela en ese afán de urgencia y celeridad en la tramitación resultan insuficientes para que las partes puedan desplegar una adecuada actividad probatoria. Plazos de dos días entre la citación de las partes y el juicio son reflejo de una visión del proceso laboral desfasada (un proceso oral, en el que el "nudo gordiano" de la prueba lo conformaban el interrogatorio de parte y las testificales) y en el que su sencillez (no resulta obligatoria postulación ni defensa letrada) permitía una mayor celeridad. La complejidad cada vez mayor de los asuntos que se tramitan ante la jurisdicción social y su especialización no casa con esos plazos tan breves, que resultan prácticamente de imposible cumplimiento para el órgano judicial y para las propias partes, por lo que carecen de trascendencia práctica para dar agilidad al proceso.

En esta modalidad procesal en la que urge acabar con la situación de lesión del derecho fundamental y no prorrogarla en el tiempo es necesario encontrar un equilibrio entre la celeridad de los plazos y su "efectividad". Al legislador se le plantea una difícil opción entre la reglamentación de plazos muy breves, pero de escasa eficacia en la práctica (e insuficientes teniendo en cuenta la complejidad que pueden alcanzar los asuntos, a pesar de la limitación del objeto) o plazos un poco más amplios (que alargan el proceso) pero permiten la preparación de los juicios y la prueba por las partes.

La solución para dotarlos de eficacia en la modalidad especial de tutela que nos ocupa no pasa por ampliarlos (como ha hecho la LO 1/2025 de Eficiencia con los plazos de carácter general) pues sin la dotación de medios para garantizar su cumplimiento solo conducirá a dilatar aún más su tramitación, sino por establecer unos plazos "razonables" que junto al refuerzo de los medios necesarios puedan ser acatados de manera efectiva.

* * *

Para ultimar estas reflexiones, merece recordar que aunque el título de esta tesis es la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en el orden social, en la LRJS no hay un solo cauce para recabar la tutela de los derechos fundamentales ante la jurisdicción social, sino tres: la modalidad procesal de los arts. 177-184 LRJS; la de cada una de las modalidades a las que realiza el reenvío el art. 184 LRJS

que seguirán la tramitación de cada una de ellas pero con aplicación de las garantías previstas para la modalidad de tutela de derechos fundamentales y la de aquellas modalidades no incluidas en la enumeración del art. 184 LRJS en las que se alegue la vulneración de un derecho fundamental, que seguirán los trámites de la modalidad ordinaria o especial correspondiente, pero sin contar con las garantías previstas en la ley para la modalidad de tutela.

La primera queda prácticamente relegada para las pretensiones "puras" de tutela de derechos fundamentales y su preferencia, urgencia y limitación del objeto ha demostrado su eficacia para tutelar los derechos fundamentales cuando la situación es excepcional y apremiante. Por ejemplo, durante la pandemia del Covid-19 esta fue la modalidad utilizada para solicitar medidas cautelares y reclamar la tutela del derecho a la integridad física frente a las autoridades sanitarias por la omisión de medidas de seguridad. Parece un tanto "olvidada" por las últimas reformas legislativas (Ley 15/2022 integral de igualdad o LO 1/2025 de Eficiencia), que no han introducido los oportunos cambios en esta modalidad en concreto, por lo que es necesario salvar las anomalías que ello ha provocado, tal y como se ha ido indicando a lo largo de este trabajo.

El segundo grupo, formado por las modalidades procesales incluidas en el art. 184 gozan de las garantías de la modalidad especial de tutela, salvo la prohibición de acumulación de acciones o la limitación del objeto, pues en ellas precisamente se viene a acumular la acción de tutela del derecho fundamental con la pretensión propia de la modalidad de que se trate. A todas ellas se extiende la preferencia en el señalamiento, la intervención del Ministerio Fiscal, la inversión de la carga de la prueba, la posibilidad de solicitar medidas cautelares, el régimen de recursos, etc. Sin embargo, la característica de sumariedad o urgencia es la que más "sufre" las consecuencias de esta acumulación de acciones para evitar dividir la causa. En las modalidades de despido, impugnación de sanciones y extinción de la relación laboral no se eliminan trámites como la conciliación previa, lo que alarga la duración del procedimiento. Tras la reforma de la Ley de Eficiencia, en todas las modalidades se prevé la aportación con diez días de antelación de la prueba documental o pericial sin prever excepciones o plazos más cortos, lo que también contribuirá a su dilatación en el tiempo.

Por último, el justiciable puede alegar la lesión de sus derechos fundamentales en cualquier otra modalidad no incluida en la enumeración del art. 184 LRJS, supuesto en el que la tramitación será la que corresponda a esta, sin aplicación de las garantías de la modalidad de tutela, pero sin limitación del objeto.

Las opciones para obtener la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas laborales siguen fluctuando entre la obtención de una respuesta

célere y por ello limitada o una menos ágil pero que alcance a todos los pedimentos relacionados con la actuación lesiva.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RULL, A., "Daño moral por discriminación", en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I. (Dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, Editorial Bosch, Barcelona, 2017, págs. 559-586.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Una valoración crítica global de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral" en ALARCÓN CARACUEL, M.R., (coord.), *La reforma del Procedimiento Laboral (Análisis de la Ley 7/1989, de 12 de abril de Bases de Procedimiento Laboral),* Marcial Pons, Madrid, 1989.

ALBIOL MONTESINOS, I., *La tutela de la libertad sindical por los Tribunales nacionales*, Editorial Civitas, Madrid, 1987.

ALBIOL MONTESINOS y BLASCO PELLICER, A., *Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

ALBIOL MONTESINOS, I., *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

ALEGRE NUENO, M., "Comentario al artículo 17", en BLASCO PELLICER, A., (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* Tirant lo Blanch, e-book, 2023, págs. 213 a 221. https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411693554

ALEGRE NUENO, M., "Comentario del artículo 20", en BLASCO PELLICER, A., (dir.), *Comentarios de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social",* Tirant lo Blanch, 2023, e-book.

ALFONSO MELLADO, C.L., "Comentario a la SC 173/1994: La protección frente a las discriminaciones en el empleo", *Poder Judicial,* núm. 35, 1994.

ALTÉS TÁRREGA, J.A*., El acoso del trabajador en la empresa (consideraciones al hilo de la Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres),*Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

ALTÉS TÁRREGA, J. A., *Aspectos laborales de la protección del informante en los canales internos de denuncias*, Tirant lo Blanch, 2024, https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788410563278

ALTÉS TÁRREGA, J.A. y FITA ORTEGA, F., "La prueba ilícita en el proceso laboral. Sus consecuencias sobre el despido", *Labos, vol. 3, núm. 2,* 2022, págs. 76-101. Recuperado de: https://doi.org/10.20318/labos.2022.7063

ÁLVAREZ MORENO, A., “Las disposiciones generales en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Análisis de las cuestiones más relevantes” en TRILLO GARCÍA, A.R., (coord.), *Análisis de la nueva ley reguladora de la jurisdicción social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 14 a 65.

ÁLVAREZ SACRISTAN, I., “Tratamiento jurídico de los daños morales causados por los accidentes de trabajo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 567, Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 1 a 6.

ALZAGA, RUIZ, Í., "La concesión de una indemnización adicional en los supuestos de despido improcedente en aplicación de lo dispuesto en la Carta Social Europea revisada", *Revista española de derecho del trabajo,* núm. 279, 2024, versión on line, págs. 1 a 39.

ALZAGA RUIZ, Í, "La indemnización por daños y perjuicios en los supuestos de incumplimiento del precontrato de trabajo", *Revista española de derecho del trabajo,* núm. 183, 2016, págs. 1 a 35.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Actuación amarilla de un sindicato frente a otros en una pugna electoral”, en SEMPERE NAVARRO, A.V., (Dir.), *Anuario 2022 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, págs. 51 a 58.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, BOE, Madrid, 2023.

APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007.

AAVV, *Lecciones de jurisdicción social*, NOGUERA GUASTAVINO, M. y GARCÍA BECEDAS, G (Dirs.),Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

AAVV, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social,* SEMPERE NAVARRO, A.V., (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2013.

AAVV, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BARRIOS BAUDOR, G.L., (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2020.

AAVV, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, BLASCO PELLICER, A. (Dir.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

AAVV, *La ley Reguladora de la Jurisdicción social con jurisprudencia,* BARJA DE QUIROGA LÓPEZ (dir.), Tirant lo Blanch, 2018, versión electrónica. https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788491907459.

AAVV, *Derecho Procesal laboral. Parte General y Especial*. ROMERO PRADAS, I.M., (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

AYALA SÁNCHEZ, A., "Comentario a la STC 130/2021, de 21 de junio. El derecho de huelga: derecho subjetivo fundamental y algunos de sus límites", *Temas laborales*, núm.162, 2022, págs. 255-279.

BADIOLA DÍEZ, R. y MUÑIZ CARRIÓN, P., *Ley de la jurisdicción social: adaptación práctica de la reforma de la legislación procesal en materia de la jurisdicción social, operada en virtud de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*. Editorial Dykinson, Madrid, 2012.

Disponible en: http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=753275&lang=es&site=ehost-live&scope=site.

BAJO GARCÍA, I, "Comentario al artículo 66" en BLASCO PELLICER, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social",* Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 440 a 443.

BALLESTER PASTOR, M.A., "El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social", *Relaciones Laborales,* núm. 2, Wolters Kluwer España, 2012, págs. 9-42.

BALLESTER PASTOR, M.A., "El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol", *Femeris* vol. 4, núm. 2, págs. 14-38.

doi: https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4763 19,

BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. Y FERNANDEZ LÓPEZ, M F., *Instituciones de derecho procesal laboral,* Editorial Trotta, Madrid, 1995, 2ª edición.

BAZ TEJEDOR, J. A., *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "Despido improcedente e indemnización (comentario de urgencia): del art. 10 C158 OIT no se desprende el reconocimiento de una indemnización adicional a la legal tasada (STS\Pleno 19/12/24", *Una mirada crítica a las relaciones laborales.* en el *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* entrada 20/12/2024. Despido improcedente e indemnización (comentario de urgencia): del art. 10 C158 OIT no se desprende el reconocimiento de una indemnización adicional a la legal tasada (STS\Pleno 19/12/24) – UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "Despido injustificado y embarazo desconocido: readmisión e ¿indemnización?", *Una mirada crítica a las relaciones laborales, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* entrada 11 de febrero de 2018, Despido

injustificado y embarazo desconocido: readmisión e ¿indemnización? – UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "Daños punitivos en despido discriminatorio (y algunas reflexiones desde la perspectiva de la eficiencia de las normas)", *Una mirada crítica a las relaciones laborales, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* entrada 2015. Daños punitivos en despido discriminatorio (y algunas reflexiones desde la perspectiva de la eficiencia de las normas) – UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES (ignasibeltran.com)

BLASCO JOVER, C., en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BLASCO PELLICER, A. (Dir.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023:

"Comentario al artículo 177", págs. 1163-1173.

" Comentario al artículo 180", págs. 1189-1199.

" Comentario al artículo 183", págs. 1210-1220.

BLASCO PELLICER, A. y LÓPEZ TERRADA, E., "Proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas" en BLASCO PELLICER, A. y ALEGRE NUENO, M., (dirs.), *El Proceso Laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 1169-1246. https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788413367750

BLASCO PELLICER, A., "Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo" en *XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 2014.

BLASCO PELLICER, A., "La carga de la prueba en supuestos de discriminación y tutela de derechos fundamentales" en ROMERO PRADAS, Mª. I. y GONZÁLEZ CANO, Mª. I. (dirs.), *La prueba en el proceso laboral*, Tomo IV, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017. Disponible en: https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/978849143830, págs. 305 a 310.

BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes laborales. La nueva ley de Procedimiento laboral,* tomo XIII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1990.

BRAVO GUTIÉRREZ, P.," La prueba en el proceso laboral", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 38, Universidad de Extremadura, 2022, págs. 743-770.

CAINZOS FERNANDEZ, J. A.: "Balance de los diez primeros años de existencia del recurso contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales", en AA VV, *Introducción a los derechos fundamentales*, vol. 11, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.

CANO GALÁN, Y., "De la cognitio limitada de la sala de suplicación en supuestos en que se acumula a una impugnación de modificación sustancial de condiciones de trabajo una alegación de tutela de derechos fundamentales", *Diario La Ley, núm. 10247,* Editorial La Ley, 2023. diariolaley - Documento

CANO GALÁN, Y., "Despido discriminatorio por anuncio de matrimonio: ¿un supuesto de discriminación por razón de sexo?[Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 130/2022, de 9 de febrero de 2022 (Rec. 1871/2020)", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, núm. 3, Laborum,* 2022, págs. 139-150

CARDENAL CARRO, M., "La indemnización de los daños infligidos con ocasión de la lesión de derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional no considera razonable la Jurisprudencia unificada", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, Navarra, 2006.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Daños punitivos. Aspectos de derecho internacional privado europeo y español", en *Derecho de daños*, HERRADOR GUARDIA, M.J. (dir.) 2013. Recuperado de http://www.accursio.com/private/uploads/111_UMU_-_Punitive_Damages_by_J_Carrascosa.pdf.

CARRILLO, M., "Procedimiento constitucional y convergencia jurisdiccional en la protección de los derechos", *Ius Fugit, Revista de Cultura Jurídica*, Universidad de Gerona, Institución Fernando el Católico, 2017, pp. 47-77. Recuperado de Institución Fernando el Católico - Descarga de publicaciones (dpz.es).

CARRIZOSA PRIETO, E., *Derechos de libertad sindical y principio de igualdad*, tesis doctoral leída en Universidad Pablo Olavide, 2007.

CASAS BAAMONDE, M.E., "Legitimación procesal en defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (en su laberinto)" en BOHIGUES ESPARZA, M.D. Y FABREGAT MONFORT, G. (dirs.), *Revisitar parte de la obra de Carlos L. Alfonso desde una perspectiva actual,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 576 a 593.

CASAS BAAMONDE, M. E., "Jurisdicción y competencia del orden social", en NOGUERA GUASTAVINO, M. y GARCÍA BECEDAS, G (Coords.), *Lecciones de jurisdicción social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 40 a 100.

CASAS BAAMONDE, M.E., "¿Una "tercera" doctrina judicial sobre la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales y sus efectos en la calificación del despido?", *Revista de Jurisprudencia Laboral.* núm. 3, BOE, 2023. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2023-00000002394.

CASAS BAAMONDE, M.E., "Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales", *Revista de jurisprudencia laboral, núm. 4,* Editorial BOE,

2021, BOE.es - Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales.

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., "La tutela de la libertad sindical en la función pública" en *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública,* Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Instituto Andaluz de Administración Pública, Huelva, 1989.

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., "La tutela de la libertad sindical" en RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., (dirS.) *Comentarios a la Ley de libertad sindical,* Tecnos, Madrid, 1986.

CASTRO ARGÜELLES, M.A., "Los derechos fundamentales inespecíficos en el proceso laboral", *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la seguridad Social*, Editorial Cinca, Madrid, 2014, págs. 183-257.

CAVAS MARTINEZ, *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

CAVAS MARTÍNEZ, F., "Los procesos por despido y otras modalidades procesales individuales en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 103, 2013, págs. 183-231.

CAVAS MARTÍNEZ, F., "La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 143, 2019, págs. 357 a 386.

CAVAS MARTÍNEZ, F., "El pleito testigo en la jurisdicción social: ¿una medida de eficiencia procesal realmente eficaz?, *Trabajo y Derecho,* núm. 114*,* Editorial La Ley, 2024, versión on line.

CAVAS MARTÍNEZ, F., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social,* Editorial Aranzadi, Navarra, 2013:

"Comentario al artículo 65", págs. 393 a 399.

"Comentario al artículo 66", págs. 400 a 404.

"Comentario al artículo 69", págs. 412 a 419.

"Comentario al artículo 177", págs. 906 a 927.

" Comentario al artículo 178", págs. 927 a 930.

"Comentario al artículo 179", págs. 930 a 935.

"Comentario al artículo 180", págs. 936 a 940.

"Comentario al artículo 181", págs. 940 a 944.

"Comentario al artículo 182", págs. 946 a 949.

"Comentario al artículo 183", págs. 946 a 949.

"Comentario al artículo 184", págs. 949 a 954.

CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Competencia de la jurisdicción social en la doctrina de unificación (1991-1997)*, Aranzadi, Pamplona, Navarra, 1998.

CHOCRON GIRÁLDEZ, A., *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral : especial referencia a la "presunción de duración indefinida del contrato de trabajo"*, Laborum, Murcia, 2004.

CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., "La problemática delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de la jurisdicción: criterios de delimitación", en *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXIV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

CRUZ VILLALÓN, J.: "Las modalidades procesales de carácter colectivo y sindical en el nuevo texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral" en *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 353 a 360.

CRUZ VILLALÓN, J., "La actuación del sindicato en los procesos individuales de trabajo", *Relaciones Laborales,* núm. 2, Editorial Wolters Kluwer, 1992, págs. 310-335.

CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (coords.), *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral,* Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid,1991.

CUADROS GARRIDO, M.E., *Los daños punitivos en el derecho del trabajo,* Editorial Colex, A Coruña, 2022.

DE LAMO RUBIO, J., "La reforma sobre eficiencia procesal en el orden social: aproximación crítica", *Diario La Ley, núm. 10431,* Editorial La Ley, 2024, versión on-line.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., "Ley 2/2023, de protección de los informantes. Problemas aplicativos desde una perspectiva laboral", *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 4 (Número Extraordinario. Tormenta de Reformas), págs. 32-49.

DEL VALLE DE JOZ, J.I., "Comentario al artículo 102 LRJS" en BARRIOS BAUDOR, G.L., (Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2020.

DESDENTADO BONETE, A., "Una lesión de la libertad sindical à rebours?", *Revista de información laboral, núm. 7,* Editorial Aranzadi, 2017, versión on line.

DOGANOC DE LEON, M**.,** **"**Orden jurisdiccional competente en materia de acoso laboral a un funcionario público", *Actualidad Administrativa, Nº 9, Sección Personal y Recursos Humanos*, Wolters Kluwer, 2017.

ESTEBAN MIGUEL, A., "Conflicto de competencia entre el orden contencioso-administrativo y social en los procesos de selección del personal laboral de la Administración: ¿final de la doctrina de los actos separables en el empleo público?", *Trabajo y Derecho,* núm. 102, Editorial Wolters Kluwer, 2023.

Conflicto de competencia entre el orden contencioso...

ESTEVE SEGARRA, A., GOERLICH PESET, J. M. y NORES TORRES, L. E., *Curso de derecho procesal laboral 2ª edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, versión electrónica, https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411308045

FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J. J. y TASCÓN LOPEZ, R., "Sobre la vulneración de la tutela judicial efectiva por desconocer el requisito de conciliación administrativa previa en un supuesto especialmente complejo", en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 109, Editorial Civitas, Madrid, 2002, págs.127-151.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "La prescripción de las acciones para la defensa de la libertad sindical" en *III Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales,* Fundación Universitaria, Jerez de la Frontera, 1985.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 24, CGPJ, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *Distribución y delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la jurisdicción contenciosa*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

FERRANDO GARCÍA, F.M, "Alcance y consecuencias de la (parcial) supresión de la reclamación administrativa previa a la vía jurisdiccional social", *Revista Derecho Social y Empresa,* núm. 9, 2018, págs. 96-119.

FERRANDO GARCÍA, F.M., "La circunstancia de parentesco en la tutela antidiscriminatoria laboral", *Labos*, vol.1, núm. 2, 2020, págs. 89-108 / doi: https://doi.org/10.20318/labos.2020.5540

FERRANDO GARCÍA, F.M*., "*Interés legítimo y legitimación procesal del sindicato más allá del orden social de la jurisdicción", *Documentación Laboral,* núm. 127, Editorial Cinca, 2022*,* págs. 33 a 58.

FITA ORTEGA, F., "El derecho a la mentira como tutela preventiva de los derechos fundamentales de los trabajadores", *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 441, Centro de Estudios Financieros, 2019, págs. 85-116.

FOLGUERA CRESPO, J.A. “Comentario al artículo 179”, en FOLGUERA CRESPO, J.A., SALINAS MOLINA, F., SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L., (dirs.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 678-680.

GARCÍA BLASCO, J., “La jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social,* nº 76, 2004 , págs. 67-84.

GÁRATE CASTRO, J., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (Un estudio de la modalidad procesal regulada por los arts. 175 y sigs de la Ley de Procedimiento Laboral),* Revista Jurídica Galega, núm. 22, 1999.

GARCÍA MORILLO, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.

GARCÍA MURCIA, J., “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: algunos puntos críticos”, *Jornada sobre derechos fundamentales y contrato de trabajo*. Gobierno del Principado de Asturias, 2017, págs. 9-30.

GARCÍA MUÑOZ, M. *El carácter sindical de la representación unitaria,* Aranzadi, Navarra, 2016. https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/monografias/161499349/v1/document/181651192/anchor/a-181651192.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., “Dudas e incertidumbres en la supresión de la reclamación administrativa previa a la vía laboral por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas **“,** *Revista de Información Laboral*, núm. 1, Editorial Aranzadi, 2017, edición electrónica

GARCÍA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 1996.

GARCÍA RODRÍGUEZ, B., *Jurisprudencia constitucional en materia sociolaboral* (*2006-2017),* Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.

GARCÍA VIÑA, J., "La modalidad procesal especial de tutela de la libertad sindical y de los demás derechos fundamentales" *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núms. 197-198, CEF, 1999, págs. 1 a 76.

GARCÍA VIÑA, J., “El concepto de libertad sindical individual en España”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm 4, Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga (UMA Editorial), Málaga, 2022.

GIMENO SENDRA, V., “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales”, *Anales de la Universidad de Alicante*, Facultad de Derecho. Vol. 1, 1982, págs. 181-188.

GOERLICH PESET, J.M., "¿Implica el nuevo art. 97.3 LRJS la obligación de alcanzar un acuerdo en la conciliación previa?", *Blog El Foro de Labos*, entrada 6/02/2024:

GÓMEZ GARRIDO, L.M., *Doctrina del Tribunal Constitucional relativa al proceso social (1981-2013). Proyección en la nueva ley reguladora de la jurisdicción social*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2014.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., "Concepto de daño moral" en GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I.,(Coords *El daño moral y su cuantificación,* Editorial Bosch, 2017, e-book, págs. 29 a 72.

GONZÁLEZ CALVET, J. y SALINAS MOLINA, F., *Ejecución Provisional de las Sentencias en la Jurisdicción Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, e-book. https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788491190899.

GONZÁLEZ DE LARA MINGO, S., "¿Cuál es la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de los funcionarios y personal estatutario en relación con los fallecimientos y contagios producidos por el Covid-19?", *Actualidad Administrativa*, núm. 1, Editorial Wolters Kluwer, 2021.

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., "Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la Ley 15/2022", *Femeris, Revista multidisciplinar de estudios de género,* vol. 8, núm. 2, 2023, págs. 9 a 31.

GOÑI SEIN, J. L., "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?" en AAVV, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la seguridad Social*, Editorial Cinca, Madrid, 2014, págs. 17 a 82. Disponible acceso abierto: https://academica-e.unavarra.es/handle/2454/10903.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., "La carga de la prueba y la tutela del trabajador", *Relaciones laborales,* nº 20, Editorial Wolters Kluwer, 2009, págs. 1 a 53.

HERREROS LÓPEZ, J.M. y ROLDÁN MARTÍNEZ, A.F., "El proceso laboral de tutela de los derechos fundamentales", en MURILLO DE LA CUEVA, P.L. y CARMONA CUENCA, E., (Coords) *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág.68.

HIERRO HIERRO, F.J., "La posibilidad del ejercicio del derecho de huelga de las personas trabajadoras no huelguistas: inconcreción temporal necesitada de protección Comentario a la STC 45/2016, de 14 de marzo (BOE de 22 de abril de 2016)", en MONEREO PÉREZ, J.L., *Libertad sindical, negociación colectiva y huelga. Homenaje al profesor Juan García Blasco,* Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, págs. 557-562.

IGLESIAS CABRERO, M: “Comentario al artículo 181 de la LPL”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 1005 a 1011.

JURADO SEGOVIA, A., “Comentario: sobre la caracterización jurídica del acoso moral en el trabajo a la luz de los pronunciamientos judiciales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 25, Bomarzo, Albacete, 2004, págs. 191-206.

LAHERA FORTEZA, J.: “Las acciones de indemnización de daños por vulneración de la libertad sindical tras la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social”, *Relaciones laborales,* núm. 8, Editorial Wolters Kluwer, 2012, págs. 1 a 14.

LASAOSA IRIGOYEN, E. “Comentario al artículo 7 de la LRJS” en BARRIOS BAUDOR, G.L. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* Ed. Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 95-101.

LASAOSA IRIGOYEN, E., *Delimitación competencial entre los órdenes Social y Civil de la Jurisdicción: un Estudio Jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2001.

LÓPEZ BERMEJO, O., “Incongruencia omisiva: la sentencia de suplicación no emite pronunciamiento sobre los aspectos accesorios con previsión legal de las pretensiones principales. Los daños morales operan de forma automática al declararse la existencia de vulneración de derechos fundamentales”. *Revista de jurisprudencia laboral*, Agencia del Boletín Oficial del Estado, núm. 2, 2023.

LÓPEZ HORMENO, M.C., “El nuevo pleito testigo laboral, ¿hacia una Justicia más ágil y eficaz?” *Diario LA LEY,* núm 10441*,* Editorial La Ley, 2024, versión on line. El nuevo pleito testigo laboral

LÓPEZ TERRADA, E., “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, núm. 11, Universidad Pablo Olavide, 2021, págs. 2–39. https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412

LOUSADA AROCHENA, J.F., "La prueba ilícita en el proceso laboral [en línea]", *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* núm. 5, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2006, págs. 825-838.

LOUSADA AROCHENA, J. F., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción social*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012.

LOUSADA AROCHENA, J.F., "Prueba ilícita en el proceso laboral: cuestiones de legitimación, intimidad y protección de datos personales", *Revista de jurisprudencia laboral,* núm. 4, Agencia Estatal del BOE, Madrid, 2022. BOE.es - Prueba ilícita en el proceso laboral: cuestiones de legitimación, intimidad y protección de datos personales.

LOUSADA AROCHENA, J.F., "La transposición en España de la Directiva 76/207/CEE", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 18, 2014, págs. 461-477.

LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Editorial Comares, Granada, 1996.

LOUSADA AROCHENA, J.F., "La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 400, Centro de Estudios Financieros, 2016, págs. 17-46.

LOUSADA AROCHENA, J.F., "La cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral: la cuantía mínima del baremo LISOS como derecho necesario", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 6, 2023 http://hdl.handle.net/2183/37488

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

MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "La competencia del orden jurisdiccional social en la materia de seguridad y salud en el trabajo", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, nº138, 2018, págs. 517-546.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: "Comentario al artículo 177", en BARRIOS BAUDOR, G.L.(Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* Editorial Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 1082-1089.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y., "La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional. Nuevos retos de las ¿nuevas? formas discriminatorias", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 463, Centro de Estudios Financieros, 2021, págs. 25-62.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R., "Tutela de la libertad sindical", en AAVV, *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, CGPJ, Madrid, 1991.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R., "Tutela judicial de la libertad sindical (I)", *Actualidad Laboral,* núm. 1, Editorial La Ley, 1991, págs. 35-44.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R. "Tutela judicial de la libertad sindical (y II)", *Actualidad Laboral,* núm. 1, Editorial La Ley, 1991, págs. 45 a 53.

MAS GARCÍA, E.M., "Comentario al artículo 64" en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BARRIOS BAUDOR, G.L. (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 336-354

MAS GARCÍA, E.M., "Comentario al artículo 69" en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BARRIOS BAUDOR, G.L. (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 387-398.

MEGINO FERNÁNDEZ, D., "Artículo 138", en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BARRIOS BAUDOR, G.L. (Dir.), Editorial Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 863- 877.

MELLA MÉNDEZ, L., "Derechos de conciliación de la vida laboral y familiar e indemnización de los daños causados por su no disfrute: algunos puntos de interés", *Actualidad Laboral, Nº* 4, Editorial Wolters Kluwer, 2014.

MERCADER UGUINA, J.R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.N., *El recurso de amparo: un enfoque laboral,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

MERCADER UGUINA, J.R., "La ley de infracciones y sanciones como baremo: funciones y disfunciones en la determinación de los daños morales derivados de la vulneración de derechos fundamentales", *Trabajo y Derecho,* núm. 112, La Ley, 2024, págs. 1-20.

MERCADER UGUINA, J.R., "Derechos fundamentales, indemnización por daños morales y prudente arbitrio del juzgador en su determinación: una tormenta perfecta", *Revista Gallega de Derecho Social,* núm. 15*,* 2022, págs. 9-44 http://www.revistagalegadedereitosocial.gal

MIÑARRO YANINI, M., "Congruencia de la demanda con la papeleta de conciliación y protección frente al despido de la mujer embarazada: un ejemplo de flexibilización. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1151/2022, de 23 de diciembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 474, CEF, 2023, págs.210-217. https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18715.

MOLINA NAVARRETE, C., "La dignidad de los trabajadores como un "derecho" ¿"fundamental"?: ¿de su "retórica ético-jurídica" a sus "garantías de efectividad"?", ponencia del *Congreso internacional El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: desafíos para el trabajo decente,* Ediciones Laborum, Murcia, 2018, págs. 1253-1274

MOLINA NAVARRETE, C., *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social entre retórica judicial y prácticas innovadoras,* Editorial Bomarzo, Albacete, 2019.

MOLINER TAMBORERO, G., "El proceso de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales", en AAVV, *Constitución y justicia social,* Cuadernos de Derecho Judicial, nº 5, 2003, págs. 167-234.

MONEREO PÉREZ, J. L., *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* nº73, 2008, páginas 247 a 312.

MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P.G., *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2019.

MONEREO PÉREZ, J.L., *Manual de Derecho Procesal Laboral,* Editorial Tecnos, Madrid, 2020.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo "prudencial" de cuantificación de la indemnización", *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 3, Agencia Estatal del BOE, 2022. BOE.es - Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo "prudencial" de cuantificación de la indemnización..

MONEREO PÉREZ, J.L., "Derecho de huelga y límites de los poderes de reacción empresariales: esquirolaje interno", *Revista de Jurisprudencia Laboral,* núm. 10, Agencia Estatal del BOE, 2024 (on line). BOE.es - Derecho de huelga y límites de los poderes de reacción empresariales: esquirolaje interno.

MONTERO AROCA, J., *La conciliación previa o extrajudicial en el proceso laboral (Doctrina, Jurisprudencia y Formularios),*Tirant Lo Blanch, Valencia,1999.

MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Amparo constitucional y proceso civil,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

https://issuu.com/tirantloblanch/docs/216484e6242e8bdfac2df1cbbebcebb1

MONTOYA MELGAR, A., "Comentario al artículo 2", en MONTOYA MELGAR, A., GALIANA, J, SEMPERE, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral* , 2ª edición, Aranzadi, 2003, págs. 30 a 63.

MONTOYA MELGAR, A., "Comentario al artículo 2", en SEMPERE NAVARRO, A.V, (coord.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social,* Editorial Aranzadi, (Cizur Menor), Navarra, 2013, págs. 58 a 93.

MORENO VIDA, M.N., "Comentario al art. 64 LPL", en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M N. y GALLEGO MORALES, A. J. (Dirs.*), Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada, 2001, págs. 421-426.

MURILLO DE LA CUEVA, P.L y CARMONA CUENCA, E., *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, (ebook). https://editorial.tirant.com/es/mislibros

NAVARRO NIETO, F., "El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria", *Temas laborales,* núm. 130, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, páginas 83-133.

NAVARRO NIETO, F., *La tutela jurídica frente al acoso moral laboral*, Navarra, Aranzadi, 2007.

NOGUEIRA GUSTAVINO, M., "La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel" en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (dir.), *El derecho de huelga en el derecho internacional,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 8 a 77.

NORES TORRES, E., "Comentario al artículo 6 de la LRJS", en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BLASCO PELLICER, A. (dir.), Tirant lo Blanch, edición electrónica, 2023, págs. 137 a 151. https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411693554.

NOVOA MENDOZA, A. y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, R., *Modalidades procesales: tutela de derechos fundamentales y procesos de índole colectiva (conflictos, convenios),* Editorial Aranzadi, Madrid, 2024, versión electrónica.

OEHLING DE LOS REYES, A., "El artículo 53 de la constitución española de 1978: esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de garantía de los derechos fundamentales (1978-2017)", *Revista de Derecho Político,* núm. 100, UNED, 2017, pág. 1099-1136.

OJEDA AVILÉS, A., *Derecho sindical,* Tecnos, Madrid, 2003.

ORTIZ LALLANA, M.C., *La intervención del sindicato en el proceso de trabajo,* CES, Madrid, 1994.

PACHECO ZERGA, L., *La dignidad humana en el derecho del trabajo,* Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.

PALOMEQUE LÓPEZ. M. C., "Sobre la libertad sindical de los empresarios", en *Documentos Laboral,* núm. 17, 1985.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "La presencia del sindicato en la nueva ley de Procedimiento Laboral", *Actualidad Laboral,* núm. 1, 1991, págs. 1-8.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "La tutela judicial de los derechos laborales fundamentales" en AAVV, *Reforma laboral, Tutela judicial y Derechos fundamentales. Estudios en Homenaje a Juan Antonio Linares Lorente,* CGPJ, Madrid, 1997.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", en MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (coords.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2003, págs. 229-248.

PÉREZ CAMPOS, A.I., "Discriminación por asociación", en SANCHEZ TRIGUEROS, M.C., (dir.), *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, BOE, Madrid, 2008, págs. 225-245.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2013.

PRECIADO DOMENECH, C.H., *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo,* Editorial Aranzadi, Navarra, 2018. E-book: https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F202329567%2Fv1.4&titleStage=F&titleAcct=i0ad6a6a4000001787a2d594370716df8#sl=0&eid=d141d3d0015dabfa0724b78dedd7940b&eat=a-202329666&pg=1&psl=p&nvgS=false&tmp=458.

PÉREZ GÓMEZ, J.M. y PÉREZ LÓPEZ, R., "Régimen Jurídico del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud", *Revista Derecho y Salud,* vol. 13, nº 2, 2005, págs. 187-210.

QUINTANA LÓPEZ, T. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., "Límites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social", *Revista Jurídica de Castilla y León,* núm. 26, 2012, págs. 139-176.

RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A.V., "De las sentencias condenatorias recaídas en otros procesos", en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social",* Editorial Aranzadi, Navarra, 2013. págs. 1677-1688.

RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., "La necesaria observancia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales como límite inexcusable del poder de dirección empresarial*", IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball,* núm. 2, 2018, págs. 173-185. *https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2018.i02.04*.

ROJO TORRECILLA, E., "Nueva Ley de Procedimiento Laboral: examen de las modificaciones más relevantes con respecto a la normativa anterior" en *Revista Técnico Laboral*, vol. XII, núm. 44, 1990.

ROMERO RÓDENA, M.J. y MORARU, G.M., "Derecho a la tutela judicial efectiva y libertad sindical: derecho de los sindicatos a acceder a la justicia" en *Revista de jurisprudencia laboral,* núm. 8, Agencia Estatal BOE, 2020. Recuperado de: BOE.es - Derecho a la tutela judicial efectiva y libertad sindical: derecho de los sindicatos a acceder a la justicia.

RON LATAS, R.P., "Comentario al artículo 17" en BARRIOS BAUDOR, G.L., (Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* Navarra, Aranzadi, 2020, págs. 134-139.

RON LATAS, R.P., "Comentario al artículo 19" en BARRIOS BAUDOR, G.L., (Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* Navarra, Aranzadi, 2020, págs. 141 a 144.

SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

SALA FRANCO, T., "La prevención de riesgos laborales respecto del personal laboral de las administraciones públicas", en BLASCO PELLICER, A. y LÓPEZ BALAGUER, M. (Dirs.), *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 659-676.

SALINAS MOLINA, F., "La nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, nº 395, febrero 2016, págs. 121-141.

SALINAS MOLINA, F., "Aspectos constitucionales de las medidas cautelares", en *Actum Social* núm. 83, Editorial Lefevre, 2014.

SÁNCHEZ PÉREZ, J., "La reparación del daño en la jurisdicción laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 216, Editorial Aranzadi, 2019, págs 1 a 29.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMOS, A., "Extensión de la doctrina de la discriminación por asociación a otros derechos fundamentales. STSJ Islas Canarias (Las Palmas)-SOC núm. 882/2019, de 29 de agosto, *Revista de jurisprudencia laboral,* núm. 6, Boletín Oficial del Estado, 2019 (on line).

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación de trabajo", *Revista del Ministerio del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* 2004, páginas 187-239.

SANGUINETI RAYMOND, W., *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales, Estudio de la estructura y el contenido del juicio de antisindicalidad,* Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

SANTAMARÍA PASTOR, "Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa", *Revista de la Administración Pública,* núm. 77, 1975, págs. 109 a 111.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L. y MAURANDI GUILLÉN, N., "Comentario al artículo 2 de la LRJS" en FOLGUERA CRESPO, J.A, SALINAS MOLINA, F. y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L., (Dirs.*), Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* Lex Nova, 2011, págs.39-91.

SEMPERE NAVARRO, A. V., "Litisconsorcio pasivo necesario en los supuestos de acoso. Comentario a la STS-SOC 30 enero 2008", *Repertorio de Jurisprudencia*, nº 10, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 19-29.

SEMPERE NAVARRO, A.V., "Sobre la prescripción de acciones laborales "subsiguientes:" muestrario jurisprudencial", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 11, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021

SEMPERE NAVARRO, A.V., "Sobre el modo de impugnar los servicios mínimos y sus lesivas consecuencias", *Revista de jurisprudencia laboral,* núm. 3, Editorial BOE, 2023. Disponible en: BOE.es - Sobre el modo de impugnar los servicios mínimos y sus lesivas consecuencias.

SERRANO ESPINOSA, G.M., *El Nuevo Proceso Judicial de Conflicto Colectivo* , Tirant lo Blanch, 2016, formato electrónico.

SIRVENT HERNÁNDEZ, N., "Actos empresariales vulneradores del derecho de huelga y responsabilidad por daños y perjuicios", *Relaciones Laborales,* Editorial La Ley digital, 2013, págs. 1 a 29.

TALÉNS VISCONTI, EDUARDO E., "Artículo 138", en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,* BLASCO PELLICER, A. (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 892-908.

TEBALÁN PALACIOS, H.I., "La reformulación de la indemnización por daños en el proceso especial de tutela de derechos fundamentales laborales", *Trabajo y Derecho*, núm. 49, Editorial Wolters Kluwer, 2019, págs. 77 a 88.

TODOLI SIGNES, A., "El orden jurisdiccional competente en materia de personal laboral al servicio las AAPP y otros entes del Sector Público, en especial, los conflictos en materia de acceso al empleo público" en *Problemas actuales del proceso laboral. Homenaje al profesor José M. Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* SALA FRANCO, T. (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 105 a 123.

TODOLI SIGNES, A., "La garantía de indemnidad ante denuncias en la ITSS e internas en la empresa: Análisis de un quiero y (a veces) no puedo en la doctrina judicial", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 449-450, Centro de Estudios Financieros, 2020, págs. 89-114.

TODOLÍ SIGNES, A., "Acerca de la activación de la garantía de indemnidad por reclamaciones internas del trabajador", en MARTÍN POZUELO LÓPEZ, Á., LÓPEZ TERRADA, E., TODOLÍ SIGNES, A. y SALA FRANCO, T., *Jurisprudencia Social a debate. 2ª Edición corregida y aumentada*, Tirant lo Blanch, 2023, págs. 239 a 246. https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411695121

TODOLI SIGNES, A. y TYC, A., "La carga de la prueba en el proceso laboral español y comparado", *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 396, Centro de Estudios Financieros, 2016, págs. 109-128.

TODOLI SIGNES, A., "Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática", *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social vol. 5, núm. 2,* Universidad Carlos III, Madrid, 2024. págs. 54-84 */ doi: 10.20318/labos.2024.8739.*

TODOLÍ SIGNES, A., "¿Hay indemnización automática por vulneración del derecho de Protección de datos? STJUE 20/06/2024", *Argumentos en derecho laboral*. Entrada 28 de noviembre de 2024 al Blog coordinado por Adrián Todolí:

TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1991.

TUDELA CAMBRONERO, G., "El proceso de tutela de la libertad sindical", en AAVV, *El procedimiento laboral. Estudios en homenaje a Luis Enrique de la Villa Gil,* Lex Nova, Madrid, 2001, págs. 797-854.

TUSET DEL PINO, P., " Efectos derivados de la declaración de nulidad del despido de la trabajadora embarazada. A propósito de la STS de 12 de diciembre de 2023", *Diario La Ley, núm. 10429, Sección Tribuna*, Editorial La Ley, 2024, págs. 1-23.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Las conductas lesivas de la libertad sindical*, Madrid, Tecnos, 1994.

VALDÉS DAL-RÉ, F., "El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos debiendo mediar un mínimo de diez días entre la citación y la efectiva celebración de dichos actos, salvo en los supuestos en que la ley disponga otro distintfundamentales", en el volumen *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral,* Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid,1991, págs. 461 a 510.

VIDA FERNÁNDEZ, R., "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 217/2021, de 17 de febrero, sobre tutela de derechos fundamentales por falta de medidas de prevención de riesgos laborales en el ámbito del empleo público: avances en la protección de la prevención que tal vez lleguen de la mano del sars -cov-19", *Revista de Derecho Laboral,* núm. 2/2021, Editorial Vlex, versión online, págs. 146-153.

YSÀS MOLINERO, H*., "*El derecho a la dignidad de la persona trabajadora ante las tecnologías emergentes para la organización y el control empresarial", *Trabajo y Derecho, núm. 112*, La ley digital, 2024.