

# 1 Jornada de Análisis Integral del Mobbing Ámbito Jurídico

Girona 25 Noviembre 2005

## ANALISIS DE LA SENTENCIA DE LA SALA SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MARZO 2004 Y ACOSO MORAL A 45 DIAS POR AÑO TRABAJADO:

por Gloria Poyatos Matas

### 1- INTRODUCCION:

Después de algunos años de espera, específicamente desde la sentencia de 3/4/1997, nuestro Alto Tribunal ha tenido, de nuevo, la oportunidad de pronunciarse, unificando doctrina, en torno a la compatibilidad de indemnizaciones en el orden social, específicamente por lo que respecta a la indemnización prevista en el art. 50.2º del ET., en remisión a la correspondiente para los despidos declarados improcedentes ex art. 56.1ª) del ET, y una indemnización paralela por daños y perjuicios amparada en el art. 1.101 de nuestro Código civil.

Dicha oportunidad judicial se ha pragmatizado a través de, la ya conocida, Sentencia dictada en Sala General por nuestro Tribunal Supremo (sala social) de fecha 11 de marzo de 2004 (Ponente Excmo.Sr.D. Juan Francisco García Sanchez), en recurso de casación para la unificación de Doctrina, acompañada de voto particular formulado por cuatro de los catorce magistrados de la Sala.

Mediante este trabajo se pretende, siempre con el máximo respeto hacia el criterio mantenido por la mayoría de los magistrados del tribunal Supremo, hacer un análisis crítico de la misma, a la vez que proponer algunas posibilidades jurídico-procesales que con amparo legal podrían utilizarse, para salvar mi defendida “compatibilidad” de indemnizaciones en el orden laboral, a tenor de una línea Doctrinal, cada día más secundada entre la doctrina más especializada.(1)

(1)-Entre otros, Cristobal Molina Navarrete. Catedrático de derecho del Trabajo y seguridad social de la Universidad de Jaén.

### 2- ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA:

Dicha sentencia viene a resolver el recurso de casación para la unificación de Doctrina que fue planteado por la empresa, (Caja Rural de Ciudad Real, Sociedad Cooperativa de Crédito), contra la sentencia dictada en procedimiento ordinario de reclamación de cantidad por la Sala Social del Tribunal Superior de justicia de Castilla-La Mancha de fecha 26 de junio de 2002. El iter cronológico de los hechos es el siguiente:

- El trabajador actor, instó en su momento la extinción de su contrato de trabajo, que lo vinculaba con la patronal demandada desde el 1/5/64, amparándose en el art. 50 ET, por existencia de un presunto trato vejatorio continuado ( art. 50.1º.c) ET), recayendo sentencia estimatoria de la pretensión planteada , decisión que fue confirmada por una posterior sentencia de la Sala social del T.S.J. de Castilla – La Mancha de fecha 11/9/97 , que ya había adquirido firmeza.
- Con posterioridad, mediante resolución de fecha 15-3-99, el recurrente fue declarado en situación de invalidez permanente Absoluta para toda clase de trabajo como consecuencia de padecer un trastorno depresivo melancólico.
- En fecha 14/6/00 este trabajador presenta nueva demanda en reclamación de derecho y cantidad de 40.000.000 pesetas por los daños y perjuicios causados en general por la actuación de la empleadora demandada .Por su parte la empresa presentó , a su vez, tenido conocimiento de lo anterior, una demanda solicitando que se declarara la inexistencia del derecho del trabajador a reclamar cantidad alguna en concepto de indemnización de daños y perjuicios demandas ambas que se acumularon, si bien la empresa desistió de la suya. La sentencia de instancia dictada por el juzgado de lo social num 3 de Ciudad Real, de 9 de febrero de 2001 desestimó la demanda del trabajador.
- Contra la citada sentencia, desestimatoria, se interpuso por parte del trabajador recurso de suplicación ante la Sala del TSJ de castilla La Mancha , que fue resuelto por Sentencia de dicha Sala de fecha 26 de Junio de 2002 (AS 2003\669), por la que estimándose parcialmente el recurso del trabajador se reconoce a éste y se condena a la empresa a abonarle la cantidad de 30.000 € en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados en su salud psíquica como consecuencia de la persecución laboral de la que fue objeto por parte de la empresa demandada . Es de resaltar como en el Fundamento de derecho cuarto de la sentencia, se pone énfasis en aclarar que la cuestión jurídica a debatir se cierce sobre el derecho del trabajador a obtener una indemnización de daños y perjuicios, no tanto por la situación en sí de “mobbing” o acoso aboral padecido y su repercusión moral, sino por los daños psíquicos efectivos, (no controvertidos), causantes de su actual situación invalidante. De este modo, recoge expresamente la citada sentencia:

*“...no es pues necesario entrar a discutir sobre la compatibilidad o no de ello con la indemnización por extinción del contrato de trabajo ya señalada judicialmente con anterioridad. Y ello es así toda vez que, con claridad, se solicita en la demanda una indemnización como consecuencia de los daños y perjuicios a su salud que le han sido causados por la empresa con su actitud de persecución, que mantiene que es lo que ha dado lugar a la calificación del recurrente como inmerso en una situación tenida como absolutamente invalidante con la consiguiente repercusión, tanto vital como laboral que ello comporta.”*

- Por último, la empresa contraataca jurídicamente, mediante la formalización de recurso de casación para la unificación de doctrina ante la sala social del Tribunal Supremo que es resuelto por la STS de 11 de marzo de 2004, causante del presente trabajo .  
En esta sentencia se decide unificar doctrina, admitiéndose como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1.997, procediéndose a tenor de los razonamientos jurídicos de esta sentencia a casar la sentencia recurrida anulando sus pronunciamientos, y resolviendo el debate jurídico en contra de las pretensiones del trabajador actor, según analizaremos más adelante.

#### 4- LA DUDOSA CONTRADICCIÓN ENTRE LAS SENTENCIAS DE CONTRASTE:

Se podría decir que nos hallamos ante el viejo debate jurídico-laboral de la compatibilidad entre la indemnización legal y tasada en el art. 50.2º del ET prevista en los supuestos de rescisión del contrato de trabajo a instancias del trabajador, (por graves incumplimientos, tasados legalmente o no, del empleador), y otra paralela a la anterior resarcitoria de daños y perjuicios en general. He optado por calificar de “general” la indemnización paralela ya que no se hacen excepciones en la fundamentación jurídica de la sentencia del TS de 11 de marzo de 2004 que impide taxativamente la posible acumulación de cualquier otra indemnización una vez generada la del art. 50 del ET.

La primera cuestión que debe resaltarse de esta sentencia es que viene a unificar doctrina teniendo en cuenta dos sentencias, en puridad, no “idénticas”, a saber:

- Por un lado , la Sentencia Recurrída , que es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2002, en la que se reclamaba una indemnización paralela compensatoria de los daños y perjuicios ocasionados a la salud del trabajador, (declarado inválido por dichas secuelas), por causa directa de la actuación incumplidora de la empresa. Es de resaltar que ya en el cuarto de los fundamentos jurídicos de esta sentencia se hace expresa referencia a que la indemnización no viene a reparar el daño moral sino “la perjudicada salud del trabajador”, aunque ciertamente a lo largo de la fundamentación jurídica de la resolución judicial se hace referencia a que la causa de las secuelas producidas en la salud del trabajador estriban en un claro acoso laboral continuado que a su vez sirvió de base a la rescisión contractual indemnizada a favor del trabajador .
- De otro lado, se usa como Sentencia de Contraste la dictada por el Tribunal Supremo también en recurso de casación para la unificación de doctrina de fecha 3 de abril de 1997, en la que se unificó doctrina casando la Sentencia del Tribunal superior de justicia del País Vasco de 11 de Julio de 1996 , que vino a reconocer el derecho de una trabajadora, que ya había obtenido previamente su resolución contractual indemnizada de acuerdo con el art. 50 del ET, a percibir otra indemnización paralela reparadora de “sus derechos constitucionales a su dignidad, honor , intimidad personal y familiar (art. 18.1º) y el derecho a la salud (art. 43.1º)”, recoge literalmente la sentencia que se cita.

Por tanto, no se puede hablar de una indemnización reparadora de idénticos bienes jurídicos, sino que posiblemente con el claro ánimo de evitar acabar “casada” ( como ha acontecido) , el Tribunal Superior de Castilla la Mancha justifica la procedencia de la indemnización como reparadora no tanto de la integridad moral del operario, sino de su salud (físico-psíquica). Es más, incluso hace referencia a las obligaciones empresariales –incumplidas- en materia de salud laboral y en definitiva a la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos laborales (art.14). A pesar de ello, y aún cuando los letrados en ejercicio sabemos de las dificultades de admisión por parte de nuestro Alto tribunal de recursos de unificación de Doctrina , en este caso el Tribunal Supremo apreció la identidad requerida en el art. 217 de la LPL entre ambas sentencias, quizás para adelantarse atajando, la “doctrina judicial” que nuestros magistrados y tribunales superiores de todas las Comunidades, con tanto esfuerzo y sensibilidad social, han abierto a través de sus sentencias acogedoras de este tipo de indemnizaciones denominadas “paralelas” o “complementarias”.

#### 5-LOS ARGUMENTOS Y CONTRA-ARGUMENTOS JURIDICOS PARA DESESTIMAR EL DERECHO A “LA INDEMNIZACION PARALELA”:

Resumidamente, los dos argumentos recogidos en la sentencia analizada para no permitir al trabajador acosado, la indemnización complementaria a la del art. 50 del Et, son sustancialmente los que se recogen a continuación junto con sus correspondientes “descargos” jurídicos, tan fundamentados en ley como los que se recogen en la Resolución judicial que voy a analizar con el máximo respeto hacia los magistrados de nuestro Alto Tribunal:

**-1º Argumento de la STS. 11 de marzo 2004 :** Que en el ámbito laboral , la indemnización se halla tasada por ley, siendo el art. 50 del ET una transcripción en el derecho laboral de lo preceptuado en el art. 1.124 del C.Civil. De este modo, en el momento en el que el trabajador opta por la rescisión contractual, renunciando, por ende, al cumplimiento en especie de la obligación, queda vinculado por la indemnización tasada por la norma laboral, (en el art. 50 del ET), cuya cuantificación es tasada y única , no dejándose al arbitrio del juzgador su fijación.

**-1º Contra-Argumento de la STS 11 de marzo de 2004:** La anterior argumentación sería válida para aquella persona que pueda ,libremente, ejercer su derecho optativo a las dos posibilidades previstas en el art. 1.124 del C.c., que se identifica, (a tenor de la sentencia), con la indemnización tasada prevista en el art. 50 del ET. Pero la realidad es que la víctima de un acoso moral agudo, lo suficientemente grave como para poder encajar en “cualquier otro incumplimiento grave” de los previstos en el art. 50.1º.c) del ET., no suele disponer de esa “Libertad de elección” del art. 1.124 del C.C. entre continuar en la prestación de sus servicios con derecho a una indemnización o solicitar la extinción del contrato con la correspondiente indemnización (tasada o no). Muy al contrario, la víctima de un acoso laboral continuado suele generar para el operario un cuadro fóbico hacia el foco del acoso que le desequilibra psicológicamente, esto es , el centro de trabajo, impidiéndole en la mayoría de los casos esa posible opción dual a la que hemos referido, ya que se halla en juego su integridad física y psicológica que entrarían en contradicción con la vuelta al trabajo , cuestión ésta que suele estar contraindicada por psiquiatras y psicólogos tratantes de este tipo de dolencias. (2)

(2)- “El acoso Moral en el trabajo”- de la psiquiatra DªMarie France Hirigoyen.

**-2º Argumento de la STS. 11 de marzo 2004:** En segundo lugar, y a los efectos de conciliar el contenido de esta sentencia con el de otras anteriores dictadas por nuestro Alto Tribunal en materia de despido Nulo con indemnización paralela, (específicamente la STS de 12 de Junio de 2001 -Recurso 3827/00-), se recogen en el Tercero de los fundamentos de derechos una serie de consideraciones. Dichas consideraciones, vienen a descartar la posibilidad de comparar el supuesto enjuiciado con el de la citada sentencia del TS de 12 de Junio de 2001, en la que se declaraba en el mismo fallo la nulidad del despido de un trabajador con condena a la empresa a abonar a éste una

indemnización de daños y perjuicios por ataque a derechos fundamentales que se amparaba en el art. 180 LPL.

En la sentencia que analizamos, se hace hincapié en la diferencia de las “indemnizaciones” ya que, según recoge, en la sentencia de despido nulo “...*se mantenía incólume la relación laboral...*”, lo cual no sucede si se opta por ejercitar la rescisión del art. 50 del ET.

- 2º Contra-Argumento de la STS 11 de marzo de 2004: La contradicción del anterior argumento judicial se hallaría en el Capítulo XI de la Ley de procedimiento Laboral, donde se regula desde el art. 175 al 182 inclusive, el procedimiento especial de tutela de derechos de libertad sindical y otros derechos fundamentales, donde no se excepciona el derecho a la indemnización reparadora de cualquier ataque a derechos fundamentales ( con inclusión del art. 15 de la CE.), prevista en el art. 180 de la LPL , para aquellos casos en los que se haya ejercitado la resolución contractual del art. 50 del ET.

Y es claro que no existe tal incompatibilidad entre la indemnización del art. 50 del ET y otra paralela por ataque a derechos fundamentales, ya que nos hallamos ante bienes jurídicos protegidos muy diferentes .En el art. 50 del ET, se indemniza al trabajador por la pérdida del empleo, e imposibilidad de cumplimiento contractual por causa imputable a la empresa. Y en el art. 180 de la LPL, mediante la indemnización se pretende reparar la conculcación de uno o varios derechos constitucionales fundamentales del trabajador afectado. Así pues, es claro que se trata de bienes jurídicos independientes generadores de indemnizaciones reparadoras también independientes, que son compatibles entre sí , siendo buen ejemplo de ello la sentencia citada del TS de 12 de Junio de 2001 .No debe olvidarse que de no haber sido posible la readmisión del trabajador despedido, (mediante “despido Nulo”), podría haberse acabado con la indemnización idéntica a la del art. 50 del ET, a tenor de lo previsto en el art. 277 de la LPL, en ejecución de sentencia de despido. Pues bien, en tal caso , es claro que este trabajador también habría podido solicitar la indemnización paralela a la que fue condenada la empresa en la misma sentencia , sin que fuese privado de ésta por el hecho de haberse visto obligado a rescindir su contrato, de nuevo, por causa imputable a la empresa .

En definitiva , en el supuesto analizado en la sentencia , el amparo de la indemnización paralela a la automática del art. 50 del ET, se sustenta en la violación de, al menos, dos derechos fundamentales: art. 14 CE ( derecho a la igualdad) y el art. 15 de la CE ( derecho a la integridad física y moral), en combinación con lo dispuesto en el art. 180 de la LPL, no siendo requisito indispensable, (aunque si muy recomendable), la utilización del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, más ventajoso procesalmente para el trabajador, para denunciar ataque de derechos fundamentales y su reparación económica.

## 6-“LA TASADA INDEMNIZACIÓN LABORAL” DE LA SENTENCIA DE 11/3/04 Y ESTRATEGIAS JURIDICO-PROCESALES , EN MATERIA DE “ACOSO LABORAL”, PARA SU SUPERACION :

En definitiva, mediante esta sentencia del TS. de 11 de marzo de 2004, se viene a afirmar que en la indemnización prevista en la ley laboral, que es tasada como se ha dicho, quedan incluidos todos los posibles incumplimientos empresariales a efectos de indemnización reclamable por la vía laboral.

Y ello , no deja de ser una incongruencia jurídica generadora de un claro enriquecimiento injusto de aquel empleador que practica acoso moral con el grado de perversidad que tal actuación requiere , respecto de otro empleador que, por ejemplo, simplemente se limita a incumplir otras obligaciones laborales sin una malignidad añadida ni la producción consecuente, de secuelas psicológicas para el trabajador .

Lo cierto es, que a partir de ahora, y hasta tanto sea superado el criterio sentado en esta sentencia, los letrados

tendremos que meditar en torno a algunas fórmulas jurídico-procesales que nos permitan la mejor y más justa defensa de los trabajadores víctimas de un acoso moral continuado.

Y uno de los principales problemas en este tipo de pleitos es que en numerosas ocasiones el sujeto pasivo de un acoso moral se encuentra ya en una fase aguda de desequilibrio psicológico producido directamente por la actuación del acosador (o psicoterrorista), y no siempre es recomendable para su salud, la permanencia en el foco de los ataques, esto es, su puesto de trabajo. De hecho, es por este motivo por el que la primera de las acciones a presentar en casos de acoso moral severo, es la de resolución contractual amparada en el art. 50 del ET. consiguiéndose mediante este procedimiento especial y urgente la evitación de la prestación de servicios. Cuestión ésta que deberá postergarse, si se pretende la tan dificultosa “indemnización complementaria”.

Ante tal situación, el letrado debe tomar la mejor decisión jurídica para su cliente, intentando compatibilizar la indemnización complementaria con el derecho del trabajador a no seguir siendo atacado, degradado, vejado y erosionado psicológicamente, y ello intentando salvar la indemnización del art. 50 del ET, a poder ser.

Las posibilidades jurídico-procesales en estos casos, ante el actual criterio del Tribunal Supremo ya descrito, podrían ser varias:

a)- **PRIMERA OPCION:** Una posibilidad consiste en solicitar de la empresa una excedencia voluntaria (por plazo no menor a dos años ni superior a cinco), mediante una comunicación explicativa en la que se recoja como única y exclusiva causa amparadora de la solicitud de la excedencia la del acoso moral, y ante tal petición la respuesta de la empresa ha de ser positiva en su otorgamiento, por ser un derecho del trabajador, siempre que se reúnan los requisitos legales (art. 46 ET) y en su caso, también convencionales.

En tal situación, la relación laboral no se extingue sino que queda suspendida, capacitando por tanto, al operario excedente para instar desde tal situación, la indemnización de daños y perjuicios que corresponda por ataque a derechos fundamentales (art. 15 CE). Una vez obtenida la correspondiente indemnización de daños y perjuicios amparada en el art. 180 LPL, podrá plantearse el operario antes de finalizar su situación de excedencia voluntaria, solicitar, por fin, la resolución indemnizada de

su contrato de trabajo al amparo del art. 50 .1º del ET, sin necesidad de seguir prestando servicios laborales durante la sustanciación del proceso ya que la excedencia suspende las obligaciones recíprocas de la relación laboral. La parte negativa de esta posibilidad es que el trabajador no se hallaría en ninguna de las situaciones legales por desempleo, y obviamente, tampoco percibiría salario alguno de la empresa en tal situación.

La sentencia dictada por el TSJ de Catalunya de fecha 10 de febrero de 2003 (Sentencia num.883/2003 –Rollo num. 8321/2002) que ya ha adquirido firmeza tras el AUTO de inadmisión de Recurso de Casación para la unificación de Doctrina dictado por el Tribunal Supremo de fecha 19 de enero de 2004 (Recurso Num. 1891/2003) es, no sólo pionera sino, también paradigmática de tal solución, en la que la trabajadora insta a la resolución laboral indemnizada desde una excedencia voluntaria. Obviamente entre la fundamentación jurídica de la empresa recurrente, que fue condenada en la instancia, se hallaba, como no, la de la incompatibilidad del ejercicio de la acción resolutoria desde la posición de excedente (art 46.5º en relación con el 50 del ET), que fue desestimada por la Sala al entender que una vez demostrada la existencia del acoso moral que sustenta la acción, procede la calificación de excepcionalidad de la situación, y por ende, sigue recogiendo literalmente la sentencia :

“... la aplicación de la doctrina jurisprudencial que permite que el trabajador pueda cesar prematuramente en la prestación de servicios, esto es a interrumpir éstos sin que ello pueda permitir la extinción de la relación laboral por dimisión, abandono o ausencias injustificadas del mismo .y aparecerá así el mencionado derecho en supuestos que deben calificarse de como de excepcionales y que, al hilo de la precisa concurrencia de las causas previstas en el art. 50 del ET, deberá manifestarse en casos en que la continuidad en el desempeño de la actividad laboral deviene insoportable para el trabajador, dificultando extraordinariamente la convivencia laboral, en supuestos de malos tratos verbales y físicos ( al respecto se ha pronunciado recientemente la sentencia del TSJ de Andalucía Andalucía/Sevilla de 15/2/99), o en los casos en los que concurren circunstancias que impliquen una manifiesta ilegalidad o peligrosidad para con el trabajador, esto es, un atentado notorio a su dignidad . A este respecto la Sentencia del TS de 18/9/89 - y en similar sentido STS de 18/7/90- pudo señalar que en supuestos en que el incumplimiento contractual del empresario que motiva y justifica la voluntad resolutoria del trabajador se manifiesta en el impago total de salarios o en términos que perjudican su dignidad, integridad física o formación profesional o cualesquiera otros también excepcionales que generen situación insoportable, puede el mismo instar dicha resolución sin necesidad de mantenerse en su puesto de trabajo, pues tal conducta empresarial justifica una suspensión, e incluso interrupción de la relación laboral. Y esta perspectiva legal de interpretación del art.50 del ET, puede, incluso, trasladarse al plano constitucional como muy recientemente ha podido destacar el Tribunal constitucional en sentencia de diciembre de 2002 (STC 225/02 de 9 de diciembre).En dicha sentencia el TC ampara a un periodista que, tras un significativo cambio de la línea ideológica editorial del periódico en que prestaba servicios el mismo, comunica a la empresa la

extinción de su relación laboral y solicita posteriormente en sede judicial el reconocimiento de su derecho a una indemnización al amparo del art.50 del ET .Los tribunales del orden social habíamos descartado la procedencia de dicha indemnización alegando la previa extinción de la relación laboral del trabajador .La cuestión se suscita, dirá el Tribunal, remite a “... si la extinción causal del contrato con indemnización por voluntad del profesional de la información, que es la modalidad del derecho a la cláusula de conciencia que ahora importa, puede provocarse por la mera decisión de aquel en una autotutela inmediata, aunque después haya de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la indemnización, o si, por el contrario, es preciso mantener viva la relación laboral, permaneciendo en el puesto de trabajo en el momento de formular la demanda y mientras se sustancia el proceso “...para la resolución de dicha cuestión, concluirá, “tendrá que partirse de la protección constitucional de toda decisión del periodista que resulte proporcionada y razonablemente inspirada en un propósito de preservación de su independencia para el desempeño de la función profesional informativa y si no fuera de este modo, los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho, no resultarían real, concreta y efectivamente garantizados “.

Así la cuestión relativa a la posibilidad de una dimisión previa, con posterior reclamación judicial de la indemnización, “... no es sólo una cuestión procedimental o accesoria sino que afecta decisivamente al contenido del derecho, tal como deriva de los caracteres que la doctrina constitucional le viene reconociendo”.

Lo así dicho por el TC en relación a la protección de un derecho fundamental como el que aplica en dicha sentencia no parece que pueda encontrar dificultades de aplicación cuando se trata del reconocimiento y protección de otros derechos fundamentales que, sin duda, mantienen la misma sino mayor importancia, como resulta en relación al derecho a la integridad física y moral a que se refiere el art. 15 de la CE.

- *...Así y en el caso analizado en el que el contrato laboral se encuentra simplemente en suspenso a consecuencia de la petición de excedencia formulada por la trabajadora, ninguna dificultad habría para considerar dicho supuesto como uno de los considerados excepcionales y aún cuando la trabajadora hubiera decidido la extinción de su relación laboral...” (3)*

(3)-Pàgs 249 ss. “Mobbing:Análisis multidisciplinar y estrategia legal” JF .Escudero y G.Poyatos . Editorial Bosch-2004

b) – **SEGUNDA OPCION:** Una Segunda posibilidad es establecer un orden de prelación en el ejercicio de las acciones de indemnización de daños y perjuicios paralela y la indemnización tasada del art. 50 del ET. Y respecto a la evitación de la prestación de servicios laborales, entiendo, que tanto en la acción de tutela a derechos fundamentales como en la de rescisión contractual del art. 50 del ET, es factible solicitar judicialmente, y con anterioridad a la celebración del juicio, como medida cautelar, la suspensión de la prestación de servicios, con amparo en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), artículos 721 y siguientes (4), cuya aplicación supletoria procede, ante la escasa regulación de este tipo de medidas en nuestra Ley de Procedimiento laboral (5), conforme a las cuales, en casos de acoso moral, podrá solicitarse, (siempre que se aporte algún indicio probatorio), la exención del trabajador afectado de cumplir con su obligación de prestar servicios laborales, sin perder por ello su derecho a ser remunerado con cargo a la empresa. El procedimiento a seguir sería, semejante al previsto en el art. 178 de la LPL, en este caso pensado para medidas de carácter sindical.

Así pues estos artículos de la LEC amparan, en cuanto al fondo, la solicitud de la medida cautelar de no acudir al centro de trabajo hasta tanto exista sentencia judicial del litigio, pero por lo que respecta a la forma en la que el magistrado laboral ha de resolver sobre esta cuestión previa a la celebración del juicio, debemos estar a lo previsto en los apartados 2º y 3º del artículo 178 de la Ley de Procedimiento Laboral, que previene que; una vez solicitada la adopción de medidas cautelares, el Juez, dentro del día siguiente a la admisión de la demanda o del escrito interesando las medidas, citará a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el día y hora que se señale dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, comparezcan a una audiencia preliminar, en la que sólo se admitirán alegaciones y pruebas sobre las medidas cautelares solicitadas, debiendo el órgano judicial resolver en el acto mediante auto dictado de viva voz, que habría de resolver también sobre la idoneidad y suficiencia de una eventual caución, adoptando, en su caso, las medidas oportunas para reparar la situación. Por lo que respecta a la caución prevista en el art.727 de la LEC no sería aplicable en el ámbito laboral, en virtud del beneficio de justicia gratuita del que disfruta el trabajador.

(4)- Concretamente la Ley de Enjuiciamiento Civil, en las disposiciones generales de las medidas cautelares establece:

**Art. 721. Necesaria instancia de parte.**

1. Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.

2. Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales. Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas.

**Art. 723. Competencia.**

1. Será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal.
2. Para conocer de las solicitudes relativas a medidas cautelares que se formulen durante la sustanciación de la segunda instancia o de un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos.

**Art. 726. Características de las medidas cautelares.**

1. El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características:
  - 1ª Ser **exclusivamente conducente** a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.
  - 2ª **No ser susceptible de sustitución** por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.
2. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.

**Art. 727. Medidas cautelares específicas.**

Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

- 1ª El embargo preventivo de bienes, ...
- 2ª La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, ...
- 3ª El depósito de cosa mueble, ...
- 4ª La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga.
- 5ª La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.
- 6ª Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.
- 7ª La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo ..
- 11ª Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.

**Art. 728. Peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución.**

1. Sólo podrán acordarse medidas cautelares **si quien las solicita justifica**, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adaptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.  
No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar **situaciones de hecho consentidas** por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.
2. El solicitante de medidas cautelares también **habrá de presentar** los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios.
3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá **prestar caución suficiente para responder**, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.  
El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.  
La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 529.

**(5)- Arts 78 y 79 del TRLPL “Medidas Precautorias”**

c) – **TERCERA OPCION:** La última de las opciones, en la línea anterior, y también la más aventurada, sería la de “dimitir voluntariamente” de la empresa y con posterioridad presentar demanda en materia de tutela de derechos fundamentales al amparo del art 175 y ss. LPLy renunciando a la del art. 50 del ET por tanto; y en el “petitum”, cuantificar una indemnización en la que se incluyese además del daño moral, psíquico-físico y patrimonial, también el producido por la pérdida del empleo pudiendo usarse de parámetro cuantificador de este último, la posibilidad prevista en el art. 50.2º en relación con el 56 sendos del ET.

Obviamente en este caso, quedaría descartado el derecho del operario a “salario de tramitación” alguno, tras el citado cese “voluntario”, si bien cabría plantearse la posibilidad de incluirlo también en concepto de indemnización de daños y perjuicios. También es obvio que en este caso, el trabajador instante quedaría impedido legalmente para solicitar prestaciones por desempleo, al haber finalizado su relación laboral por causa aparentemente imputable a él mismo. No obstante cabría aquí la posibilidad de impugnar la negativa de abono por parte del INEM, si la causa es exclusivamente la del cese voluntario del trabajador, pero también podríamos plantearnos la inclusión, en la

indemnización de daños y perjuicios reclamada, de las prestaciones por desempleo que hubieran podido corresponder al trabajador.

## 7- OTROS CRITERIOS JUDICIALES EN MATERIA DE COMPATIBILIDAD DE INDEMNIZACIONES :

Afortunadamente, existen otras sentencias, (aunque no dictadas en casación para la unificación de doctrina), que sí se muestran expresamente favorables al derecho a compatibilizar indemnizaciones en el ámbito laboral. Este criterio flexible y más acorde con la realidad, ya ha venido siendo acogido por alguna Sala “valiente”, como es el caso de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 15 de julio de 2002 (AS 2881/ 2002), dictada


en materia de resolución de contrato al amparo del art. 50 del ET acumulada con tutela a derechos fundamentales por acoso sexual, pero perfectamente aplicable al moral, en la que, se estima de forma paralela no sólo el derecho de la trabajadora acosada a ver resuelta su relación laboral con derecho a la indemnización tasada en el art. 50.2º en relación al art. 56 del ET, sino también una indemnización paralela reparadora del daño añadido: moral, psíquico y patrimonial ocasionado a esta trabajadora debido a los graves incumplimientos de la empresa acosadora.

Es destacable como esta sentencia se hace eco, a su vez, de la ya citada del TS de fecha 12 de junio de 2001, y de otra, también del tribunal Supremo de fecha 23 de marzo de 2000, en la que literalmente se razonaba:

*«Tampoco es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite».*

Interesante nos resulta, de igual modo, la argumentación de esta sentencia en torno a la inadmisión de la alegación, de incompatibilidad entre indemnizaciones, efectuada por la empresa recurrente, que a continuación transcribimos:

*“...Finalmente, denuncia la parte recurrente la infracción del artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) en relación a los artículos 1101 y 1124 del Código Civil (LEG 1889, 27), negando, con cita de distintas Sentencias, que la indemnización por daños morales sea compatible con la indemnización por la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador.*

*Ya se ha adelantado, al examinar la supuesta infracción del artículo 27.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y la doctrina emanada de las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2000 y 12 de junio de 2001, que la indemnización por la extinción del contrato de trabajo es compatible con la reparación de los daños producidos como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales. En efecto, a pesar del carácter tasado de la indemnización por la extinción del contrato de trabajo a causa del incumplimiento empresarial, cabe además reclamar por los perjuicios adicionales existentes, cuando, como en el presente caso, existen dos daños perfectamente diferenciados: la pérdida del empleo que es resarcida por la indemnización del artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores y el trastorno mixto de ansiedad y depresión que motivó una baja laboral de 447 días. La indemnización por la pérdida del empleo no guarda relación alguna con el daño, pues sólo tiene en cuenta para su cálculo el salario y los años de prestación de servicios. De ahí, que en supuestos de  y/o moral, debe mantenerse la*

*compatibilidad de indemnizaciones, pues los perjuicios sufridos pueden exceder claramente -como en el presente caso- de la indemnización tasada legalmente por el cese en el trabajo. Y puesto que la parte recurrente no cuestiona las concretas cantidades establecidas en la Sentencia de instancia en concepto de indemnización por los daños materiales, físicos y morales padecidos por la demandante, el motivo ha de ser desestimado...*”

En la línea de esta brillante sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de justicia de Catalunya, se encuentra la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de abril de 1.998 (Ar. 1337/1998), que supone una ruptura con la clásica doctrina del Tribunal Supremo. Se trata de un supuesto en el que una reportera de TVE fue desplazada a la corresponsalía de Londres y, encontrándose en tal ciudad, fue despedida improcedentemente, según se declaró mediante

sentencia, optando la empresa por el abono de la indemnización tasada laboralmente de 45 días de salario por año trabajado. Pero posteriormente la reportera interpuso una nueva acción en reclamación de daños y perjuicios, donde alegó que la empresa la había desplazado a Londres por periodo pactado por escrito de 2 años, prorrogables. Con base en tal expectativa, la trabajadora suscribió un contrato de arrendamiento por un periodo inicial de un año, y como consecuencia del despido improcedente se vio obligada a abandonar la vivienda antes del plazo de ocupación convenido perdiendo el depósito de 322.725 Ptas. Efectuado en garantía del cumplimiento del contrato de arrendamiento, cantidad ésta que fue reclamada en este segundo procedimiento ordinario. Pues bien, la Sala del TSJ de Madrid entendió procedente tal reclamación por cuanto “...*el daño o perjuicio causado guarda conexión directa con el cese ilícito e intempestivo en el contrato de trabajo...*”, igualmente en cuanto al fondo se declaró que:

*“...La indemnización abonada y los salarios de tramitación, constituyen indemnización por la extinción de la relación laboral >existente. Pero no compensan el daño y perjuicio causado a la actora en sus obligaciones contraídas, con causa u origen, en el despliegue previsible y razonable en el contrato de trabajo”.*

## 8- CONCLUSIONES: ACOSO MORAL A 45 DÍAS POR AÑO TRABAJADO?

Mediante este trabajo se ha pretendido “diseccionar” jurídicamente la Sentencia de 11 de marzo de 2004, analizarla y aportar algunos criterios a veces diferentes y otras veces contrarios a su fundamentación jurídica.

También se ha pretendido dar algunas posibles soluciones prácticas a los letrados en ejercicio para poder salvar la ya “clandestina” compatibilidad de indemnizaciones en el ámbito laboral, simultaneando tal defensa, con los intereses de los clientes acosados moralmente, y la defensa de su integridad psíquica (y en su caso también física), que colisiona frontalmente con la prestación de los servicios laborales.

Y se ha pretendido, salvar en la medida de lo posible, la continuidad de la “compatibilidad”, a través de nuevas acciones judiciales que no cejen en el empeño de abrir nuevos caminos en los criterios judiciales que marcan

la jurisprudencia de nuestro país, posiblemente con apoyo de algunos de los magistrados del Tribunal Supremo que suscribieron el Voto particular que se recoge al final de la sentencia causante de este trabajo.

Se ha pretendido, en fin, no caer en el derrotismo jurídico, intentando abrir otras expectativas para impedir que las empresas puedan caer en la tentación de practicar perversamente acoso laboral con la tranquilidad que puede dar hacerlo a 45 días por año trabajado prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un

año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

**Organiza:**



SEDI SEM



C.C.O.O. Sector de Girona

Gabinet Jurídic Girona



**Colabora:**



**gencat**  
www.gencat.net