

# **LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS EN EL PROCESO LABORAL, A PROPÓSITO DE LA REFORMA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL**

ANA MARÍA CHOCRÓN GIRÁLDEZ

Profesora Contratada Doctora. Área de Derecho Procesal.

Universidad de Sevilla

## **Resumen**

El presente trabajo analiza las principales novedades introducidas en el proceso laboral de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas tras la promulgación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social, efectuando un repaso a los aspectos clave de su configuración procesal así como su adaptación a las exigencias emanadas de la doctrina constitucional

## **I. Introducción: el laberinto de modalidades procesales en la jurisdicción social**

El orden jurisdiccional laboral o social tiene como fin básico el conocimiento y resolución de los conflictos de trabajo ya sean estos individuales o colectivos así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral, tal y como expresa en términos genéricos el artículo 9.5 de la LOPJ.

Se trata de una rama históricamente separada del orden jurisdiccional civil ante la complejidad y proliferación de conflictos laborales que impusieron la necesidad de una mayor especialización de nuestros órganos jurisdiccionales, objetivo que aún se mantiene por lo que no es de extrañar que con ocasión de la actual reforma de la legislación procesal, se haya defendido que los Juzgados de lo Social están “especializados y preparados” para asumir todas las materias laborales, adjudicándose competencias que venían siendo compartidas con los órganos jurisdiccionales de los órdenes civil y contencioso-administrativo. En ese sentido, se apunta que este innegable incremento de trabajo no debe repercutir negativamente en el tiempo de respuesta porque la acumulación de

litigios en estos tribunales es “significativamente menor” que en otras jurisdicciones, por lo que “servirá también para aliviar a los demás”<sup>1</sup>.

Y es que no debe olvidarse que el proceso de trabajo es una institución tradicionalmente aplaudida por su agilidad y rapidez, al punto de convertirla en modelo de cumplimiento de las garantías constitucionales<sup>2</sup>. Ahora bien, ello no ha impedido observar una insistente reivindicación por parte de los distintos operadores jurídicos en demanda de un nuevo texto procesal que solucione los graves problemas de integración<sup>3</sup> derivados de las sucesivas reformas que han venido incidiendo directamente en la ordenación del proceso laboral<sup>4</sup>.

Otra cosa será sostener la existencia de una “crisis del proceso social”<sup>5</sup> sobre lo que no podemos extendernos por lo limitado estas líneas pero, en todo caso, se trataría de constatar si el proceso judicial se halla en la forma adecuada para responder a las actuales necesidades de tutela judicial efectiva y acometer, en su caso, las reformas precisas y las adaptaciones pertinentes teniendo presente que el proceso de trabajo ha dejado de ser un proceso pensado para pretensiones de poca entidad, sencillas o de escasa trascendencia, como se defendía en sus inicios.

---

<sup>1</sup> Palabras del Ministro de Justicia tras la reunión del Consejo de Ministros en la que se aprobó el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (septiembre 2010)

<sup>2</sup> Como llegó a afirmar GIMENO SENDRA, “si en el momento actual existe una manifestación de la jurisdicción que cumple plenamente con las exigencias del artículo 24 de la Constitución, esa jurisdicción es, sin duda alguna, la social”, en “El derecho a un proceso laboral justo”, *Tribuna Social*, núm. 76, 1997, pág. 11.

<sup>3</sup> Un intento en el sentido indicado puede verse en MONTALVO CORREA, “La repercusión de la LEC en el proceso social”, en AAVV, *El proceso social. Estudios en homenaje a D. Luís Enrique de la Villa Gil*, Valladolid, 2001, págs. 653-654. Este autor apunta como sistema de integración que la regulación civil general sea aplicable en el proceso social cuando, “aun sin laguna que cumplimentar en la regulación del mismo, aquella normativa abra opciones de actuación procesal inéditas en el seno del mismo, salvo que resulten manifiestamente contradictorias con el fundamento del proceso social en cuanto a institución o figura histórica disgregada del proceso civil”.

<sup>4</sup> Sin ánimo exhaustivo valga como muestra representativa de los últimos tiempos la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (2004), la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo (2007) o la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. Mención aparte merece la LEC toda vez que asume el papel de ley supletoria de la LPL (art. 4 LEC). A raíz de la promulgación de la LEC/2000 se sucedieron numerosos trabajos doctrinales (la mayoría procedente de la doctrina laboralista) que han tratado con profusión la repercusión de la ley común y supletoria sobre la LPL; valgan como ejemplo LUJÁN ALCARAZ, “La nueva LEC y su influencia sobre el proceso laboral”, *Aranzadi Social*, 2000-V, pág. 42; VALDÉZ DAL-RÉ, “La nueva LEC y el proceso laboral de instancia”, *Relaciones laborales*, 2001-I, pág. 790; MONTOYA MELGAR, “Proceso civil y proceso laboral. En torno a las recíprocas influencias entre la LEC y la LPL”, en AAVV, *Incidencia de la LEC en el procedimiento laboral*, Pamplona, 2001, pág. 25.

<sup>5</sup> RÍOS SALMERÓN, “La vigente legislación procesal laboral. Aspectos concretos susceptibles de revisión” en AAVV, coord. MARTÍNEZ EMPERADOR, *Puntos críticos de la reforma laboral*, Madrid, 1996, pág. 227; DESDENTADO BONETE, “Notas para un debate sobre la crisis del proceso social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998, pág. 224; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Deficiencias del proceso social y claves para su reforma*, Madrid, 2001, pág. 23.

En ese contexto cabe situar la conveniencia de elaborar una nueva norma (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, en adelante LRJS)

Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Social) que venga a sustituir al Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995 (LPL) a fin de dotar de mayor eficacia y transparencia al marco normativo<sup>6</sup>.

Con todo, el procedimiento laboral ha sabido mantener tanto sus planteamientos socializadores de base como su configuración en torno a los principios de oralidad, intermediación, concentración y celeridad que lo caracterizaron desde su origen y lo diferenciaron además de otras ramas del ordenamiento jurídico<sup>7</sup>. Desde ese punto de vista, la actual reforma de la jurisdicción social de 2011 opta por la continuidad en lo que se refiere al diseño procesal, continuidad que pasa por mantener un proceso ordinario -en el puede hacerse valer cualquier pretensión fundada en el Derecho del Trabajo-, y diversos procesos especiales. Este planteamiento obliga a señalar que regirán las disposiciones establecidas para el proceso laboral ordinario en todo lo que no esté previsto expresamente para dichas modalidades de conformidad con el artículo 102 de la LRJS.

En efecto, la legislación procesal regula un proceso al que denomina ordinario para el enjuiciamiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho que no dispongan de una tramitación específica ya que, de hecho, la tramitación específica se halla en las denominadas “Modalidades Procesales”, que se mantienen en la nueva Ley para dar acomodo a pretensiones laborales de muy diversa índole. Es más, el nuevo escenario jurídico se aparta en este punto de la tendencia seguida por el legislador civil que, como es sabido, redujo considerablemente el número de procesos civiles especiales limitándose a regular aquéllos que presentaban inequívocas e indiscutibles particularidades.

Por lo demás, la existencia de un proceso ordinario y una pluralidad de modalidades procesales exige que sea el demandante quien, en su demanda, determine el procedimiento adecuado a la pretensión ejercitada; ahora bien, siguiendo doctrina constitucional, el artículo 24 de la Constitución “no incluye un derecho fundamental a procesos determinados, sino que son los Tribunales ordinarios quienes, aplicando las normas competenciales y de otra índole, han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, sea éste o no el

---

<sup>6</sup> Vid. Disposición Derogatoria Única del Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

<sup>7</sup> En la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 1989 puede leerse que “desde la creación y puesta en marcha de los primeros tribunales de trabajo, el proceso laboral se ha regido por los principios de oralidad, celeridad, intermediación y gratuidad... Con unos u otros matices los diversos textos procesales que se han ido sucediendo a lo largo del tiempo han recogido tales principios”. La última reforma de 2011 los mantiene (vid. art. 74 del Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Social).

elegido por la parte actora” (STC 2/1986, de 13 de enero). Resulta así que la inadecuación de la modalidad procesal no provocará ni el sobreseimiento del proceso ni la absolución en la instancia, de suerte que “se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes” (art. 102 de la LRJS).

Sentado lo anterior, se reducen en gran medida las dificultades inherentes a la elección del procedimiento adecuado entre una diversidad de cauces procesales. Aún así, creemos que se ha perdido la oportunidad de llevar a cabo una simplificación del laberinto de procesos especiales o modalidades procesales laborales, considerablemente agravado por la tendencia legislativa de los últimos tiempos. Incluso nos atreveríamos a apuntar la conveniencia de prescindir de aquellas modalidades que no suponen sino reiteración del proceso ordinario con alguna especialidad de escasa entidad que no responde a la complejidad de la cuestión debatida. Nos referimos concretamente a los procesos relativos a vacaciones o clasificación profesional, que bien mirado no han merecido a juicio del legislador laboral más que dos artículos en el primer caso -arts. 125 y 126- y uno en el segundo -art. 137-. En sentido contrario, precisamente por las notables diferencias con el proceso ordinario, resulta cuando menos justificado hablar, entre otros, de un proceso por despido.

Por lo que respecta a la modalidad que nos ocupa (Tutela de derechos fundamentales, Libro II, Título II, Capítulo XI de la LRJS) la problemática delimitación de su ámbito de aplicación ha llevado incluso a cuestionar su razón de ser, sobre todo cuando no resulta infrecuente en la práctica forense recurrir a este procedimiento por la sola invocación de la lesión de un derecho fundamental. Ello ha llevado a plantear la conveniencia de otorgar la tutela que esta modalidad confiere dentro del proceso aplicable en razón del objeto de la pretensión deducida, o sea, dentro del proceso ordinario o especial que resultara aplicable<sup>8</sup>.

Así las cosas, la comunicación presentada procura analizar la evolución experimentada en la regulación legal de la modalidad de referencia así como evaluar su adecuación a la doctrina constitucional, todo ello sin obviar una valoración crítica en los aspectos que creemos más controvertidos.

---

<sup>8</sup> DESDENTADO BONETE, “¿Es necesario un proceso especial para la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral?. Una reflexión desde la jurisprudencia reciente”, *La Ley*, 1996-II pág. 1529.

## II. La protección jurisdiccional de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador

### 1. Marco jurídico de referencia

La antigua Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, configuró específicas garantías para los órdenes penal, contencioso-administrativo y civil (vid. disposición derogatoria LEC/2000), pero omitió cualquier referencia al orden social. Esto provocó que la LPL/1995 regulara -como modalidad procesal-, un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad para atender las demandas de tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas de carácter laboral.

Así entendida, la libertad sindical pasó a ser considerada como el objeto de esta modalidad procesal (art. 175), si bien, la LPL/1995 extendió su ámbito de aplicación a “las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social” (art. 181). Posteriormente, la Ley 13/2009 de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, modificó la rúbrica del Capítulo XI, Título II del Libro II de la LPL por lo que esta modalidad pasó a denominarse “De la tutela de los derechos fundamentales”. Sin embargo, la actual reforma de la legislación procesal denomina la modalidad que nos ocupa “De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas” (arts. 177 a 184), unificación plausible en cuanto contribuye a clarificar el objeto de este proceso laboral quedando referido expresamente al derecho de libertad sindical, derecho de huelga, otros derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso<sup>9</sup>, siempre que la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas. Es decir, en el primer caso será necesario tener en cuenta las cuestiones litigiosas incluidas en el ámbito del orden jurisdiccional social (art. 2) y en sentido negativo, las que se hallan expresamente excluidas (art. 3). En el otro caso, debe referirse a asuntos

---

<sup>9</sup> Téngase presente que estas disposiciones se enmarcan en el ámbito genérico del artículo 53.2 de la Constitución que establece que cualquier ciudadano puede recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo II, ante los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. El artículo 28.1 de la Constitución consagra como derecho fundamental el de libertad sindical (“todos tienen derecho a sindicarse libremente”) pasando a continuación a fijar su contenido: “la libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones internacionales o afiliarse a las mismas”. Por su parte, el apartado segundo del mismo artículo reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores “para la defensa de sus intereses”.

ligados a la prestación de servicios o a cuestiones relacionadas directamente con el objeto de esta modalidad procesal.

## 2. La problemática delimitación de su ámbito de aplicación

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, la normativa reguladora del proceso social ha venido dispersando entre las diversas modalidades procesales que resultaren aplicables en cada caso, la vulneración de derechos y libertades producidos con ocasión de determinadas controversias. En efecto, hay que tener en cuenta que la propia legislación procesal excluye del ámbito de aplicación de la modalidad de tutela de derechos fundamentales, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, las de impugnación de convenios colectivos (art. 182 LPL/1995 modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial) y las de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores (añadida por el art. 184 de la LRJS), en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, dado que está previsto que se tramiten, inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente.

Por consiguiente, de lo expuesto podemos deducir la existencia diversas vías de tutela:

1) La primera es la ofrecida por la modalidad objeto de nuestra atención que se halla circunscrita a verificar si se ha producido o no vulneración del derecho fundamental o libertad pública invocada. Esta circunstancia ha llevado a caracterizar esta modalidad como proceso de cognición limitada, es decir, ajustada al examen de las alegaciones de lesión que se funden en la delimitación constitucional del derecho, sin entrar en las vulneraciones indirectas o remotas basadas en fundamentos distintos de la propia regulación contenida en la Constitución<sup>10</sup>.

2) La segunda vía vendría representada por la modalidad procesal correspondiente a cada una de las materias en litigio (despido, movilidad geográfica, impugnación de convenios colectivos...), otorgando carácter preferente a dichos procesos a los que se pueden acumular las pretensiones de protección jurisdiccional de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, debiendo subrayarse que en este caso está previsto que se apliquen las mismas

---

<sup>10</sup> DESDENTADO BONETE, “¿Es necesario un proceso especial para la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral?”, op. cit., pág. 1528.

garantías señaladas en la legislación procesal para la modalidad de tutela incluida la citación como parte del Ministerio Fiscal (arts. 177.3 y 184 de la LRJS).

3) Y todavía cabría citar una tercera vía de tutela que vendría otorgada por el proceso laboral ordinario cuando resulte de aplicación en razón de lo que sea objeto de la pretensión.

Todo ello se completa además con la previsión contenida en la LRJS al reconocer que el juez puede rechazar de plano la demanda por entender que no es el procedimiento adecuado para la pretensión deducida que puede encauzarse por el proceso ordinario o por el de alguna modalidad procesal, advirtiéndole al demandante de cómo puede hacer uso de su derecho (art. 179.4). Es decir, el nuevo texto consagra como regla general la adaptación del proceso a la modalidad apropiada evitando con ello pronunciamientos absolutorios. Por tanto, desde esa decisión normativa, el tribunal dará a la demanda la tramitación ordinaria o especial si para el procedimiento adecuado fuese competente y la demanda reuniese los requisitos exigidos por la ley para tal clase de procedimiento.

### **III. Principales novedades de la reforma en la modalidad procesal de la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.**

Teniendo presente como telón de fondo que el proceso laboral procura regular las exigencias del Derecho del Trabajo mediante procedimientos ágiles y sencillos de orientación tuitiva hacia el trabajador, podemos destacar de la tramitación procesal de la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las siguientes particularidades, muchas de las cuales vienen impuestas por la necesidad de dar respuesta a las exigencias derivadas de la doctrina constitucional.

#### **1. Contenido de la demanda**

En consonancia con el carácter urgente señalado para su tramitación en la LRJS, se trata de un supuesto exceptuado tanto de conciliación (art. 64.1) como de reclamación (art.70) previas. Por tanto, el proceso comienza con el escrito de demanda.

La demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas deberá contener los requisitos generales establecidos en el artículo 80.1 de la LRJS. Pero además de este contenido genérico, el artículo 179.3 exige que en la demanda se exprese con claridad los hechos constitutivos de la vulneración alegada, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida. A nuestro juicio, se trata de exigencias legales esenciales para la tramitación de la demanda por lo que en su incumplimiento o cumplimiento

defectuoso debe acarrear el archivo de la misma, sin perjuicio de lo previsto para la subsanación en el artículo 81.1 de la LRJS. Hay que tener en cuenta que el deber de activar el mecanismo sanatorio no puede ser entendido como una obligación genérica o en abstracto sino que deberá contener especificación del defecto a subsanar. Lo contrario significaría incumplimiento del mandato constitucional de promover el acceso a la jurisdicción con apoyo en el artículo 24.1 de la Constitución. Desde ese momento se abre para el actor la posibilidad de cumplimentar el defecto o inobservancia en el brevísimo plazo de cuatro días otorgado al efecto lo que, no obstante, ha sido considerado “acorde con el principio de celeridad que preside los procesos laborales” (STC 154/1992, de 19 de octubre).

La demanda habrá 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 o libertad que sirva de base a la pretensión alegada (art. 179.2). Por consiguiente, el legislador ha optado por no someter la acción de tutela a plazos específicos, si bien, “la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales como derechos de la persona no es óbice para que, tanto en aras de la seguridad jurídica como para asegurar la protección de los derechos ajenos, el legislador establezca plazos de prescripción determinados para las acciones utilizables frente a la vulneración concreta de uno de estos derechos” (STC 13/1983, de 23 de febrero).

Finalmente, los actos de conciliación y juicio habrán de tener lugar dentro del plazo improrrogable de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda (art. 181.1).

## 2. La legitimación procesal.

### a) La legitimación activa

Tanto la jurisprudencia (STS de 3 de marzo de 2000) como la propia LRJS (art. 17.1) coinciden en señalar como fundamento para accionar ante los órganos jurisdiccionales del orden social la existencia de un “interés legítimo” que se determina atendiendo al ámbito de la lesión que se denuncia.

Así, si la lesión del derecho de libertad sindical u otro derecho fundamental afecta a un trabajador concreto, la legitimación activa corresponde al propio trabajador que invoque un derecho o interés legítimo sin perjuicio de que el sindicato al que éste pertenezca, o cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, puedan personarse como coadyuvantes. Debe indicarse en este punto que el artículo 177.2 de La LRJS reconoce también la posibilidad de actuar como coadyuvantes a las Entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados en los supuestos de discriminación.



De otra parte, si la lesión es colectiva, esto es, sin consideración a un trabajador individual, la legitimación activa corresponde al sindicato que invoque un derecho o interés legítimo (STS de 19 de septiembre de 2006).

b) La legitimación pasiva

La regulación vigente hasta ahora no contemplaba ninguna previsión concreta limitándose tan sólo a la escueta referencia que el artículo 180.1 de la LPL/1995 hace al empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada respecto de cuyo comporta-miento o conducta se declare la nulidad radical en la sentencia.

Sin embargo, con base en la citada norma, el Tribunal Constitucional en su sentencia 250/2007, de 17 de diciembre calificó de irrazonable la interpretación judicial de la legalidad que circunscribe el proceso especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas de la LPL/1995 “a aquellos casos en los que las lesiones constitucionales han sido provocadas única y exclusivamente por el empresario, pues tal interpretación limitaría injustificadamente la defensa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral, aparte de no encontrar soporte en lo dispuesto en el artículo 180 de la LPL, que, al referirse al contenido de la sentencia dictada en tales procesos especiales, hace referencia a la sanción de las conductas lesivas que provienen tanto del empresario como de cualquier otra persona”.

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

Debe destacarse además que no se trata de un problema de orden puramente teórico, sino que las consecuencias prácticas en el proceso laboral son de suma trascendencia ya que ante un supuesto de acoso en el trabajo, a excepción de los casos penales (art. 173.2 del Código Penal), la regulación legal vigente hasta ahora obliga al trabajador acudir a la jurisdicción social si el acosador es su empresario directo, y a la jurisdicción civil si el acosador es otro empleado o un tercero. Y ello a pesar de que en todos los supuestos el acoso se produce en el marco de las relaciones de trabajo, esto es, el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social (art. 2 LRJS). Asimismo hay que subrayar que la redacción del apartado 4º del artículo 177 citado, establece también que “corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la Ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la

víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare”.

Esta regulación legal suscita diversos órdenes de cuestiones. De entrada, el legislador laboral, en línea con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (art. 12.3), reconoce a la víctima como única legitimada para formular la demanda pero además, le atribuye la potestad de optar entre las diversas vías de tutela judicial que la normativa reguladora del proceso social contiene y a las que ya hemos hecho alusión en párrafos anteriores. Por último, debe ponerse también de relieve que hay una segunda alusión a la legitimación pasiva en esta norma que suscita el tema de la existencia o no de un litisconsorcio pasivo necesario en este proceso especial. Como es sabido, con la institución del litisconsorcio pasivo necesario “se trata de llamar al proceso a todos aquellos que puedan resultar afectados, en sus derechos e intereses, por el proceso judicial seguido, bien porque así lo imponga la Ley o porque vengan vinculados con el objeto de la controversia” (STS de 19 de junio de 2007). Pues bien, de la norma comentada parece deducirse la necesidad de codemandar (junto al empresario) al causante directo de la lesión en la medida en pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare o más claramente cuando se pretenda su condena.

Resulta de interés este último añadido toda vez que en los últimos años la jurisprudencia dictada en suplicación en materia de acoso en el trabajo ha venido mostrándose vacilante en cuanto a dirigir la pretensión no sólo contra la empresa sino también contra el autor material del acoso<sup>11</sup>.

En todo caso, el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de enero de 2008, unificó doctrina estableciendo que “a los efectos de la persecución e imposición de las sanciones correspondientes al acoso moral, todas las conductas y actuaciones relativas al mismo, sea quien sea el autor de las mismas, forman un todo unitario, constituyen una realidad claramente cohesionada. Y este carácter unitario exige también un tratamiento procesal unificado; la unidad y conexión de las situaciones y conductas acontecidas obliga a que su enjuiciamiento se lleve a cabo en un mismo proceso. Parece contrario a razón y carente de sentido dar un tratamiento procesal separado y distinto a las responsabilidades y consecuencias derivadas de una misma actividad acosadora”. Por eso, concluye esta sentencia, “no parece aceptable que la acción que se ejercita en defensa de

---

<sup>11</sup> Así, la STSJ de Canarias/Las Palmas de 26 de enero de 2001 reconoce que “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”. En contra, la STSJ Aragón de 30 de junio de 2003 en la que se afirma que el trabajador al que se imputa personalmente la conducta de acoso “no es titular de la relación jurídica debatida en el pleito, y por ello no es parte en el proceso; no existiendo razón de ningún tipo para ser llamado al mismo”. Sobre la constitución de la relación jurídico procesal en materia de acoso laboral vid. KAHALE CARRILLO, “Legitimación en los pleitos sobre acoso laboral”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2011.

esos derechos fundamentales vulnerados, se dirija únicamente contra alguno o algunos de los posibles responsables secundarios, cuya implicación en el acoso es mucho menos relevante y trascendente, y que, en cambio, no se dirija contra el verdadero acosador, contra el causante real, propio y directo del mobbing”.

Finalmente debe recordarse que, como garante de la legalidad, el Ministerio Fiscal será siempre parte en este proceso especial interesando la adopción de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas y de conformidad con las previsiones anteriores, velando por la integridad de la reparación de las víctimas (extremo incorporado por la LRJS).

### 3. Medidas cautelares

La adopción de medidas cautelares en esta modalidad procesal se ha venido concretando en la suspensión de los efectos del acto impugnado a propuesta del actor y a través de un trámite incidental brevísimo que, en líneas generales, se reduce a una comparecencia en la que sólo se admitirán alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada, tras lo cual el órgano judicial resolverá en el acto mediante auto dictado de viva voz, adoptando, en su caso, “las medidas oportunas para reparar la situación” (art. 180. 5 y 5). Quiere esto decir que, en rigor, el legislador laboral no se ciñe exclusivamente a la suspensión y de ello da buena cuenta la LRJS al prever también posibilidad la solicitar las “medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en la sentencia” (art. 181.1 de la LRJS).

A partir de ahí, el texto de la nueva Ley se muestra mucho más expeditivo que la anterior normativa, de acuerdo con la progresiva cobertura que está experimentando la tutela cautelar en el proceso laboral que va esbozando los presupuestos propios de la misma (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*). Así, establece como regla general que “el Juez o Tribunal podrá acordar la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos”. No obstante lo anterior, “en el caso de que se invoque vulneración de la libertad sindical, 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 los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación”.

Asimismo contiene significativas previsiones para la adopción de medidas cautelares en dos ámbitos concretos:

1) Cuando, en caso de huelga, se impugnen exclusivamente los actos de determinación del personal laboral adscrito a los mínimos necesarios podrá la parte interesada solicitar del juez la adopción de medidas cautelares para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, así como para la reanudación ulterior de las tareas cuando lo que se impugne sean los actos de designación del personal laboral adscrito a los servicios de seguridad y mantenimiento precisos.

2) Cuando la demanda se refiera a 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 sean reconocidos en tal situación, podrá solicitarse cautelarmente 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 medidas tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse.

#### 4. La carga de la prueba

De acuerdo con el artículo 181.2 de la LRJS “en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. En estos supuestos se determina que corresponde a la parte actora la alegación de indicios de una conducta empresarial discriminatoria y al demandado una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Se procura de esta forma la llamada prueba indiciaria en el proceso laboral que, siguiendo doctrina constitucional, se articula en un doble plano (SSTC 84/2002, de 22 de abril; 49/2003, de 17 de marzo; 171/2003, de 23 de septiembre): 1) aportación por parte del actor/trabajador de un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental o es discriminatorio y 2) justificación objetiva y razonable del demandado/empleador de las causas de su decisión.

Obsérvese que con ese esquema la posición del trabajador en la distribución probatoria es francamente ventajosa bastándole acreditar indicios para que el tribunal lo tenga en cuenta si la empresa no logra combatir en juicio tales indicios. En ello se ha querido ver una inversión o desplazamiento de la carga probatoria. Sin embargo, en estricto sentido, no concurre este fenómeno procesal en la medida en que las exigencias probatorias de las partes no se modifican, esto es, el actor no queda relevado de la carga de probar pasando ésta al contrario, o en otros términos, no le basta al demandante simplemente con calificar de discriminatoria la actuación o decisión de la empresa demandada sino que también deberá desplegar una primera e ineludible tarea

probatoria y no meramente alegatoria a diferencia de lo que pudiera deducirse de una primera impresión<sup>12</sup>.

Otra cosa será que en el reparto de la carga de probar se haga recaer el grueso de esta actividad en la parte en quien concurre mayor disponibilidad de los medios y proximidad a las fuentes de prueba (art. 217.7 de la LEC). Buen exponente de ese objetivo lo resume la STS de 4 de mayo de 2000 cuando indica que “debe recaer la carga de probar sobre la parte a la que le sea posible hacerlo si a la contraria le es imposible (...) lo mismo que si en lugar de imposibilidad, hay dificultad sobresaliente de orden objetivo”. De igual forma resuelve la doctrina constitucional en la sentencia 90/1997, de 6 de mayo (reiterada después en la STC 66/2002, de 21 de marzo) al afirmar que “la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial”.

Del mismo modo tampoco hay inversión de la posición procesal de las partes en lo que a la práctica de la prueba se refiere ya que se desarrolla en el orden convencional. Resta por examinar entonces en qué se concreta la actividad de las partes. Desde la perspectiva constitucional se sostiene que ambas partes de la relación laboral asumen “cargas probatorias” (STC 171/2003, de 29 de septiembre): el trabajador cumplirá su carga probatoria con la acreditación de indicios a partir de los cuales surja razonablemente un panorama indicativo de posible discriminación en la actuación empresarial y, alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante, el empresario tiene a su vez la carga de llevar a la convicción del juzgador que su actuación obedece a causas ajenas a cualquier conducta discriminatoria o vulneradora de derecho fundamental alguno y que por sí misma tiene la entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.

## 5. La sentencia

Si la sentencia dictada en este tipo de procesos estimara la vulneración denunciada tendrá 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 deriva-

---

<sup>12</sup> ALBIOL MONTESINOS, *Derecho Procesal Laboral*, Valencia, 2010, pág. 344; MONTERO AROCA, *Introducción al proceso laboral*, Madrid, 2000, pág. 292. En otro sentido vid. GÓMEZ MARTÍN, “Aspectos procesales en relación con el tratamiento del mobbing”, *Diario La Ley*, núm. 7612, 2011.

das del acto incluida la indemnización que procediera”. En ese sentido, será una sentencia declarativa y de condena en la que, tal como viene señalando la jurisprudencia, se recoge una triple tutela: “tutela inhibitoria respecto del acto lesivo de la libertad sindical”, “tutela restitutoria del derecho vulnerado” y “tutela resarcitoria de los daños producidos al trabajador afectado” (SSTS de 14 de julio de 1993 y de 20 de junio de 2000).

Por el contrario, si la sentencia declarara la inexistencia de la vulneración denunciada levantará la suspensión de la decisión o acto impugnado o de la medida cautelar que, en su momento, pudiera haberse acordado.