LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS DISTINTAS INSTANCIAS

Daniel Merino Ruiz de Gopegui

Graduado Social 148 COGS La Rioja

Funcionario en excedencia

Personal laboral del Gobierno de La Rioja

Delegado sindical y miembro del Comité de Empresa de la CAR

INTRODUCCIÓN

PARTE 1.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN SOCIAL

Tema 1.- La Tutela Judicial Efectiva como derecho fundamental

Tema 2.-La garantía de indemnidad como parte integrante de la Tutela Judicial

2.1.- Ámbito de aplicación de la garantía de indemnidad.

2.2.- Exclusiones.

Adecuación de la sanción al principio de legalidad

2.3.- Prueba indiciaria e inversión de la carga de la prueba.

PARTE II.- LA TUTELA DE LOS DDFF EN LAS DISTINTAS INSTANCIAS

Tema 3.- En instancia

Tema 4.- En Suplicación. Supuestos

Tema 5.- En casación para unificación de doctrina. Sentencia de contraste para cada punto de contradicción

Tema 6.- En Amparo. Especial trascendencia constitucional

TEMA 1.- INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo estudiamos la protección de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, en especial consideración a la garantía de indemnidad como parte integrante del Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva (art 24 CE).

El estudio jurídico se realiza desde un punto de vista dinámico en sede judicial, a medida que se va recurriendo, mostrando los requisitos de admisión y las peculiaridades de las respectivas instancias en el procedimiento especial de Tutela de Derechos Fundamentales.

Incluye supuestos prácticos en los que, a través de la acción de tutela, se consigue ajustar una sentencia a la doctrina constitucional, crear nueva doctrina, unificar la existe, o incluso ampliar el campo de protección de un derecho fundamental.

PARTE I.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN SOCIAL

El procedimiento especial de Tutela de los Derechos Fundamentales protege al trabajador de los actos de su empleadora que vulneren los derechos regulados en los artículos 14 al 29 CE. Dicho proceso será especial y sumario, extendiéndose además hasta la via de amparo del Tribunal Constitucional. Ante este Tribunal se incluye también el derecho a la objeción de conciencia regulada en el art 30 (art 53.2 CE).

De todos los anteriores, los derechos más frecuentemente afectados en los procesos de tutela son los siguientes:

Art 14 CE. Discriminación. Son los actos de despido o sanciones que se alegan producidos por grave discriminación, sindical, por edad, sexo, raza, vecindad o cualquier otra condición personal o social.

Art 18 CE. Actos contra el honor, intimidad personal o familiar y la propia imagen (art 18 CE) Procedimientos relacionados con el servicio de grabación y vigilancia cuando se excede el derecho a la seguridad o no se avisa de su instalación, violación de la correspondencia postal o electrónica en servidores privados o de la ley de protección de datos del expediente médico o personal, revisión de taquillas en ausencia del interesado y del delegado de personal, , todo tipo de acoso y de actos contra la dignidad del trabajador, etc.

Art 24 CE. La tutela judicial efectiva y la garantía de indemnidad.

Por un lado, es el derecho del trabajador afectado por un proceso disciplinario, administrativo o judicial, a un proceso con todas las garantías de defensa, con todos los medios de prueba necesarios para su defensa, sin que, en ningún caso, pueda producirse

indefensión, y el derecho a la presunción de inocencia. Por otro lado, es el derecho del trabajador a interponer cualquier denuncia, recurso o demanda frente a los actos de su empleadora. Este derecho abarca la garantía de indemnidad, entendida como la garantía de que del ejercicio de tutela no puedan derivarse consecuencias perjudiciales.

Art 25 CE. Contra el principio de legalidad (art 25 CE) El empresario impone al trabajador una sanción no tipificada en su régimen disciplinario, o una sanción tipificada, pero para una conducta que éste no ha realizado.

Art 28 CE. Contra el derecho de libertad sindical (art 28 CE). Denegar injustificadamente el crédito horario, impedir la entrada al centro del representante, obstaculizar el derecho de huelga, no facilitar al Comité de Empresa o a los representantes de los trabajadores la información económica y de contratación, etc.

El derecho de negociación colectiva forma parte del derecho fundamental de libertad sindical, aunque a diferencia de éste, su tutela no puede recabarse a título individual.

La impugnación de estos actos puede realizarse en el Proceso Especial de Tutela de Derechos Fundamentales, o también, si se producen simultáneamente junto a un cese o a una modificación sustancial, de forma conjunta en estos procedimientos.

En los supuestos en los que el órgano judicial aprecie existencia de vulneración, se podrá reconocer una eventual indemnización, siempre que así se haya solicitado en la demanda y se cumplan unos determinados requisitos, como veremos más adelante.

TEMA 1

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La Tutela judicial efectiva abarca el derecho a un juez ordinario, el derecho a un proceso con todas las garantías, a aportar los medios de prueba necesarios para la defensa, a una sentencia fundada en derecho motivada suficientemente y congruente con lo pedido y a la presunción de inocencia. Pero el derecho a la Tutela Judicial excede del propio proceso judicial. También incluye la garantía de indemnidad, entendida como la garantía de que de la acción judicial, o sus actos previos, no puedan seguirse consecuencias perjudiciales:

1.-El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva excede el propio proceso judicial.

La tutela judicial no solo se vulnera por irregularidades en el proceso que priven de garantías procesales sino cuando de su ejercicio o de acciones preparatorias o previas produzca represalia. (STC 162/1989 y 217/1991) (STC 14/1993 de 18 de enero FJ2; 54/1995 de 24 de febrero FJ3; 197/1998 de 13 de oct FJ4; 140/1999 de 22 julio FJ4; 101/2000 de 10 abril FJ2; 196/2000 de 24 julio FJ3)

2.- La tutela judicial efectiva incluye la garantía de indemnidad

El derecho de TJE no solo se satisface mediante la actuación ante los tribunales sino a través de la garantía de indemnidad (de la acción judicial o actos previos no puedan seguirse consecuencias perjudiciales) (STC 6/2011 EDJ 2011/10223; 7/1993;14/1993; 54/1995 140/1995 de 28 sept FJ 7 y 8 y STC 168/1999 de 27 sept FJ 1; STC 101/2000 de 10 de abril BOE 18 mayo (STC 165/1998 y 151/1990) (sTC 55/2004 de 19 abril FJ2; 87/2004 de 10 mayo FJ2; 38/2005 de 28 de febrero FJ3; 144/2005 de 6 junio FJ3; 16/2006 de 19 enero Fj2; 120/2006 de 24 abril FJ2; 138/2006 de 8 mayo FJ5

La garantía de indemnidad consiste pues, en que de la acción judicial, o de sus actos previos, no puedan seguirse consecuencias perjudiciales, pues se entiende, que mal puede entenderse cumplido el derecho al recurso si por ello se van a producir consecuencias perjudiciales. Por tanto, dicha garantía forma parte del derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva.

Así pues, el derecho fundamental de Tutela Judicial Efectiva del trabajador comprende:

1.- Cuando es el empresario el que inicia un proceso disciplinario contra el trabajador,

Un proceso disciplinario/judicial con todas las garantías, tales como el trámite de audiencia, la práctica de la prueba, la imposibilidad de indefensión y la presunción de inocencia.

2.-Cuando es ejercido por el trabajador,

El derecho a acudir a la justicia, a que dicho proceso judicial cuente con las debidas garantías legales, y a no ser represaliado ni meramente perjudicado por ello. También incluye las actuaciones previas a la vía judicial, como impugnaciones, recursos o cualquier otra reclamación de derechos

3.- Incluye la garantía de indemnidad,

Protege al trabajador de todo acto de represalia derivada del ejercicio de la acción de tutela. Sin embargo, la garantía de indemnidad abarca mucho más que la mera represalia, como veremos a continuación.

TEMA 2

LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD COMO PARTE INTEGRANTE DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

2.1.EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD.

1.-Protección frente a represalias.

La tutela judicial no solo se vulnera por irregularidades en el proceso que priven de garantías procesales sino cuando de su ejercicio o de acciones preparatorias o previas produzca represalia. (STC 162/1989 y 217/1991) (STC 14/1993 de 18 de enero FJ2; 54/1995 de 24 de febrero FJ3; 197/1998 de 13 de oct FJ4; 140/1999 de 22 julio FJ4; 101/2000 de 10 abril FJ2; 196/2000 de 24 julio FJ3)

"El derecho a la tutela no solo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales se traduce la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (STC 6/2011 EDJ 2011/10223; 7/1993, 14/1993, y 54/1995)"

2.- La represalia no incluye únicamente el despido

Protege todo acto de represalia, no solo el despido, sino cualquier otra medida dirigida a **impedir**, **coartar** o **represaliar** el ejercicio de la tutela judicial. Incluye también sanciones económicas. (STC 14/1993 de 18 enero FJ 2.).

3.- Incluye el mero perjuicio vinculado al recurso, no solamente la represalia

"Es preciso aclarar, sin embargo que dicha tutela, característica de la garantía de indemnidad, consistente en la prohibición constitucional de represalias como las descritas, no agota la cobertura de esa vertiente del derecho fundamental. En efecto, además de las decisiones empresariales que vengan perfiladas por un ánimo o motivación de reacción contra el ejercicio previo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, actúa asimismo la tutela cuando, aun no existiendo dicho propósito, concurre un perjuicio que quede objetiva y causalmente vinculado al mismo. En suma, el artículo 24.1 CE EDL 1978/3879 en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva. (Sentencia AN 125/2013, 17 de junio)"

4.- Incluye todo perjuicio involuntario. No se exige dolo empresarial

"el artículo 24.1 CE EDL 1978/3879 en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva. (Sentencia AN 125/2013, 17 de junio)"

"La vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma (STC 11/1998 de 13

de enero, FJ 6 EDJ 1998/11; 124/1998, de 15 de junio FJ2 EDJ 1998/6495; 126/1998 de 15 de junio FJ2 EDJ 1998/6502; 225/2001, de 26 de nov, FJ 4 EDJ 2001/53273; y 66/2002 de 21 de marzo FJ3 EDJ 2002/4815) (STC 80/2005 de 4 de abril, FJ5 EDJ 2005/37140)"

La garantía de indemnidad comprende el mero perjuicio por recurrir, aunque no concurra ánimo de represalia. El dolo es irrelevante bastando el nexo causal. STC 80/2005 de 4 de abril FJ 5 EDJ 2005/37140 y SAN 125/2013 de 17 de junio)Esta sentencia se apoya en STC 11/1998 de 13 de enero, FJ 6 EDJ 1998/11; 124/1998 de 15 de julio FJ 2 EDJ 1998/6495; 126/1998 de 15 de junio FJ 2 EDJ 1998/6502;225/2001 de 26 de nov FJ 4 EDJ 2001/53273; 66/2002 de 21 de marzo FJ 3 EDJ 2002/4815

5- También aplica a las actuaciones previas a la vía judicial

Al incluir las sentencias anteriores "los actos preparatorios o previos al proceso judicial" dentro de las acciones protegidas, la garantía de indemnidad no solo protege al trabajador de las consecuencias de la interposición de una demanda judicial, sino de todas las producidas por todo acto de impugnación, recurso o denuncia administrativa, aunque el perjuicio o la represalia se produzca antes o sin el inicio de la vía judicial.

6-. Protege el ejercicio de tutela tanto de los derechos que le asisten al trabajador como de los derechos de los que éste se considera asistido.

Se protege al trabajador de todo perjuicio por el ejercicio de su derecho de tutela, que comprenden tantos los derechos que asisten al trabajador como todos aquellos de los que éste se crea asistido, siempre que actúe con buena fe.

Por tanto, podemos concluir que la garantía de indemnidad forma parte del derecho de tutela judicial, protegiendo su ejercicio. Por ello abarca todo acto de represalia, no solo el despido, sino cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial, incluyendo las sanciones económicas. Pero incluye también todo perjuicio por recurrir, si existe conexión directa con el ejercicio de tutela, concurra o no concurra dolo empresarial.

Esta garantía alcanza también a los actos preparatorios previos al proceso judicial, como petición de derechos, reclamaciones, impugnaciones, recursos administrativos, aunque no incluye la testifical en juicio a favor de compañeros. Y su ámbito de protección incluye no solo el ejercicio de tutela de los derechos que le asisten al trabajador, sino de los derechos de los que éste se cree asistido, de tal forma que igualmente se vería afectada la garantía de indemnidad si se produjera un perjuicio por haber recurrido una actuación de la empleadora que finalmente se demostrase correcta.

2.2 EXCLUSIONES. Adecuación de la sanción al principio de legalidad y tipicidad

Quedan excluidas del campo de protección de la garantía de indemnidad las sanciones que se impongan al trabajador de acuerdo a procedimiento y con estricta sujeción al principio de legalidad y tipicidad.

A.- Sanciones impuestas de acuerdo al principio de legalidad y tipicidad. Se excluyen de este ámbito de protección las sanciones y multas impuestas en el mismo, o en distinto procedimiento, por mala fe procesal, temeridad, abuso de recurso, recurso con fines dilatorios, o la condena en costas, siempre que dichas sanciones o multas se impongan de acuerdo al principio de legalidad y tipicidad sancionadora (art 25 CE),

B.- Sanciones impuestas vulnerando el principio de legalidad y tipicidad.

Sin embargo, la imposición indebida de una multa o sanción, bien en el mismo procedimiento de recurso, o bien en otro diferente, como consecuencia del anterior (expediente disciplinario o similar), no solamente vulneraría el principio de legalidad sancionadora del art 25 CE sino que, con ello, se constataría un perjuicio directamente relacionado con la acción del recurso, que no se tiene el deber de soportar, comprometiendo en este caso la garantía de indemnidad. Y entendemos que en este supuesto, resultaría de todo punto indiferente si la sanción obedece a un acto de represalia, al no exigir la doctrina la concurrencia de dolo empresarial.

Por tanto, dada la sujeción del proceso sancionador al art 25 CE, resulta del todo punto determinante conocer el completo ámbito de aplicación del principio de legalidad y tipicidad sancionadora (art 25 CE) para poder distinguir los supuestos en los que la imposición de una multa o una sanción disciplinaria tras el ejercicio del derecho de tutela se interpone de acuerdo a procedimiento, de aquéllos otros en los que se vulnera la garantía de indemnidad:

C.- El campo de aplicación del principio de legalidad y tipicidad sancionadora

Para que la sanción impuesta cumpla el principio de legalidad y tipicidad se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.- La sanción impuesta debe estar tipificada en la norma. Nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que no constituyan delito, falta o infracción administrativa según las legislación vigente, en el momento de la comisión del hecho (art 25 CE).

2.- La conducta sancionable debe haber sido realizada por el trabajador. No solamente se exige la tipificación de la sanción en la norma, sino su subsunción en la conducta del trabajador.

3.- La subsunción debe ser plena, razonable y prevista. La imposición de una norma sancionadora depende tanto de la literalidad de la norma como de su previsibilidad.. Se rechaza también una subsunción ajena al significado posible de los términos de la norma y todas aquéllas que conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma, y por ello, **imprevisibles** para sus destinatarios. (Por todas SSTC 54/2008, de 14 abril FJ4; 199/2013, de 5 de dic FJ 13; 29/2014, de 24 de febrero, FJ 3 y 185/2014, de 6 de nov, FJ5).

Se quiebra el art 25 CE cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo **irrazonable** en el tipo que resulta aplicada (SSTC 57/2010, de 4 de oct, FJ3; 153/2011, de 17 de oct,FJ8 196/2013, de 2 dic,FJ5).

La **sujeción** entre ilícitos y sanciones **debe ser estricta**, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla (STC 137 1997, de 21 de julio,FJ 6)

A la luz de la doctrina expuesta sobre la garantía de indemnidad y el principio de legalidad y tipicidad sancionadora, cuando el trabajador inicie un procedimiento de tutela judicial o sus recursos previos, y en el mismo procedimiento, o en otro conexo o consecuencia del anterior, se le impusiera una multa o una sanción, si la multa o sanción impuesta estuviera tipificada en la norma concreta del procedimiento que se aplica, y siempre que la conducta que conlleva dicha sanción hubiera sido realizada por el trabajador, dicho perjuicio debe ser asumido éste.

Sin embargo, si la sanción impuesta no estuviese tipificada en norma alguna, estuviera tipificada para otro procedimiento, o aún estando tipificada en la norma aplicable al procedimiento, no estuviera subsumida en la conducta del trabajador, se vulneraría el principio de legalidad sancionadora, y con ello, y dada su relación con el ejercicio del derecho de tutela, la garantía de indemnidad (art 24 CE).

REQUISITOS DE LAS SANCIONES IMPUESTAS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE TUTELA

GARANTÍA DE INDEMNIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONADORA

1.-No se vulnera la garantía de indemnidad

a) Cuando la sanción impuesta viene regulada en el mismo procedimiento de tutela y la conducta sancionada se subsume en la conducta del trabajador, siempre que se respeten las garantías del procedimiento (práctica de la prueba, ausencia de indefensión y presunción de inocencia).

b) La apertura de un nuevo proceso disciplinario o sancionador distinto del procedimiento de tutela, que respete todas las garantías (art 25 CE), cuando la sanción esté tipificada en el procedimiento disciplinario o sancionador que se le instruye y se demuestre la participación en los hechos del trabajador.

2.- Se vulnera la garantía de indemnidad

a).- La imposición de una falta, multa o sanción no tipificada en norma alguna.

b).- La imposición de una falta disciplinaria, multa o sanción no tipificada en la norma o procedimiento concreto que se le aplica.

c).- La imposición de una falta, multa o sanción tipificada para un procedimiento diferente.

d).- Cuando se sancione una conducta no realizada por el trabajador.

2.3 PRUEBA INDICIARIA E INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

El art 24 CE reconoce el derecho en sede administrativa y judicial a la presunción de inocencia. Este derecho se traduce en que nadie puede ser condenado o sancionado sin pruebas de su culpabilidad, por más indicios que haya en su contra, y se produce indefensión si el proceso no goza de todas y cada una de las garantías legales, o si se priva de la utilización de todos los medios de prueba que se estimen necesarios para la defensa. Esto implica que nadie viene obligado a demostrar su inocencia mediante lo que se denomina "prueba diabólica". La carga de la prueba recae por tanto en la parte acusadora.

Pues bien, el carácter de derecho fundamental de la garantía de indemnidad conlleva una aplicación diferente del derecho a la presunción de inocencia del empresario. Cuando en un proceso laboral el trabajador denuncia que un despido o sanción en realidad encubre un acto de represalia, no recae sobre el trabajador la carga de la prueba de las intenciones de su empleador. Por el carácter fundamental del derecho a proteger, únicamente se exige la aportación de un indicio de represalia o discriminación, para, una vez apreciado el indicio por la juzgadora, y sin comprometer la presunción de inocencia de la empleadora, se traslade a ésta la carga de la prueba que acredite que su actuación no encubre una actitud vulneradora. Para ello se le exige una justificación objetiva, razonable y suficientemente probada, de que el acto empresarial responde a una motivación diferente de la represalia, así como la proporcionalidad entre las causas que provocaron la media y el perjuicio ocasionado **(art. 96.1 y art.181.2 LRJS)**.

Como ejemplo, podemos decir que, si un trabajador impugnase un despido o una sanción como un acto encubierto de represalia, no se exigirá al trabajador la prueba de la existencia de dicha represalia, sino únicamente la aportación de un **indicio** o

posibilidad de que dicho acto pudo deberse a un fin distinto al alegado, y que por tanto, pudo encubrir un acto de represalia, bastando, a modo de ejemplo, la existencia de una previa acción judicial del trabajador, una denuncia a la inspección de trabajo, la incorporación reciente a una candidatura sindical, etc.

La inversión de la carga de la prueba hacia el empresario le exige a éste la demostración de que el despido o la sanción en realidad no encubren un auténtico acto de represalia, debiendo para ello aportar una justificación objetiva, razonable y suficientemente probada de la medida adoptada, así como la proporcionalidad de ésta con respecto a las causas concretas que la provocaron.

Si no se probaran las causas que justifican la acción, así como si éstas, de existir, no fuesen proporcionales al acto empresarial o a los perjuicios ocasionados al trabajador, el órgano judicial apreciaría de forma automática la existencia de vulneración del derecho fundamental encubierta en la forma de despido o sanción.

Del mismo modo, la empleadora demostraría la ausencia de represalia demostrando la concurrencia de las causas alegadas para el despido o sanción.

PARTE II.- LA TUTELA DE LOS DDFF EN LAS DISTINTAS INSTANCIAS

Tema 3.- En la instancia

Tema 4.- En Suplicación. Supuestos

Tema 5.- En casación para unificación de doctrina. Sentencia de contraste para cada punto de contradicción

Tema 6.- En Amparo. Especial trascendencia constitucional

TEMA 3.- EN LA INSTANCIA

En el proceso especial de tutela no es preceptivo el acto de conciliación previa **(art 64 LRJS)** ni el agotamiento previo de la vía administrativa **(art 70 LRJS)**.

Ya en vía judicial, en la instancia no es preceptiva la asistencia de abogado ni de procurador. Así, el trabajador puede representarse así mismo, aunque también puede optar por estar representado por abogado o graduado social de su elección.

La defensa/representación en la instancia:

1.- por el propio trabajador
2.- Por abogado o graduado social de su elección
3.- Por el abogado del sindicato de afiliación.
4.- Por el abogado de oficio, previa solicitud

El trabajador también puede hacer uso del servicio jurídico de su propia organización sindical (art 20 LRJS) que incluirá la defensa en juicio de abogado gratuito tras unos meses de afiliación, pero no de procurador,. No obstante, como decimos, en el proceso social de Tutela de Derechos Fundamentales no es preceptiva la figura de procurador hasta la vía de amparo.

El trabajador también podrá solicitar la asistencia jurídica gratuita al colegio de abogados de su Comunidad en su condición de trabajador. Dicha solicitud suspende el plazo de caducidad e interrumpe el plazo para la presentación de la demanda.

Recordamos, que en virtud de la Ley 1/1996 de 10 de enero de asistencia Jurídica Gratuita, ésta no se reconoce únicamente a quien acredita insuficiencia de recursos para litigar (ex art 2.a) sino también a quien ostenta la condición de trabajador y actúa como tal, tanto en el orden social, como en el contencioso administrativo (ex art 2.d). La concesión de dicho reconocimiento perdura para todas las instancias judiciales, si se opta por recurrir.

Los requisitos de la demanda y el desarrollo del proceso vienen regulados en el Titulo II Modalidades Procesales Capítulo XI arts 177 a 184.

El plazo para presentar la demanda es el del acto sobre el que se concreta la lesión del derecho fundamental (art 179.2 LRJS), (si se impugna el despido como acto de represalia, el plazo sería el de la acción de despido, es decir, 20 días hábiles).

Se establece como contenido mínimo los datos personales de las partes, el derecho que se impugna vulnerado y una relación de los hechos y la pretensión concretada en el Suplico de la demanda, documentando expresamente los daños producidos y concretando la cuantía concreta de la indemnización solicitada para los daños y perjuicios producidos y los daños morales.

La sentencia resolverá la concurrencia o no de la vulneración alegada, y en su caso, la nulidad de la actuación empresarial, ordenando el cese inmediato de la conducta o el fin

del impedimento y dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión, así como la reparación de las consecuencias producidas, incluyendo la indemnización que procediera (art 182 LRJS).

3.1 Derecho a indemnización. (art 183 LRJS).

En caso de estimación de la demanda, la sentencia declarará la existencia de la vulneración, anulando el acto impugnado y ordenando en la forma que proceda la restitución del trabajador en la integridad del derecho, y estableciendo, en su caso, la correspondiente indemnización **(art 183 LRJS).**

Respecto a la indemnización, hay que considerar que de acuerdo al cambio de doctrina, la declaración de la existencia de vulneración ya no conlleva de forma automática la condena al pago de la correspondiente indemnización sino que debe apreciarse la concurrencia de daños y perjuicios vinculados al acto vulnerador. Para ello, la parte que desea el resarcimiento viene obligada a documentar los concretos daños y perjuicios ocasionados, y en su caso, los daños morales, así como a proceder a su cuantificación económica. Finalmente, el órgano judicial, debe estimar la concurrencia de dichos daños y entenderlos vinculados a la actuación empresarial.

REQUISITOS DE LA PETICIÓN DEL DERECHO A INDEMNIDACIÓN

1.- Concreta enumeración de cada perjuicio físico, psíquico, económico o de salud, y su justificación documental.

2.-La cuantificación económica subjetiva de cada perjuicio y el criterio seguido, de acuerdo a las cuantías de las dos siguientes nomas:

a) RD 8/2014 de 29 de octubre de responsabilidad y seguro de vehículos a motor. Tabla lesiones impeditivas. Lesiones no impeditivas. Se solicita la misma cantidad que la indemnización diaria correspondiente por bajas o por bajas o por lesiones no impeditivas (físicas o psíquicas).

b) RD 5/2000 de 5 de agosto. Ley de infracciones y sanciones en el orden social LISOS Se solicita como indemnización una cantidad comprendida en el intervalo de las sanciones por faltas leves, graves o muy graves, teniendo en cuenta la gravedad de la conducta empresarial.

3.- Cuantificación de daños morales, de forma separada de los daños y perjuicios, a criterio del demandante.

4.- La suma total de la indemnización solicitada, que se incluirá también en el suplico de la demanda.

Es sumamente importante señalar que no le corresponde al juez la cuantificación de los daños, por tanto, si éstos no vinieran cuantificados en la demanda, no se reconocerá el derecho a indemnización, a pesar de que la juzgadora apreciase la vulneración y de que se hayan constatado la existencia de perjuicios. Si finalmente la demanda fuera estimada, y en ella consta todo lo anterior, el juez condenará a la demandada al pago de la indemnización que estime más adecuada, dentro del margen solicitado.

TEMA 4. RECURSO DE SUPLICACIÓN.

El recurso de suplicación viene regulado en el Libro III "De los medios de impugnación", en su Título II, arts 190 a 204.

La defensa/representación en Suplicación:

1.- Por abogado o graduado social de su elección
2.- Por el abogado o Graduado Social del sindicato de afiliación.
3.- Por el abogado de oficio, previa solicitud

En el recurso de Suplicación ante el TSJ no interviene la figura del procurador. No obstante el trabajador no puede representarse a sí mismo, como ocurría en instancia, debiendo designar Abogado o Graduado Social.

El anuncio de la interposición del recurso de suplicación debe hacerse en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia de instancia, bien por el propio interesado, o por Abogado o Graduado Social (art 194 LRJS). No obstante la interposición del recurso debe realizarse por el Abogado o el Graduado Social designado.

El Secretario tendrá por anunciado el recurso y acordará poner los autos a disposición del Abogado o Graduado Social designado por el recurrente, concediendo un plazo de 10 días desde la notificación de la puesta a disposición para la interposición del recurso, con independencia del día en que efectivamente se examinen o retiren los autos. (Art 195.1 LRJS).

Hay que señalar que los recursos no vienen configurados como una segunda instancia por la que pueda enjuiciarse nuevamente el objeto del procedimiento, pues esto corresponde en exclusiva al juez a quo. De lo anterior deducimos que el recurso de suplicación no se configura como una nueva posibilidad para estimar la misma pretensión ya desestimada en la instancia sino que únicamente procede en determinados supuestos tasados:

MATERIAS DEL RECURSO DE SUPLICACIÓN

-Materias no susceptibles de recurso: (art 191 LRJS)
Así quedan excluidos del recurso de suplicación las materias reguladas en el art 191 LRJS, tales como impugnación de faltas leves o graves, vacaciones, materia electoral, clasificación profesional, movilidad geográfica y funcional, conciliación familiar, reclamaciones inferiores a 3000 € de cuantía.

-Materias recurribles en suplicación
son las de despido, otras formas de extinción del contrato, reclamaciones colectivas de trabajadores, prestaciones de la SS y grados de incapacidad, conflictos colectivos y por supuesto, la tutela de los derechos fundamentales objeto de este trabajo.

-El objeto del recurso de suplicación:

Dentro de las materias recurribles, la formalización del recurso debe tener por objeto alguno de los siguientes supuestos tasados:

OBJETO DEL RECURSO DE SUPLICACIÓN art 193 LRJS

a) **Reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión (art 193.a))**
b) **b) Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas (art 193.b))**
c) **c) Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia(art 193.c))**

Por tanto, en esta instancia ya no impugnamos la adecuación a derecho de los actos de la empleadora sino los de la juzgadora de instancia en la sentencia que recurrimos, por infracción de normas o garantías del procedimiento que nos han causado indefensión, por la ausencia en la declaración de hechos probados del documental aportado por la parte, que se considera necesaria para estructurar su pretensión, o porque el fallo se argumenta con infracción de normas o de jurisprudencia.

1,. Indefensión. Infracción de normas o garantías del procedimiento. (Art 193.a)

Encuadraríamos en este apartado la ausencia de fiscalización de la prueba, su inadmisión por parte de la juzgadora, siempre que hayamos mostrado oposición, o si el

fallo o resolución carece absolutamente de motivación, incurre en falta de motivación suficiente y exhaustiva, resuelve materia extra petita, etc.

La sentencia pudo desestimar la tutela sin argumento alguno o dar un argumento insuficiente para alcanzar su conclusión. En estos supuestos el derecho vulnerado es la tutela judicial efectiva, por cuanto no se obtiene una sentencia fundada en derecho con las debidas garantías.

No obstante, la eventual estimación del recurso basado exclusivamente en este apartado no estimaría las pretensiones iniciales del demandante, pues únicamente alcanza, como bien menciona el art 193.a), a reponer los autos al momento en que se hubo cometido la infracción, debiendo dictar nuevamente el juzgado de instancia una nueva resolución.

2.- Revisión de hechos probados (art 193.b)

A través de este apartado solicitamos a la Sala la revisión de los hechos declarados probados por el juez a quo o bien la adición de otros nuevos, en base a la documental o a la testifical aportada en instancia. Se exige a la demandante la redacción del texto definitivo del nuevo Hecho que se pretende añadir, numerado con el siguiente ordinal al último hecho probado, o la redacción del texto alternativo a un Hecho existente que se pretende modificar, con su mismo ordinal.

La solicitud de revisión de hechos probados en la demanda de Suplicación resulta imprescindible si no constan como hecho probado circunstancias o elementos de la prueba admitida en instancia que conforman nuestro objeto de impugnación, tanto para ésta como para sucesivas instancias. La declaración de hechos probados es competencia exclusiva de la juzgadora de instancia y por tanto, no podrán ser usados de nuevo como argumento de impugnación salvo que hayamos solicitado su revisión en la demanda de suplicación.

Supuesto práctico .-

-El 1-2-2016 D. Julián denuncia por escrito ante el delegado de prevención el incumplimiento de las medidas de seguridad en la empresa Congelados Polo Norte, cuya consecuencia es la presentación de una denuncia ante la inspección de trabajo el 06-02-2016.y la apertura de un acta de infracción.

-El 13 de febrero D. Julián es despedido por incumplimiento del horario.

-El 17-02-2016 El trabajador interpone demanda por despido junto a la Tutela de Derechos Fundamentales, solicitando el despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, al considerarse represaliado por su denuncia previa ante la inspección de trabajo, incorporando a la demanda la denuncia ante el delegado y ante la inspección, así como el horario del fichero de los meses de enero y febrero.

-El 05 de 10 de 2016 se dicta sentencia declarando el despido improcedente no apreciando la existencia de vulneración. No consta entre los catorce Hechos Probados la existencia de la denuncia ante la Inspección de trabajo. Tampoco consta que el fichero refleja un cumplimiento del horario de trabajo por parte del trabajador.

En tal supuesto, la demanda de Suplicación deberá solicitar la adición de un nuevo **HECHO PROBADO QUINCE** "D Julián denunció el 1-02-2016 al servicio de prevención el incumplimiento de normas de seguridad, de cuyo resultado se tramitó denuncia ante la Inspección de Trabajo el día 6-02-2016, abriéndose acta de infracción, y un nuevo **HECHO PROBADO DIECISEIS.-** "La lectura del fichero refleja un fichaje correcto de D. Julián los meses de enero y febrero de 2016" .

Tras la solicitud de la revisión, la Sala podrá declararlos probados, lo que posibilita su estudio como indicio de la alegada vulneración del derecho fundamental, a efectos de la consideración del despido declarado improcedente en instancia, como despido nulo, por vulneración de derechos fundamentales.

3.- Infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia (art 193.c)

En este apartado se incluye la impugnación de los argumentos que realiza la juzgadora de instancia contrarios a la constitución, a las leyes o a la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, Tribunal Supremo o Tribunal Constitucional, que le llevan a desestimar la demanda de instancia.

Ejemplo 1.- Garantía de indemnidad, como parte integrante de la Tutela Judicial

El recurso se interpondrá por vulneración de la doctrina y jurisprudencia sobre el Derecho Fundamental a la Tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad si la juzgadora de instancia:

1.-No reconoce la garantía de indemnidad como parte integrante de la tutela judicial.

2.- No aprecia vulnerada la garantía de indemnidad al no constatar dolo empresarial.

3.- Sólo aprecia vulneración de la garantía de indemnidad si hay represalia.

4.- Únicamente reconoce como represalia el despido.

Ejemplo 2. Principio de legalidad sancionadora.

1.- Si la juzgadora valida una sanción tipificada con posterioridad a su comisión.

2.- Si valida una sanción no tipificada en la norma.

3.-Si valida una sanción tipificada en una norma que no le es de aplicación.

4.-Si valida una sanción por el hecho de estar tipificada en la norma sancionadora que sí le es de aplicación pero para una conducta que no ha realizado el trabajador.

En estos dos ejemplos la demanda de suplicación se estructuraría en base al art 193.c) LRJS, por infracción de normas y de jurisprudencia, al vulnerar los arts 24 y 25 CE, respectivamente, y la doctrina unificada del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre el campo de aplicación de los respectivos derechos fundamentales.

TEMA 5 RECURSO DE CASACION PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.

La asistencia/representación en casacón para unificación de doctrina:

1.- Por abogado de su elección
2.- Por el abogado del sindicato de afiliación.
3.- Por el abogado de oficio, previa solicitud

En el recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo (arts 218 a 228 LRJS) tampoco interviene la figura del procurador. Y aunque a fecha de este trabajo, abril de 2017, se está negociando la intervención del graduado social, actualmente, el recurso de casación sólo puede interponerse mediante la figura de abogado.

Como mencionábamos para el recurso de Suplicación, el recurso de casación para unificación de doctrina no se configura como una tercera instancia que enjuicie nuevamente los hechos, sino que solo atiende determinados supuestos tasados. Nuevamente en esta fase no impugnamos la actuación de la empleadora sino la doctrina aplicada por la juzgadora de instancia y/o por la Sala del Tribunal Superior de Justicia recurridas, por la que nos desestimaban la pretensión, cuando dicha doctrina se separa de la doctrina de otros Tribunales Superiores de Justicia o Tribunal Supremo, o también, en procesos de Tutela de Derechos Fundamentales, de la doctrina del Tribunal Constitucional, de Acuerdos o Tratados internacionales sobre Derechos Humanos y Libertades fundamentales ratificados por España y de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art 219.2 LRJS). Así, el objeto de este recurso se basa en unificar la doctrina de los órganos judiciales que resulta contradictoria entre sí, en los que, concurriendo identidad fáctica o de situación, y hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, está siendo aplicada de forma diferente (art 219.1 LRJS). Así, deberá presentarse una sentencia de contraste, en la que concurra la identidad mencionada, para cada punto de contradicción alegado, en la que se haya llegado a un pronunciamiento distinto. El Tribunal deberá decidir sobre la identidad fáctica entre ambas sentencias, pudiendo aceptar diferencias que no rompan la contradicción.

La dificultad de encontrar sentencias de contraste sobre el mismo punto de contradicción, y en similares circunstancias, posibilita en muchos casos acudir directamente desde Suplicación a la vía de amparo, sin pasar por casación, y sin dejar consentida y firme por inatacada la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. En modo alguno podría prosperar en amparo una alegación por parte de la demandada de firmeza del proceso, basada en la viabilidad de la vía casacional, con la mera alegación de la existencia de sentencias de contraste, pues se exige para su viabilidad, y en fase de contestación de la demanda, la aportación de la concreta sentencia que debió haberse usado como contraste para el recurso de casación.

Fases del recurso:

1.- Escrito de preparación del recurso, (art 220 LRJs) Deberá remitirse en el plazo de 10 días desde la notificación de la sentencia que resuelve el recurso de Suplicación. Deberán identificarse una o varias sentencias firmes de contraste para cada punto de contradicción, de entre las que deberá elegirse una en el escrito de interposición.

2.- Interposición del recurso (art 223,224 LRJS) Preparado en tiempo y forma el recuso, el secretario judicial concederá un plazo de 15 días para la interposición del recurso. Sólo podrá invocarse una sola sentencia para cada punto de contradicción, que además deberá ser firme y deberá elegirse de entre las señaladas en el escrito de preparación. Se requiere a la parte adjuntar la certificación de firmeza de las sentencias de contraste, aunque de no hacerse, el defecto se subsana de oficio.

TEMA 6.- RECURSO DE AMPARO. Especial trascendencia constitucional.

La asistencia/representación en amparo:

1.- Por abogado y procurador de su elección
2.- Por el abogado del sindicato de afiliación y por procurador de oficio, previa solicitud.
3.- Por el abogado de oficio, y procurador de oficio, previa solicitud

En esta instancia, el Tribunal no fiscaliza la posible vulneración de nuestros derechos por parte de la empleadora, sino los vulnerados por la acción u omisión del órgano judicial cuya sentencia recurrimos. En amparo es preceptiva la figura de abogado y de procurador, de tal forma, que si ya teníamos reconocida la asistencia jurídica gratuita, se debe solicitar al Tribunal Constitucional la designación de abogado y procurador. Si no se hubiera solicitado con anterioridad la asistencia jurídica gratuita por estar representado por el servicio jurídico del sindicato de afiliación, deberemos solicitarla ahora, exclusivamente para procurador, pudiendo continuar con el mismo letrado del sindicato, previa certificación de gratuidad del servicio. También podremos solicitar la asistencia jurídica gratuita para ambos profesionales ahora por primera vez.

La petición de justicia gratuita para la via de amparo se regula en el Acuerdo de 18 de junio de 1996, del Pleno del TC, sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional. El procedimiento varía en función de la sede judicial y de si ya se tiene reconocida la asistencia jurídica gratuita, pero en síntesis consiste en un escrito dirigido al Tribunal con la petición del trabajador, por si mismo, por el que anuncia su deseo de interponer recurso de amparo, al que se adjuntará, en su caso, la copia de la solicitud de justicia gratuita, modelo oficial, que previamente habremos recogido en el Colegio de abogados y que habremos registrado en Decanato de nuestra Comunidad Autónoma. La solicitud se hará, como decíamos, al amparo, de nuestra condición de trabajador **(art 2.d) Ley 1/96 de 10 de enero)**, no siendo por tanto necesario acreditar la insuficiencia de recursos para litigar **(art 2.a)**. En dicho escrito dirigido al Tribunal solicitaremos la paralización del plazo de 30 días (art 42 LOTC) para interponer el recurso de amparo, hasta el reconocimiento o denegación de la asistencia jurídica

gratuita. Cumpliendo el requisito del propio acuerdo del TC, en el escrito debe hacerse una breve referencia al objeto de nuestra pretensión en vía de amparo.

El escrito por el que anunciamos la voluntad de interponer recurso de amparo se enviará por fax al Tribunal Constitucional para la paralización inmediata del plazo, al que adjuntaremos copia de la última sentencia y el acuse de la fecha de notificación. Ya con el plazo paralizado el día de la recepción del fax, posteriormente enviaremos por correo certificado el mismo escrito, solicitando copia sellada al funcionario de correos, al que adjuntaremos todas las resoluciones judiciales impugnadas y en su caso, la copia sellada en Decanato de la petición de justicia gratuita.(art 2 párrafo segundo del Acuerdo de 18 de junio de 1996 del Pleno del TC). Posteriormente se nos notificará, en su caso, el reconocimiento de asistencia gratuita, con la designación del concreto abogado y procurador, al que posteriormente se le emplazará por 20 días para interponer la demanda.

La especial trascendencia constitucional

El recurso de amparo debe superar el requisito de admisibilidad de la especial trascendencia constitucional, en virtud de la reforma de la LOTC de 2007. Por lo tanto, y por ser el requisito de admisibilidad, en el escrito de interposición de la demanda de amparo, el letrado deberá argumentar la especial trascendencia constitucional del recurso, en apartado separado, y de forma preferente a los argumentos sobre los derechos constitucionales que se alegan vulnerados. Dicha trascendencia se justificará, entre otros supuestos, por la negativa manifiesta de nuestro juzgado de instancia y Sala del TSJ a acatar la doctrina del TC, porque las sentencias que recurrimos incumplen la doctrina de otros TSJ o del Tribunal Supremo sobre el que no hay doctrina del Tribunal Constitucional, etc, dedicándole, como decimos, todo un apartado propio de la demanda de amparo a dicha trascendencia constitucional. También puede argumentarse que la

eventual estimación de la demanda ampliaría la faceta de protección de un determinado derecho fundamental, por lo que resulta de interés la admisión del recurso de amparo. Una vez superado el trámite de admisión de la demanda, se resolverá sobre la alegada vulneración.

ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

La Sentencia del Pleno del TC 155/2009, de 25 de junio, ha indicado como ejemplos de especial trascendencia constitucional los siguientes:

1.-(…) un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009 de 23 de marzo.

2.- un recurso que dé ocasión al TC para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de un proceso de reflexión interna, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE.

3.- Cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la Ley o de otra disposición de carácter general

4.- Si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley que el TC considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución.

5.- Cuando la doctrina del T sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros.

6.- En el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento a la doctrina del TC (art 5 LOPJ)

7.- Cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios".

Ejemplo 1 Trascendencia constitucional. Negativa manifiesta del deber de acatar la doctrina del TC.

A)- Negativa manifiesta a acatar la doctrina del TC sobre la garantía de indemnidad como parte integrante de la Tutela Judicial Efectiva, que incluye todo perjuicio relacionado directamente con el derecho al recurso, incluso en ausencia de dolo, incluyendo las sanciones económicas.

Alegada vulneración de la TJE en su vertiente de garantía de indemnidad al haber sido perjudicado por recurrir, impugnar o solicitar un derecho laboral, el órgano judicial limita el derecho de tutela judicial a las garantías del proceso judicial, no reconociendo la garantía de indemnidad como parte integrante del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, o reconociendo ésta, únicamente reconoce como perjuicio la represalia, o dentro de ésta, únicamente el despido, o no reconoce la ampliación de la garantía de indemnidad a los actos previos a la acción judicial.

B)-Negativa manifiesta a acatar la doctrina del TC sobre el principio de legalidad sancionadora, que exige además de su tipificación en la norma, su subsunción en la conducta del actor.

Alegada vulneración del principio de legalidad sancionadora al imponerse una sanción en base a una infracción no cometida, el órgano judicial no aprecia vulneración al justificar su imposición únicamente en que la falta y la sanción estén tipificadas en el régimen sancionador de la empresa, sin tener en cuenta que la conducta sancionable no se subsume en la conducta del trabajador.

Ejemplo 2 Trascendencia constitucional. Las sentencias impugnadas incumplen la doctrina del TS sobre el que no hay doctrina del TC.

A)-Falta de doctrina constitucional sobre el derecho de libertad sindical, crédito horario, plazo de preaviso.

Se solicita la tutela del derecho Fundamental de Libertad Sindical respecto al crédito horario, al haberse denegado una solicitud cuando se cumplía el plazo de preaviso. Sin embargo, la doctrina del Tribunal Supremo y de TSJ establece que dicho plazo no está sujeto a autorización, y que, existiendo un plazo de preaviso, solo una denegación por el incumplimiento de dicho plazo estaría justificada. Por el contrario, el órgano judicial entiende el crédito sindical sujeto a autorización empresarial, o autoriza su denegación en otros supuestos al del incumplimiento del plazo acordado de preaviso. Sin embargo no hay doctrina al respecto del Tribunal Constitucional por lo que concurriría en este supuesto la especial trascendencia constitucional del recurso.

Ejemplo 3. Trascendencia constitucional. La eventual estimación de la demanda ampliaría el campo o la faceta de protección de un derecho fundamental

La garantía de indemnidad se configura como el derecho a que del ejercicio de la acción de tutela judicial no puedan derivarse consecuencias perjudiciales. Hemos visto que la doctrina del TC incluye todo perjuicio, siempre que esté directamente relacionado con la interposición del recurso, incluso en ausencia de dolo empresarial, abarcando también las sanciones económicas, no sólo el despido. Pues bien, aunque la doctrina protege al trabajador de todo perjuicio, hasta la fecha, las concretas actuaciones empresariales utilizadas para ocasionar dicho perjuicio han sido **actuaciones directas del empresario**, utilizando su potestad organizativa (despido) o disciplinaria (expediente disciplinario) para encubrir lo que en realidad era una represalia.

No obstante, el empresario también podría utilizar otras actuaciones indirectas, si no pudiera o no le conviniera actuar de forma directa, también amparadas por la garantía de indemnidad, pues, como recordamos, protege todo perjuicio relacionado con el acto de recurrir.

Ejemplos de actuaciones indirectas del empresario para perjudicar al trabajador podrían ser aprovechar la notificación de una multa de tráfico al vehículo de la empresa para identificar como conductor al trabajador que se quiere represaliar, denunciar un robo inexistente o aprovechar uno real para acusar falsamente al trabajador, o la redacción de un informe falso elevado a la superioridad, cuando quien represalia es un órgano intermedio, el responsable de una delegación de la empresa principal o un órgano de una administración pública sin potestad de sanción.

Pues bien, en todos estos supuestos en los que la empleadora no actuara directamente contra el trabajador, pero que sí actuara de forma indirecta para provocar el mismo perjuicio, entendemos que también se conculca la garantía de indemnidad, pues ésta protege todo perjuicio por recurrir siempre que esté directamente relacionado con el ejercicio del recurso, resultando intrascendente la acción directa o indirecta del empresario.

La especial trascendencia constitucional se justifica en la ampliación del campo de protección de la garantía de indemnidad, también respecto a las actuaciones indirectas del empresario, cuando éstas igualmente provocan un perjuicio relacionado directamente con la acción previa de un recurso y se realizan con el mismo ánimo de represalia.

Hasta aquí nuestro estudio sobre el recurso de amparo.

Cabe señalar, sin embargo, respecto al requisito de especial trascendencia constitucional del recurso, que sin duda sirve para priorizar los recursos más relevantes en su adecuación a los recursos humanos y materiales del propio Tribunal, que no puede dar salida al 100% de las demandas que se le presentan. No obstante lo anterior, el reducido número de demandas admitidas hace difícil su conjugación con las garantías de las libertades y derechos fundamentales reconocidos en al art 53 CE, que configura el recurso de amparo como el medio de cualquier ciudadano para recabar en última instancia la tutela de libertades y los derechos fundamentales en un procedimiento preferente y sumario.

Con este recurso finalizan las instancias nacionales en nuestro recurrido para la Tutela de los Derechos Fundamentales, que ha sido el objeto del presente estudio.

No obstante lo anterior, y dados los requisitos de admisión del recurso de casación para unificación de doctrina y del recurso de amparo, pudiera ocurrir que sentencias de instancia o de suplicación que no se ajustan a la doctrina del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional no fueran corregidas por los respectivos Tribunales si no superasen los criterios de admisibilidad.

En estos supuestos, y aunque excede el ámbito nacional objeto del presente estudio, diremos que cabría recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recurso que tiene las siguientes características:

DEMANDA DE AMPARO ANTE EL THDH

- Nueva petición de asistencia jurídica gratuita, con nuevos requisitos.

-.El anuncio de interposición no requiere abogado ni procurador, aunque la interposición de la demanda sí que requiere ambos profesionales.

- El idioma será el inglés o uno de los oficiales del Tribunal, entre el que no se encuentra el castellano, por lo que la demanda y ulteriores trámites deberán ser traducidos.

- El objeto del procedimiento versa sobre el incumplimiento del articulado del convenio europeo de DDHH y de su jurisprudencia y no de la normativa y jurisprudencia del Estado miembro.

- Es requisito de admisibilidad haber agotado todos los recursos preceptivos en el Estado miembro y haber impugnado en ellos, o al menos en la vía de amparo, la vulneración del articulado del convenio de DDHH europeo o de su jurisprudencia, y no únicamente la normativa o jurisprudencia del Estado miembro

.

Por tanto, si en vía de amparo se desea mantener abierta la instancia europea, la demanda deberá hacer referencia expresa a los concretos artículos del convenio o de la jurisprudencia europea que entendemos vulnerados:

- La vulneración de la Tutela Judicial Efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad (art 24 CE) se correspondería con el "derecho a un recurso efectivo" del **art 13 del Convenio Europeo de DDHH**.

- La vulneración de la presunción de inocencia e indefensión en la imposición de una sanción sin trámite de audiencia o sin admitir los medios de prueba (art 24 CE) se correspondería con el "derecho a un proceso equitativo" del **art 6 del Convenio Europeo de DDHH**.

- La imposición de una sanción no tipificada para la conducta del trabajador, protegida por el derecho nacional bajo el principio de legalidad y tipicidad de las sanciones (art 25 CE) se correspondería con el derecho "no hay pena sin ley" del **art 7 del Convenio Europeo de DDHH.**

A modo de conclusión diremos que el presente estudio se basa en la protección de los derechos fundamentales en las respectivas instancias. No obstante, la doctrina de tales derechos unificada por el TS y establecida para los derechos fundamentales por el TC debe aplicarse a cada caso concreto por el juez a quo, no configurándose el recurso de Suplicación como un recurso ordinario o segunda instancia, salvo la revisión de hechos probados en Suplicación.

En todos los demás supuestos, salvo que se aprecie indefensión, para la viabilidad de las sucesivas instancias habrá que estarse a una incorrecta aplicación de la norma o doctrina por parte del órgano judicial, que salvo en el supuesto de Suplicación, se requerirá la superación de duros requisitos de admisibilidad.

De igual forma, la misma dificultad se atribuye al trabajador para conseguir revertir una sentencia desestimatoria en vía de recurso, que a la empleadora cuando la sentencia de instancia es favorable al trabajador, al enfrentarse la empleadora a los mismos duros requisitos de admisibilidad de los recursos extraordinarios, y al no configurarse éstos, a diferencia de los ordinarios, como una nueva instancia para revisar nuevamente los hechos, sino como recursos para la revisión de la sentencia.