

**MARÍA TERESA IGARTUA MIRO**

Profesora contratada doctora  
Universidad de Sevilla

## La compatibilidad de indemnizaciones por resolución causal del contrato de trabajo y por daños y perjuicios: reflexiones para un debate

**SUMARIO:** I. Consideraciones previas. II. La extinción ex art. 50 ET y la tasa legal de la indemnización. 1. Cuando la solución extintiva deviene la única posible. 2. La tasa legal de indemnizaciones. III. La incompatibilidad de indemnizaciones: una aproximación a la postura del TS. IV. Razones de legalidad y constitucionalidad para una defensa de la compatibilidad de indemnizaciones. 1. La distinta naturaleza de los daños causados por la conducta empresarial. 2. La tutela de los derechos fundamentales vulnerados. 3. El incumplimiento del deber de protección del empresario. V. Sobre la compatibilidad de indemnizaciones: la problemática en el plano procesal. 1. La prohibición de acumulación de acciones. 2. La reclamación dentro del proceso de extinción de una indemnización por vulneración de los derechos fundamentales (ex art. 180 LPL). VI. Sobre la prueba y acreditación del daño sufrido por el trabajador. 1. La inexigibilidad de daños psicológicos efectivamente producidos. 2. Sobre la necesidad de acreditar el daño. En especial, sobre las especialidades de esta prueba al tratarse de daños morales.

### **I. CONSIDERACIONES PREVIAS**

Una ojeada a cualquier repertorio o base de datos de jurisprudencia al uso nos arroja un incremento constante del número de resoluciones judiciales de los Tribunales del Orden Social dedicadas a conocer temas relacionados con las reclamaciones de daños y perjuicios esgrimidas por los trabajadores contra los empresarios. Este

dato objetivo y fácilmente constatable es espectacular en aquellas materias relacionadas con los bienes más trascendentales de la persona como su vida, su salud e integridad física, vulnerados como consecuencia de los accidentes o enfermedades sufridos con el trabajador o, en manifestaciones más recientes, relacionadas de manera indubitada con el propio art. 15 de la Constitución Española (derecho a la integridad física y moral), tales como el acoso moral en el trabajo, tema este último cuya litigiosidad, como es sobradamente conocido, también se ha disparado en los últimos tiempos<sup>1</sup>. Aunque, sin duda, no son los únicos. Pues bien, resulta patente que de ciertas cuestiones se ha ocupado tradicionalmente la Jurisdicción Civil —sobradamente conocido es el todavía latente conflicto de competencias entre este Orden y el Social en materia de accidentes de trabajo— pero en la actualidad dan muchísimo trabajo a los jueces y magistrados del Orden Social que, sin embargo, se encuentran con problemas mal resueltos en la legislación positiva y, con mucha frecuencia con el espinoso tema de la compatibilidad-independencia de indemnizaciones, aspectos que hay que relacionar con el conocido principio civilista de la reparación íntegra del daño. No pretendemos ocuparnos de este tema en relación con los accidentes de trabajo, puesto que esta cuestión ya ha centrado nuestro interés en otras ocasiones y porque, además, mal que bien, el legislador laboral hace referencia expresa a la compatibilidad de indemnizaciones, aspecto que ha sido objeto de atención por el Tribunal Supremo que ha sentado una doctrina que, aunque bastante criticada y no aceptada de buen grado por un sector doctrinal, en el que nos incluimos, se ha instalado por ahora de manera estable en nuestras vidas, a la espera quizás de una reforma legal que aclare, simplifique, uniforme y coordine el espinoso asunto de las responsabilidades empresariales en materia preventiva<sup>2</sup>.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento encontramos otros supuestos donde subyace una problemática similar; esto es, la necesidad de

<sup>1</sup> La doctrina se cuestiona el porqué de este incremento notable del número de demandas sobre mobbing en nuestros juzgados y lo relaciona con el cambio en la mentalidad de la sociedad que hoy tolera menos comportamientos que han existido siempre y con ciudadanos mucho más concientes de sus derechos, vid. más ampliamente, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales», *Tribunal Social* n.º 178, 2005, p. 7.

<sup>2</sup> Permítasenos remitir esta temática a anteriores trabajos, entre ellos, «Reflexiones sobre la actual problemática (sustantiva y procesal) derivada de la concurrencia de responsabilidades en materia preventiva», *Revista Alcor de mgo* n.º 1, 2004, pp. 77 ss.; «El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Viejos problemas, nuevas soluciones a la luz de una «cambiante» doctrina jurisprudencial», *Actualidad Laboral* 2001-3, pp. 731 ss.

dar satisfacción a los intereses del trabajador que reclama la reparación íntegra de los daños que se le han ocasionado sin que exista, siquiera, una previsión expresa que posibilite dicha actuación. A mayor dificultad, la solución en tales supuestos se encuentra con un escollo importante representado por las regulaciones explícitas de indemnizaciones tasadas que reparan de manera objetiva el daño con independencia de su alcance. De esta forma, el Orden Social de la Jurisdicción, en especial los Tribunales Superiores de Justicia, aunque no faltan algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo, se encuentra con la necesidad de hacer frente a una pesada losa como es la «tasa legal» de las indemnizaciones en materia de extinción del contrato que, en línea de principio, parece excluir cualquier exceso de indemnización solicitado por el trabajador.

Estas reclamaciones de indemnizaciones adicionales o complementarias por parte de los trabajadores se están produciendo tanto en supuestos de despido como de extinción del contrato por voluntad del trabajador basada en el incumplimiento empresarial de sus obligaciones. En el primer caso, es cierto que el Tribunal Supremo<sup>3</sup> se pronunció en su día acerca de la posibilidad de acumular la indemnización de daños y perjuicios en relación al despido nulo con vulneración de derechos fundamentales, tesis firmemente arraigada y compartida casi unánimemente por la doctrina laboral<sup>4</sup>, que además está perfectamente acompañada con los dictados del Tribunal Constitucional que sostiene que en los procesos de despido derivados de una lesión de un derecho fundamental se debe permitir reclamar el correspondiente resarcimiento. Básicamente son dos las afirmaciones cruciales del pronunciamiento judicial: la primera, que en este ámbito el art. 182 LPL<sup>5</sup> desplaza al art. 27.2 del mismo texto legal y permite que, en el pleito específicamente previsto para resolver la pretensión derivada de la extinción del contrato, el juez también conozca lo relativo a la presunta violación de un derecho fundamental, ya que otra interpretación obligaría al trabajador a

<sup>3</sup> STS 12 junio 2001 (RJ 5931).

<sup>4</sup> «Parece, por tanto, que en los despidos nulos por lesión de los derechos fundamentales se ha roto con el principio de indemnización tasada», DESDENTADO BONETE, Aurelio y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 113; puede verse AGRA VIFORCOS, Beatriz, «La reclamación en el marco de un proceso de despido, de la indemnización correspondiente por la lesión a un derecho fundamental [Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001 (RJ 2001, 5931)]», *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 114, 2002, en especial su valoración positiva de la sentencia en p. 955.

<sup>5</sup> Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE 11 abril).

emprender otro proceso distinto. La segunda se produce cuando des-  
carta que «la única consecuencia legal del despido discriminatorio  
haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues  
puede haber daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha  
de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de  
salarios de trámite».

Ahora bien, no existe un pronunciamiento que alcance igual con-  
clusión en relación a los despidos improcedentes ni a la extinción ex  
art. 50.1 ET, a instancias, como es sabido, del trabajador que se ve  
obligado a solicitar judicialmente la resolución del contrato de tra-  
bajo por incumplimientos contractuales del empresario. Pues bien,  
es en esta sede donde el número de sentencias analizadas es más  
importante en especial en aquellos supuestos en que el comporta-  
miento empresarial motivador de la reacción del trabajador puede  
enmarcarse en el género del *mobbing* o acoso moral en el trabajo.  
Por tanto, gran parte de las reflexiones que ahora se inician van a  
estar relacionadas con esta temática que en tiempos recientes ha  
merecido ríos de tinta por parte de los juristas del trabajo, que se  
unen a la ingente cantidad de estudios dedicados al mismo en el  
campo de la psicología o la medicina. Ello no significa que preten-  
damos, ni mucho menos, abordar aspectos tales como la configura-  
ción jurídica del acoso, ni sus requisitos, esbozados de manera más  
o menos clara y constante por la doctrina judicial, ni siquiera las dis-  
tintas vías de reacción que se ofrecen al trabajador, sino más con-  
cretamente el problema subsiguiente de los efectos indemnizatorios  
de la conducta empresarial<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> La bibliografía jurídica sobre el tema es ya abundante, entre otros, puede verse AGRA VIFORCOS, Beatriz, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto y TASCÓN RODRÍGUEZ, Rodrigo, «Reflexiones al hilo de la jurisprudencia sobre el hostigamiento psicológico en el trabajo (*mobbing*)», *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 115, 2003, pp. 111 ss.; COLLA-DO, Luis, «Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (*mobbing*). Diferencias con otras figuras», en AA.VV. (Dir. AGUSTI JULIA, Jordi) *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y de Seguridad Social, Cuadernos de Derecho Judicial XII-2004*, pp. 49 ss.; LUELMO MILLAN, Miguel A., «Acoso moral o *mobbing*. Nuevas perspectivas sobre el tratamiento jurídico de un tema intemporal de actualidad», *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 115, 2003, pp. 5 ss.; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización», *Aranzadi Social* n.º 18, 2002; PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «El acoso moral...», *op. cit.*, pp. 7 ss.; RIVAS VALLEJO, M. Pilar, *Violencia psicológica en el trabajo: su tratamiento en la jurisprudencia. Estudio, jurisprudencia y formularios*, Thomsom-Civitas, Navarra, 2005; ROMERO RODENAS, M. José, *Protección frente al acoso en el trabajo*, Bomarzo, Madrid, 2004; RUIZ DEL CASTILLO, M. del Mar, «La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual», *Relaciones Laborales 2004-I*, pp. 469 ss.; SERRANO OLIVARES, Raquel, *El acoso moral en el trabajo*, CES, Madrid, 2005.

Para terminar, quisiéramos hacer una última reflexión que justi-  
fica nuestro interés por el tema de análisis escogido. Qué duda cabe  
que no es demasiado difícil establecer una relación bastante direc-  
ta, como hace buena parte de la doctrina laboral, entre el *mobbing*  
y la política preventiva en la empresa y, en concreto, con la obliga-  
ción general de seguridad que pesa sobre el empresario ex art. 14  
LPRL<sup>7</sup> y concordantes. Esta vía, sin duda, nos podría llevar a una  
perfecta compatibilidad de indemnizaciones siempre que el traba-  
jador alegue un accidente de trabajo<sup>8</sup>, enfermedad profesional<sup>9</sup> o  
daño derivado del trabajo. Ahora bien, entendemos que la necesidad  
de alcanzar un criterio general que permita al trabajador ver resar-  
cidos los daños al margen de los dictados de la LPRL es fundamen-  
tal por varios motivos.

El primero de ellos, porque en sede judicial todavía no está  
extendido el concepto recogido en la LPRL de daños derivados del  
trabajo y, en muchas ocasiones, el daño causado al trabajador no  
será encajable en los conceptos de accidente de trabajo o enferme-  
dad profesional. Hay que tener en cuenta que no todas las personas  
responden de la misma manera, y no toda víctima de acoso va a  
desarrollar una patología, pero ello no impide que haya sufrido  
daños de cualquier otro género. En segundo lugar, porque aunque  
la práctica aplicativa demuestra que la mayor parte de los procesos  
extintivos ex art. 50.1 ET en la actualidad se relacionan con con-  
ductas de acoso, esta realidad puede cambiar en un futuro y, por  
tanto, hallarnos ante otro género de comportamiento que nada  
tenga que ver con aquel deber genérico de protección en materia de  
prevención de riesgos laborales. En tercer lugar, porque la clarísima  
implicación de derechos fundamentales cuando de acoso moral se  
habla hace no sólo interesante sino casi exigido analizar la protec-  
ción del trabajador dentro de los cauces propios de tutela de aque-  
llos derechos.

<sup>7</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE 10 de noviembre). Por todos, vid. AGRA VIFORCOS, Beatriz et altri, «Reflexiones al hilo...», *op. cit.*, p. 125.

<sup>8</sup> Sobre la posibilidad de encajar las lesiones acreditadamente derivadas del acoso moral en el concepto de accidente laboral siempre y cuando quede establecido y acreditado el nexo causal entre el proceso patológico y la prestación de servicios, de modo tal que se demuestre que aquél (el acoso) ha sido el factor desencadenante del accidente, por todos, LUELMO MILLAN, Miguel Angel, «Acoso moral...», *op. cit.*, p. 18.

<sup>9</sup> En el estado actual de la cuestión y a falta de la aprobación de la nueva lista de enfermedades profesionales esta opción es claramente imposible, no obstante, cabe propugnar su carácter de enfermedad del trabajo, reconducible en su régimen jurídico al accidente de trabajo (art. 115.2 e) LGSS), en esta línea, entre otros, AGRA VIFORCOS, Beatriz et altri, «Reflexiones al hilo...», *op. cit.*, p. 131.

## II. LA EXTINCIÓN EX ART. 50 ET Y LA TASA-LEGAL DE LA INDEMNIZACIÓN

### 1. Cuando la solución extintiva deviene la única posible

Si bien no pretendemos realizar un análisis exhaustivo acerca del art. 50 ET<sup>10</sup>, sí vemos conveniente hacer algún tipo de consideración previa. En realidad, como es bien sabido, el mencionado precepto legal reconoce al trabajador la facultad de solicitar la extinción de su contrato de trabajo en vía judicial ante determinados incumplimientos graves del empresario, definidos con notable amplitud. Pues bien, tradicionalmente viene denominándose a esta figura extinción causal o extinción por voluntad del trabajador. Y es, precisamente, en esa nota de la voluntariedad en la que pretendemos incidir, en la medida en que quizás sería conveniente distinguir aquellos supuestos en que el trabajador opta más o menos libremente por esta vía, frente a otras de tutela posibles, de aquellos en que el trabajador se ve absolutamente compelido o forzado a la extinción contractual<sup>11</sup>, en tanto que la continuación de la prestación de servicios tras los acontecimientos ocurridos se hace particularmente gravosa, puesto que se han producido violaciones importantes de derechos fundamentales de máximo nivel, léase la dignidad de la persona, su integridad física o moral, su intimidad y otros análogos. En este sentido, seguramente éste es un factor de ponderación importante a la hora de resolver el problema que ahora nos ocupa puesto que se ve impedido a adoptar una decisión que, tal y como está el mercado de trabajo, puede resultar dramática, perder su puesto de trabajo, comen-

<sup>10</sup> Puede verse, NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, «Extinción del contrato por voluntad del trabajador (en torno al artículo 50)», en *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 100, 2000, *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, pp. 1063 ss.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, Carolina, *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Navarra, 2001; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, pp. 129 ss.

<sup>11</sup> La doctrina hace hincapié en el problema que supone, en tales casos, que el trabajador se vea obligado a mantener la relación laboral en una situación insoportable incluso después de haber obtenido una sentencia favorable en la instancia y sobre las posibilidades de solucionar este problema vía «autotutela inmediata» representada por las posibilidades «excepcionales» abiertas al abandono unilateral por parte del trabajador, suspensión cautelar de la prestación de servicios o ejecución provisional de la sentencia extintiva vid. AGUSTI MARGALL, Joan, «El tratamiento en el proceso laboral de los riesgos psicosociales: la experiencia del acoso moral. Puntos críticos», en AA.VV. (AGUSTI JULIA, Jordi, Dir) *Riesgos psicosociales...*, op. cit., pp. 400 ss.; VIQUEIRA PÉREZ, Carmen, «Sobre la necesidad de que el trabajador continúe en la prestación de trabajo hasta que adquiera firmeza la sentencia estimatoria de la acción resolutoria ex art. 50 ET, Análisis de Jurisprudencia del TS», *Revista de Derecho Social* n.º 4, 1998, pp. 147 ss.

zar la búsqueda de uno nuevo y todo lo que esto conlleva y así sucesivamente y, en realidad, no ha tenido más opción que ésta dado que la vuelta al trabajo resulta impensable y, por tanto, debe renunciar a otro tipo de tutela, como sería la «omnicomprensiva» brindada por el art. 180 LPL en aplicación del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales<sup>12</sup>.

Este aspecto no ha pasado del todo desapercibido y la argumentación contenida en algún pronunciamiento judicial<sup>13</sup> pone el acento en las diferencias que existen, a la hora de optar por la vía del art. 50 ET, entre los distintos derechos fundamentales vulnerados. En el caso enjuiciado se trataba de una discriminación salarial por ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de hijos y el Tribunal viene a sostener que se trata de una conducta ilícita que da lugar a la acción ex art. 50 ET, «pero que podía haber sido corregida mediante el ejercicio de la correspondiente acción de tutela del aludido derecho fundamental, manteniéndose la relación laboral y condenando al empresario a cesar en la conducta discriminatoria» y ello en la medida en que «no afecta a ninguno de los derechos fundamentales protegidos por los artículos 15, 16, 17 y 18 de la Constitución, es decir, los relativos a la integridad física y psíquica y a la intimidad y el honor de las personas y el ejercicio de las libertades que les son inherentes, en cuyo caso es evidente que no les cabe a los trabajadores más opción que la de extinguir la relación».

Seguramente en nuestro ordenamiento faltan soluciones alternativas a la extinción, que permitan al trabajador la continuidad de la prestación laboral y una tutela realmente efectiva. Vía de la extinción que

<sup>12</sup> En este sentido, no se puede desterrar que los trabajadores recurran a otro tipo de tutela, en aplicación incluso del 1124 Cc, optando por el cumplimiento empresarial de sus obligaciones y la indemnización correspondiente sin necesidad de instar la extinción indemnizada, pero esto se dará únicamente cuando «el trabajador en modo alguno quería ver extinguido su contrato de trabajo», entre otras cosas, porque no se han vulnerado el tipo de bienes de que hemos hablado ni se han dado conductas aberrantes que impidan moralmente al trabajador reincorporarse a su puesto, vid. las referencias a la pionera STSJ Galicia 10 abril 1991 (A/2409) en MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «Dignidad del trabajador y acoso moral», en AA.VV. (Coords. BORRAJO DACRUZ, Efrén, RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M. y SALA FRANCO, Tomás) *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, MTAS, La Ley-Actualidad, Madrid, 2003. vid. sobre la opción del trabajador por la extinción del contrato o por instar judicialmente el cumplimiento de las obligaciones contractuales, con la correspondiente indemnización de daños, la STSJ La Rioja 12 diciembre 1996 (AS 4053).

<sup>13</sup> GIL ALBURQUERQUE, Román, «Matizaciones en torno a la compatibilidad de la indemnización por daños derivados de la vulneración de un derecho fundamental, y la indemnización por extinción causal del contrato de trabajo» (Comentario a la Sentencia n.º 211/2002 de 3 de abril de 2002 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), *Revista de Derecho Social* n.º 18 (2002), p. 216.

se viene admitiendo también en algunas sentencias y por la doctrina aunque la empresa no sea la autora del acoso si lo ha consentido<sup>14</sup> o, al menos, si conociéndolo se mantiene una actitud pasiva y se abstiene de intervenir. No obstante, a veces los Tribunales son demasiado estrictos requiriendo la denuncia previa del trabajador y exigiendo únicamente medidas de tipo reactivo, cuando es patente que de las normas preventivas contenidas en la LPRL se pueden extraer obligaciones en clave puramente preventiva<sup>15</sup>. Ocurre, no obstante, que normalmente cuando el trabajador se atreve a denunciar ya se ha llegado a un estado de deterioro tal de la relación laboral, incluso, a veces, de su estado anímico y psíquico que resulta muy difícil si no imposible, la vuelta atrás. Realmente, también en ocasiones será difícil convencer al propio trabajador de que la condena judicial al empresario a cesar en su comportamiento y a reponer, en la medida de lo posible, las cosas al estado anterior a los ataques o vejaciones, incluso a través del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales, va a ser garantía de que no va a seguir siendo acosado en un futuro próximo. Estos condicionantes llevan a pensar que, al menos de momento, ante muchos de estos comportamientos vejatorios, encajables o no en la definición jurídica del acoso<sup>16</sup>, la única respuesta viable sigue siendo la extinción. Y en atención a ello, entendemos que la opción legítima del trabajador de utilizar esta vía no debiera, en ningún caso, suponer para el mismo la privación de su derecho a la reparación íntegra de todos los daños sufridos a consecuencia de la conducta empresarial.

## 2. La tasa legal de indemnizaciones

Huelga casi señalar, pues es sobradamente conocido, que en nuestro ordenamiento jurídico laboral rige un sistema de tasa legal de las indemnizaciones por despido, de forma que se evita la discrecionalidad judicial a la hora de concretar la indemnización cuyo importe fijo viene predeterminado en la norma legal. De esta forma, como ha afirmado con acierto la doctrina, prescinde de los factores concretos de daño y no guarda una relación directa con el perjuicio real pro-

<sup>14</sup> RIVAS VALLEJO, M. Pilar, *Violencia psicológica en el trabajo...*, op. cit., p. 70; SERRANO OLIVARES, Raquel, *El acoso moral...*, op. cit., p. 158; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, «El acoso moral...», op. cit., p. 13.

<sup>15</sup> En esta línea, vid. SERRANO OLIVARES, Raquel, *El acoso moral...*, op. cit., p. 163.

<sup>16</sup> Coincidimos con quien sostiene que se puede desestimar la existencia de mobbing y estimarse la resolución del contrato por el ejercicio abusivo o el trato vejatorio, aun sin el plus de lesividad que caracteriza al acoso moral (reiteración, duración en el tiempo), vid. SERRANO OLIVARES, Raquel, *El acoso moral...*, op. cit., pp. 155-6.

ducido<sup>17</sup>, aspecto que, en línea de principio, tiende a facilitar las cosas al trabajador que viene exonerado de la acreditación de los perjuicios realmente sufridos<sup>18</sup>. Ahora bien, si es fácil coincidir con lo anterior es preciso centrar la atención en un aspecto que también se ha señalado con anterioridad y que no es otro que resaltar que dicha indemnización tiene exclusivamente la función de «resarcir la pérdida del empleo»<sup>19</sup>. Con mayor corrección, se ha venido a afirmar que la indemnización (tasada) resarciría con carácter exclusivo y excluyente todos los perjuicios causados por la ruptura del vínculo laboral, incluidos los daños morales y materiales estrictamente imputables a la pérdida del puesto de trabajo<sup>20</sup>. Ahora bien, si estas afirmaciones vetarían la posibilidad de reclamar cantidades adicionales que reparen los mismos daños —cualquier perjuicio derivado de la extinción— quedan fuera de su cobertura perjuicios diferentes que han de ser, en su caso, acreditados por el propio trabajador que reclama la extinción. Pero sobre esto habremos de incidir *infra*.

En esta misma línea, se viene sosteniendo que «...parece lógico considerar que la remisión del art. 50.2 a la indemnización tasada en el art. 56 ET lo sería solamente respecto de la cuantía, sin que pueda considerarse que con ello se estima aplicable un sistema indemnizatorio en el que se tasan todos los daños derivados de la ruptura culpable del contrato propio del despido improcedente»<sup>21</sup>. Un dato que

<sup>17</sup> DESDENTADO BONETE, Aurelio y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, «Despido y jurisprudencia...», op. cit., p. 102. vid. en este sentido, igualmente, ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1990, p. 25 quien habla de indemnización tasada «sin posibilidad alguna de que el juez pueda valorar en cada caso los daños y perjuicios sufridos ni fijar, por consiguiente, ni superior ni inferior cantidad que la establecida rígidamente por la ley».

<sup>18</sup> Entre otros, vid. SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTIN MAZZUCONI, Carolina, *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, p. 89. Tradicionalmente se ha sostenido que la tasada tiene «un efecto de absorción sobre cualquier indemnización que el trabajador reclamase fundada en los mismos hechos que han servido de base para la estimación de la acción resolutoria», RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *La voluntad del trabajador...*, op. cit., p. 222.

<sup>19</sup> DESDENTADO BONETE, Aurelio y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, *Despido y jurisprudencia...*, op. cit., p. 102. No obstante, existen posiciones doctrinales que no dudan que los daños patrimoniales, incluso los morales provocados por toda situación que obligue al trabajador a abandonar su puesto de trabajo, sin garantía de encontrar otro, están recogidos, guste, más o menos, en la indemnización legal, pero ello no conlleva pensar que el legislador ha querido cerrar definitivamente cualquier reclamación de daños a la salud, física o psíquica, vid. en este sentido MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La compatibilidad de indemnizaciones por «acoso moral» cuando el trabajador resuelve su contrato: una cuestión aún pendiente de unificación de doctrina», *Revista de Derecho Social* n.º 26, 2004, p. 155.

<sup>20</sup> AGUSTI MARAGALL, Joan, «El tratamiento en el proceso laboral...», op. cit., p. 415.

<sup>21</sup> MARTÍNEZ FONS, Daniel, «La incompatibilidad de la indemnización establecida en el art. 50 ET con cualquiera otra indemnización de resarcimiento de los eventuales daños causa-

nos resulta trascendente a estos efectos es la fórmula de cálculo utilizada para fijar la indemnización tasada que descansa exclusivamente en el salario y los años de prestación de servicios, aspecto resaltado también por la STSJ Cataluña 15 julio 2002<sup>22</sup>.

Un planteamiento similar hace otro sector doctrinal que propone distinguir dos niveles o planos distintos, de forma que, «una cosa es que la indemnización esté tasada en su cuantía respecto a un determinado tipo de daño ocasionado y otra cosa distinta es que tal indemnización «tasada» deba ser necesariamente única»<sup>23</sup>. Es más, no es dudoso que existen daños que no han sido tomados en cuenta por un legislador que se ha limitado a tasar el coste de la extinción en circunstancias ordinarias<sup>24</sup>.

En esta misma línea argumental, aunque aislados, no faltan pronunciamientos judiciales que rechazan con acierto, por ejemplo, la fijación de cuantía indemnizatoria alguna por la imposibilidad de encontrar un nuevo empleo en un plazo de tres años puesto que este daño queda resarcido por la indemnización tasada que precisamente cubre la pérdida del puesto de trabajo, a lo que viene a añadir que la profesión de la actora es una de las más demandadas en el mercado laboral<sup>25</sup> —dato que ya seguramente resulta intrascendente—. Sin duda, el precepto estatutario no ha contemplado la posibilidad de que el acto extintivo sea «pluriofensivo», esto es, que la pérdida del empleo genere daños en otros valores e intereses del trabajador que no fueron tenidos en cuenta en la baremación encubierta introducida por el ET, de forma que estos otros daños complementarios no tasados podrían acreditarse<sup>26</sup>. En conclusión, podríamos coincidir con

dos por la conducta del empleador. Comentario de la STS de 11 de marzo de 2004 (RJ 3401)», en <http://www.upf.edu/012005/art06.htm>, p. 4.

<sup>22</sup> AS 2881.

<sup>23</sup> SERRANO OLIVARES, Raquel, *El acoso moral...*, op. cit., p. 176.

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, «Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo», *Revista de Derecho Social* n.º 29 (2005), p. 62.

<sup>25</sup> En este sentido, vid. STSJ Madrid 21 octubre 2003 (AS 453). También la doctrina, aunque admite la compatibilidad rechaza, por ejemplo, que se pueda reclamar el lucro cesante derivado de la pérdida del empleo, vid. SERRANO OLIVARES, Raquel, *El acoso moral...*, op. cit., p. 184. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan J., y TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, «Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que se discriminaba por razón de sexo», *La Ley* 2000-6, D-204, p. 1951.

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, «Indemnizaciones tasadas...», op. cit., p. 69, autora que realiza una completa argumentación para demostrar que estamos ante un modelo de tasación parcial de las indemnizaciones extintivas, de forma que no se ha implantado del todo un sistema en el que el resarcimiento integral del daño subsiguiente al despido esté proscrito y en todos los casos, p. 58. En la misma línea, vid. SÁNCHEZ CASTILLO, Mercedes, «Indemnización por vulneración de un derecho fundamental e indemnización por extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador: dos conceptos compatibles» (Comentario a la

quien sostiene que la tasa legal de la indemnización «no conduce inexorablemente, ni formal ni mucho menos materialmente, a considerar que respeta el principio jurídico de reparación *in integrum*»<sup>27</sup>.

No obstante, no ignoramos que el TS ha mantenido insistentemente que existe una presunción —*iuris et de iure*— de la existencia y alcance del perjuicio, de forma que las normas laborales que establecen indemnizaciones por despido tienen en cuenta ya todos los posibles perjuicios que de dicha extinción derivan para quien la sufre, tanto patrimoniales como extramatrimoniales, de donde se extrae que «los eventuales perjuicios adicionales que pudieran concurrir no son resarcibles»<sup>28</sup>. Aspecto al que ahora nos referiremos con más detalle.

Un sector doctrinal propone, para acabar con los problemas que plantea la tasa de la indemnización y la tesis de la incompatibilidad, modificaciones legales, así la del art. 50.2 ET en orden a reconocer al trabajador afectado el derecho a optar entre la indemnización legal tasada, o bien una indemnización por los daños y perjuicios efectivamente originados con el incumplimiento empresarial, previa demostración de los mismos por parte de aquél, pudiéndose incluir también los daños por lucro cesante derivados de la pérdida del empleo<sup>29</sup>. Ahora bien, esta propuesta hay que enmarcarla en un amplio debate doctrinal acerca de la necesidad o no, de introducir cambios normativos en esta materia, a fin de lograr una adecuada tutela del mobbing en todos los ámbitos, preventiva y reparadora, pues mientras algunos autores consideran que nuestro ordenamiento jurídico brinda las soluciones necesarias para atajar el problema, sin que exista necesidad alguna de dictar normas ni de reformar preceptos legales en relación a esta materia<sup>30</sup>, otros proponen modifica-

Sentencia n.º 388/2001 de 15 de octubre de 2001 del Juzgado de lo Social n.º 31 de Madrid), *Revista de Derecho Social* n.º 16 (2001), p. 193, para quien en actos lesivos como el despido o la extinción causal del contrato de trabajo por incumplimiento grave del empresario, aparte de la pérdida de trabajo, han podido producirse al trabajador otros daños, tanto materiales como morales, con entidad real.

<sup>27</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La compatibilidad de indemnizaciones...», op. cit., p. 153; vid. asimismo, su defensa de la compatibilidad de indemnizaciones en su trabajo «La tutela frente a la violencia moral...», op. cit., pp. 78 ss.

<sup>28</sup> Vid. SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, Carolina, *La indemnización de daños...*, op. cit., p. 92, con abundante cita de Sentencias.

<sup>29</sup> SERRANO OLIVARES, Raquel, *El acoso moral...*, op. cit., pp. 187-8. Para RUIZ DEL CASTILLO, M. del Mar, «La vertiente jurídica...», op. cit., p. 478 «no hubiera estado de más una corrección del art. 50 ET», a efectos de paliar el silencio absoluto del ET frente al acoso, aunque está claro que la jurisprudencia viene cubriendo de modo más o menos acertada a este problema.

<sup>30</sup> MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «Dignidad del trabajador...», op. cit., pp. 95-96 y 102.

ciones legislativas de mayor o menor calado<sup>31</sup>, incluso algunos se muestran muy críticos con la reforma operada en el año 2003 que se centra en el *mobbing* con causa discriminatoria, que se considera inapropiada por incompleta e insuficiente y porque además disocia y diversifica el tratamiento jurídico del acoso moral en el trabajo<sup>32</sup>.

Seguramente es cierto que con ciertos esfuerzos interpretativos no es imposible hallar instrumentos jurídicos que brinden tutela al trabajador pero en algunas ocasiones el esfuerzo es más bien titánico. Así, por poner sólo un ejemplo, la inclusión del acoso moral en el art. 14 LPRL es más o menos factible habida cuenta la amplitud de la formulación legal<sup>33</sup>, lo que supondría las correspondientes obligaciones (ex art. 15 y ss. LPRL) de evitar, evaluar, planificar, combatir en origen y adoptar todas las medidas que de la evaluación de riesgos resulten necesarias. No obstante, se podría haber aprovechado la última reforma<sup>34</sup> para incluir, de algún modo, una referencia específica a este tipo de riesgos, por supuesto incluidos en el concepto de salud utilizado por la norma, pero quizás exigido por el auge y la dimensión que está cobrando este problema. A lo mejor no estamos más que esperando a ver si en realidad se materializan los vientos de reforma que parecen azotar a la normativa comunitaria, pues en este ámbito se habla de modificar la Directiva Marco, de la que la LPRL trae su origen o, incluso, de la elaboración de una nueva. De todas formas, tampoco faltan las interrogantes en relación con el traslado automático de determinadas medidas de prevención previstas en la norma a unos riesgos de tan diferente origen y manifestación como los psicosociales, pero, en definitiva, de la LPRL, surgen con meridiana claridad unas pautas para la tutela preventiva de con-

<sup>31</sup> Vid. las exigencias de reforma que, en base sobre todo a la proposición no de Ley sobre el derecho a no sufrir acoso en el trabajo, presentada en su momento por el partido socialista, propone RUIZ DEL CASTILLO, M. del Mar, «La vertiente jurídica...», *op. cit.*, pp. 479 ss., aunque en p. 505 afirma que «nuestro ordenamiento jurídico, sin reforma alguna, dispone de medios más que suficientes para responder y reprimir de forma contundente las situaciones de acoso laboral, menos si se trata de prevenir dicho comportamiento».

<sup>32</sup> RUIZ DEL CASTILLO, M. del Mar, «La vertiente jurídica...», *op. cit.*, p. 496.

<sup>33</sup> Así parece admitirlo también la doctrina, por todos, vid. MARTINEZ GIRON, Jesús, «Dignidad del trabajador...», *op. cit.*, p. 104; RUIZ DEL CASTILLO, M. del Mar, «La vertiente jurídica...», *op. cit.*, pp. 484 y 494 aunque propone una reforma del art. 15 LPRL, con mención específica al *mobbing* entre los principios de la acción preventiva. Este planteamiento también en CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, «Derecho de la prevención y nuevos riesgos laborales», *Aranzadi Social* n.º 18, 2006, bib 2005/2644, p. 6, que además ve claras referencias a este tipo de riesgos cuando el art. 15 LPRL alude a que el empresario debe planificar la prevención «buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo», así como en el art. 25 del mismo cuerpo legal.

<sup>34</sup> Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales (BOE 13 de diciembre).

ductas como el acoso moral. Ahora bien, las dificultades son mucho mayores a la hora de encajarlo en la tipificación legal de infracciones contenida en el texto de la LISOS<sup>35</sup> y puede encontrar muchas resistencias jurisprudenciales a la hora de considerarlo conducta «infractora» a los efectos de la aplicación del art. 123 LGSS<sup>36</sup> (recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad), aplicación admitida por la doctrina<sup>37</sup> sobre la cual, salvo error u omisión, no han tenido ocasión de pronunciarse los Tribunales de justicia.

### III. LA INCOMPATIBILIDAD DE INDEMNIZACIONES: UNA APROXIMACIÓN A LA POSTURA DEL TS

El TS, aunque en algunas Resoluciones anteriores ya había afirmado la improcedencia de indemnizaciones adicionales en supuestos de despido, se pronuncia de manera específica sobre el tema que ahora nos ocupa en el año 97. Pronunciamiento en el que sostiene tanto la prohibición de acumulación de acciones como, más específicamente, en relación con lo que ahora nos interesa, la imposibilidad de añadir a la indemnización tasada correspondiente a la extinción por la vía del art. 50 ET concepto indemnizatorio alguno<sup>38</sup>. De esta forma, para el Alto Tribunal «La pretensión resolutoria de contenido indemnizatorio tasado ejercitada con amparo en la norma específica de carácter resolutivo contenida en el artículo 50 ET **satisface íntegramente el interés del trabajador**<sup>39</sup> derivado de un incumplimiento grave de las pretensiones contractuales a cargo del empresario, y la aplicación de esta norma específica de derecho del

<sup>35</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 8 de agosto).

<sup>36</sup> Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 29 de junio).

<sup>37</sup> La doctrina admite, sin duda, esta posibilidad, entre otros, CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, «Derecho de la prevención...», *op. cit.*, p. 7; ESCUDERO MORATALLA, J. Francisco, «Acoso laboral: diversas posibilidades procesales para ejercitar la acción», *Actualidad Laboral* 2003-III, p. 814.

<sup>38</sup> STS 3 abril 1997 (RJ 3047) «El referido incumplimiento litigioso, que es único, de la prestación derivada de una relación contractual —salvo prevención expresa de la Ley— no puede generar una doble indemnización: una, en la esfera general del derecho civil y otra, en la particular y especial del derecho del trabajo. La causa o motivo de la resolución contractual es única, y habiéndose producido ésta en la esfera laboral, regida por el Estatuto de los Trabajadores, a esta norma habrá de estarse en virtud del principio de aplicación preferente de las disposiciones especiales, sin que quepa, tras agotar esta vía resolutoria con su contenido indemnizatorio tasado y, por lo tanto, no sujeto a prueba alguna, retornar, de nuevo, al Código Civil...».

<sup>39</sup> La negrita es nuestra.

trabajo, debe impedir la búsqueda de nuevas soluciones indemnizatorias en el campo del derecho civil».

Pese a lo explícito del pronunciamiento, la jurisprudencia menor, como luego veremos, inició una línea de tendencia que admitía la doctrina contraria, aunque mayoritariamente primara aquel posicionamiento. Pues bien, tras la fundamental Sentencia del año 2001<sup>40</sup> en materia de despido discriminatorio, donde el Tribunal Supremo vino a admitir la acumulación de la acción de despido con la de reclamación de daños y perjuicios y a asumir que la nulidad del despido no tiene por qué acarrear en exclusiva el efecto de la readmisión, buena parte de la doctrina confiaba en la extensión de este criterio también para el supuesto que nos ocupa.

No obstante, las esperanzas puestas en este viraje judicial sufrieron un fuerte varapalo con la doctrina sentada por el TS en la Sentencia de marzo de 2004 que defiende de modo palmario la incompatibilidad entre la indemnización por la extinción del contrato y la correspondiente a los daños y perjuicios. No obstante, conviene hacer dos matizaciones, la primera relativa a que la Sentencia, como no ha pasado por alto a la doctrina, no ha enfocado el problema desde la perspectiva de los derechos fundamentales lo que hace todavía preciso un pronunciamiento en este sentido y, en segundo lugar, porque incluye, no obstante, un interesante y razonable voto particular; en el que sin duda habremos de detenernos *infra*. Ahora bien, la tesis contenida en la mencionada Sentencia y con el alcance limitado que debemos darle en tanto no soluciona de pleno el problema que ahora analizamos, tiene visos de imponerse habida cuenta que en el mismo año en el mes de noviembre<sup>41</sup> el Tribunal ratifica la incompatibilidad.

Pues bien, partiendo de que en la STS 11 de marzo de 2004 lo que se pretende decidir es si una vez extinguido el contrato de trabajo

<sup>40</sup> STS 12 junio 2001 (RJ 5931) que concluye que «el proceso por despido es el idóneo para decidir sobre estos extremos, debiendo entenderse desplazado el mandato del art. 27.2 de la Ley Procesal por el del art. 182. Entenderlo de otro modo obligaría al trabajador afectado a emprender un proceso distinto, que —no siendo el de despido— habría de ser el ordinario, que no reúne los requisitos constitucionalmente exigidos. Esta interpretación, por otra parte, violentaría el mandato legal que remite, en estos casos, al proceso de despido. 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 tramitación». Con anterioridad el Tribunal tuvo que enfrentarse con este problema pero, sin llegar en ningún momento a rechazar la posible compatibilidad de indemnizaciones (despido nulo por vulneración de derechos fundamentales), la deniega en el caso contrato al entender que el trabajador no ha alegado y justificado los daños, STS 23 marzo 2000 (RJ 3121).

<sup>41</sup> STS 25 noviembre 2004 (RJ 2005/1058).

como consecuencia de la acción ejercitada por el trabajador al amparo del art. 50.1 ET, alegando como causa incumplimiento grave de la empleadora consistente en trato vejatorio continuado, y percibida la correspondiente indemnización por el empleado como si se hubiera tratado de un despido improcedente, puede o no dicho empleado obtener nueva indemnización, a tenor del art. 1101 Cc con base en concretos perjuicios que dice habersele producido como consecuencia del incumplimiento empresarial, pasaremos a esquematizar los principales argumentos contenidos en la misma.

En primer lugar, la argumentación gira tanto sobre el carácter tasado de la indemnización, «sin margen para que el Juez estime la cuantía de los daños y perjuicios, que se presumen *ex lege*» ...indemnizándose por la ruptura culpable del contrato y no por los perjuicios concretos que ésta pueda causar» como sobre las diferencias entre el art. 1124 Cc y el 50 ET. En relación con la indemnización, se afirma que mientras que en el orden civil quien la pretenda obtener debe probar la realidad del daño o perjuicio, así como su cuantía, en la esfera laboral, en cambio, la cuantía de la indemnización por los perjuicios que produce la extinción (resolución) de la relación de trabajo viene legalmente tasada. Entendemos que en esta argumentación y aunque el resultado final sea el contrario, admite, implícitamente al menos, que los perjuicios cubiertos son los derivados de la extinción y no otros adicionales que pudieran quedar acreditados por el trabajador.

En segundo lugar, insiste en la posibilidad abierta al trabajador de optar por la reclamación del cumplimiento en especie de la obligación o pedir la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. Para continuar afirmando que si en el ejercicio de este derecho optativo, el perjudicado por el incumplimiento de la obligación optó por la resolución del contrato de trabajo e indemnización, ésta ha de ser fijada conforme la normativa reguladora de la relación laboral. Queremos volver a insistir en que este derecho de opción al que alude el pronunciamiento judicial es, en muchos casos (situaciones de acoso graves y duraderas en el tiempo) más teórico que real, de forma que consideramos que no debería «sancionarse» con la pérdida de la reparación íntegra del daño a quien legítimamente elige esta solución. Téngase en cuenta que esta situación conlleva el peligro de instaurar una práctica procesal consistente en procurar primero la tutela del derecho fundamental, con la correspondiente tutela indemnizatoria, para terminar pidiendo la extinción del contrato ex art. 50 ET, fórmula que permite alcanzar el mismo resultado, obvia los inconvenientes de esta tesis de la incom-

patibilidad<sup>42</sup> pero supone una actuación contraria al principio de economía procesal y obliga al trabajador a sufrir un arduo peregrinaje judicial.

En tercer lugar, y una vez afirmado que se debe aplicar la norma específica contenida en el Estatuto de los Trabajadores (art. 50) sin acudir a preceptos correspondientes a otros sectores jurídicos para alargar indebidamente el cauce indemnizatorio, lanza una de las afirmaciones más polémicas del pronunciamiento judicial. Así, sostiene que de admitir este «nuevo» cauce indemnizatorio se estaría sancionando el único comportamiento ilícito empresarial por dos vías pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos y cuya actuación aislada y separada conduciría, contra toda lógica, a sancionar dos veces un mismo hecho de incumplimiento. Argumento desafortunado donde los haya y que está en patente contradicción con lo sostenido en otros ámbitos cercanos, así se ha saldado de manera bien distinta en el caso de los accidentes de trabajo donde se ha instaurado la tesis de la reparación íntegra del daño (si bien con descuento de las prestaciones ya percibidas de la seguridad social, mientras que el recargo de prestaciones es absolutamente independiente y queda al margen). La doctrina se ha mostrado muy crítica con este razonamiento que parte de «...la indebida deducción de que, puesto que sólo hay un comportamiento, sólo existe un único bien jurídico del trabajador lesionado...»<sup>43</sup>.

En cuarto lugar, insiste en la afirmación ya realizada en el año 1997 de la satisfacción íntegra del interés del trabajador derivado de un incumplimiento grave de las prestaciones contractuales a cargo del empresario y en que la aplicación de esta norma específica del derecho del trabajo, debe impedir la búsqueda de nuevas soluciones indemnizatorias en el campo del derecho civil.

Por último, y dado que la parte recurrida citaba en su escrito de impugnación del recurso la doctrina contenida en la STS 12 de junio de 2001, justifica las diferencias en que allí se trataba de un despido con violación de derechos fundamentales (declarado nulo) y su doc-

<sup>42</sup> Así se aprecia en algún pronunciamiento judicial donde se entiende salvada la incompatibilidad porque primero en el tiempo es el proceso de tutela con amparo en el art. 181 LPL en el que se reclama la indemnización y posteriormente se solicita la extinción ex art. 50 ET, STSJ País Vasco 2 noviembre 2004 (AS 2891). También en este sentido, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La incompatibilidad de indemnizaciones...», *op. cit.*, p. 161.

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, «Indemnizaciones tasadas...», *op. cit.*, p. 69. En la misma línea, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La compatibilidad de indemnizaciones...», *op. cit.*, p. 147, para quien de esta forma emerge una suerte de principio *ne bis in idem* en materia indemnizatoria, «...afirmación que carece de todo fundamento en el Derecho patrimonial.

trina no puede ser aplicable, porque allí la relación laboral permanecía incólume como consecuencia de la nulidad del despido, mientras que en el presente se trata precisamente de romper la relación laboral, a instancia del trabajador, mediante la correspondiente indemnización. Dato que, entendemos, una vez acreditada la violación del derecho fundamental, es insuficiente para llevar a un resultado tan dispar, incluso contradictorio, que perjudica de manera grave y evidente a quien es víctima de un «despido indirecto», o lo que es tanto como decir, que se ve compelido a solicitar la extinción de su contrato de trabajo.

Para terminar, la Sentencia razona sobre la falta de acreditación de la relación de causalidad entre la conducta empresarial con cuya base se acordó la resolución del contrato y las dolencias del trabajador que han motivado la declaración de incapacidad permanente absoluta a causa de enfermedad común, considerando que de la Sentencia de instancia más bien se deriva lo contrario. Argumento que, entendemos, sí justificaría la desestimación de la indemnización. No obstante, el Tribunal aunque destaca este aspecto no lo considera decisivo, puesto que sostiene que la indemnización no procedería, al ser de todo punto incompatible, aún dándose el nexo causal aludido.

En cuanto al voto particular contenido en la Sentencia, en el que luego nos detendremos, discrepa con el fondo del asunto al considerar que no existe incompatibilidad porque la indemnización prevista en el art. 50.2 del Estatuto, repara exclusivamente el daño producido por la pérdida del empleo, derivada de la extinción del contrato de trabajo provocada por la conducta ilícita del empleador, mientras que la indemnización que aquí se reclama no tiene por objeto reparar la pérdida del empleo, sino los daños psíquicos y morales que la conducta empresarial ha provocado en el actor aquejado de un proceso depresivo que ha determinado el reconocimiento de una incapacidad permanente. Son daños distintos que han de ser objeto de reparación independiente, pues de lo contrario se está exonerando al causante de la obligación de reparar las consecuencias de un acto ilícito que no han sido compensadas.

En sede doctrinal, aunque mayoritariamente se opta por la compatibilidad, como luego veremos, no faltan defensores de la tesis de la incompatibilidad en base a distintos argumentos. Fundamentalmente por la existencia de una norma especial que tasa las indemnizaciones y que por ello impide el recurso al Código Civil para la reparación del daño, a excepción de aquellos supuestos en que la propia norma laboral remita al ordenamiento laboral en esta materia o que

deje un vacío que rellena el Código Civil como norma supletoria<sup>44</sup>. En este sentido, vienen a considerar que, aparte de la conocida excepción, de creación jurisprudencial, del despido discriminatorio, cuando el legislador así lo ha querido (posibilidad de indemnizaciones civiles adicionales probando el perjuicio superior) lo ha dicho expresamente, como ocurre con las indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedades profesionales (art. 123.3 y 127.3 LGSS)<sup>45</sup>. Este último dato es innegable, pero cabría hacer dos objeciones, la primera, de orden puramente jurídico, es que tampoco existe una prohibición legal expresa de este tipo de indemnizaciones y la segunda, la falta absoluta de lógica que supone el alcanzar una solución absolutamente diferente en aquel sector concreto, puesto que ello implica que no se suscitarían dudas sobre la compatibilidad de indemnizaciones, si planteáramos el mismo supuesto de mobbing (con daños incardinables en los de accidente de trabajo, enfermedad profesional, o daño derivado del trabajo) por la vía de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones preventivas origen de aquéllos.

Para concluir, baste dejar constancia de que la solución a este mismo tema es bien distinta si nos acercamos a la tesis de la Sala de lo civil del TS, mantenida en Sentencia de 10 de abril 1999<sup>46</sup> y ello aunque descartamos su competencia por razones similares a las que llevan a negarla en relación a la responsabilidad civil por accidente de trabajo. En particular, porque el perjuicio se produce en el marco de la relación laboral que une a las partes y trae su causa de incumplimiento de obligaciones puramente contractuales, impuestas —de

<sup>44</sup> En este sentido, vid. SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, Carolina, *La indemnización por daños...*, p. 48; vid. cómo se muestran muy críticos con la posibilidad de una indemnización «complementaria», así afirman que «no se puede pretender disfrutar de esa exoneración de prueba del perjuicio en el ámbito laboral y al mismo tiempo reclamar una indemnización adicional en aplicación de los preceptos civiles. O nos acogemos a un sistema que garantiza el resarcimiento pero fija un límite cuantitativo al mismo, o vamos al sistema común que nos permite pedir hasta donde podamos acreditar pero no tenemos nada garantizado. O aplicamos la norma especial o la general, pero no tiene sentido defender el espiguelo», p. 89. En la misma línea, SEMPERE NAVARRO Antonio V. y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 711, estiman que «si se acepta la doctrina de separación de daños, aún teniendo todos su origen en la relación laboral, se rompe con la característica fundamental de la indemnización por despido: su carácter de tasada».

<sup>45</sup> SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, Carolina, *La indemnización por daños...*, op. cit., p. 89.

<sup>46</sup> RJ 1877. Sobre la misma, vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan J., y TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, «Responsabilidad empresarial...», op. cit., pp. 1944 ss.; FERRANDO GARCÍA, Francisca M., «Concurrencia de responsabilidades contractual ex art. 50 ET y aquiliana», *Revista de Derecho Social* n.º 8 (1999), pp. 163 ss.

uno u otro modo— al empresario como consecuencia del contrato mismo, así la transgresión de derechos básicos del trabajador según específica el propio ET en su art. 4 y, en muchas ocasiones, en último extremo, la de garantizar la seguridad y salud del trabajador<sup>47</sup>.

Entiende la Sentencia mencionada que la responsabilidad exigida por comportamiento hostil, trato indigno y discriminatorio, operó al margen del propio contrato laboral, si bien éste actuó como marco que facilitó las conductas y actuaciones que denuncia y le causaron perjuicios en razón a la depresión que sufre. El aspecto crucial del pronunciamiento descansa en reconocer que un único hecho puede determinar daños distintos y, como con acierto se ha sostenido, la indemnización del art. 50.2 ET sólo había reparado la pérdida del empleo y no el perjuicio sufrido por la trabajadora durante la vigencia del contrato<sup>48</sup>. Esta es, sin duda, una de las claves fundamentales para la solución del problema, sin perjuicio que, una vez afirmado esto, encontremos dificultades subsiguientes, principalmente de orden procesal, que llevan a plantearse, dada la patente implicación de derechos fundamentales, la extensión de las formas de tutela previstas para éstos al supuesto que nos ocupa.

Este tipo de pronunciamiento, que admite la compatibilidad de indemnizaciones, al igual que ha sucedido y sigue sucediendo en materia de accidentes de trabajo, lleva a los trabajadores a intentar huir de la jurisdicción social y optar por los tribunales civiles en la creencia de tener más posibilidades de ver satisfecha su pretensión, difícilmente estimada en el orden social<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> También para AGRA VIFORCOS et altri, «Reflexiones al hilo...», op. cit., p. 138 «la existencia de una relación jurídica previa que une a las partes y que constituye, además, el ámbito en el cual tienen lugar las actuaciones acosadoras obliga al intérprete a valorar el cauce de la responsabilidad contractual del empresario en vía social como instrumento más adecuado para resolver estos litigios»; sobre la incompetencia del orden civil, entre otros, FERRANDO GARCÍA, Francisca M., «Concurrencia de responsabilidades...», op. cit., pp. 164 y 173. Sobre la competencia, por razón de la materia, del orden social de la jurisdicción, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan J., y TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, «Responsabilidad empresarial...», op. cit., pp. 1946 y 1949 ss.

<sup>48</sup> DESDENTADO BONETE, Aurelio y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, *Despido y jurisprudencia...*, op. cit., pp. 171-172. La doctrina coincide al señalar que la indemnización cubre los daños sufridos por el trabajador por la pérdida del empleo, y sólo por ésta, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, «Indemnizaciones tasadas...», op. cit., p. 60, en un sentido similar en p. 66.

<sup>49</sup> Entre otros, vid. FERRANDO GARCÍA, Francisca M., «Concurrencia de responsabilidades...», op. cit., p. 164; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ Juan J. y TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, «Responsabilidad empresarial...», p. 1949, «La vía civil resulta más generosa, indemniza mejor, y esta poderosa razón lleva, en no pocos casos, a renunciar a todos los privilegios procesales y acudir al más lento pero generoso cauce civil». También alude a los efectos negativos de la tesis de la incompatibilidad, entre ellos el riesgo de externalización (huída de las reclamaciones al orden civil), MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Compatibilidad de indemnizaciones...», op.

#### IV. RAZONES DE LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD PARA UNA DEFENSA DE LA COMPATIBILIDAD DE INDEMNIZACIONES

Aunque como ha quedado sentado en el apartado anterior, el TS se ha pronunciado por la tesis de la incompatibilidad de indemnizaciones, no faltan Sentencias de los TSJ, aunque predominan las que sostienen la incompatibilidad<sup>50</sup>, que, con una u otra argumentación, dan luz verde a una indemnización adicional o complementaria a la pertinente y tasada indemnización legal ex art. 50 ET. Asimismo, la doctrina se inclina mayoritariamente por este posicionamiento, y vamos a exponer de forma más o menos detallada cuáles son los principales argumentos que podemos barajar para sostener que, pese a la tasa de la indemnización, ésta no es única, sino que, acreditados daños no cubiertos por esta cuantía reparatoria cabe una indemnización adicional. Los argumentos más importantes vienen de la mano de la diferenciación entre el daño cubierto por la indemnización tasada y los que, de seguro, quedan sin cubrir y de la posible vulneración de derechos fundamentales, que subyace en el acoso moral y que brinda una tutela mucho más completa al trabajador afectado, lo que sin duda lleva a afirmar que siempre que quepa la invocación de estos porque se ha producido su violación, ésta es la vía más acorde a los propósitos de una reparación integral del daño. De todas formas, no son los únicos, existe alguno más que pasaremos a comentar.

##### 1. La distinta naturaleza de los daños causados por la conducta empresarial

Nos hallamos ante el argumento fundamental contenido en el voto particular de la STS 11 de marzo de 2004, que no duda en afir-

cit., p. 161; En la misma línea, ESCUDERO MORATALLA, J. Francisco y POYATOS MATAS, Gloria, «Acoso laboral...», *op. cit.*, p. 819.

<sup>50</sup> En supuestos de despido, mayoritariamente las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia mantienen un criterio clásico que sostiene que la indemnización «adicional» no procede en despidos, y que el percibo de la indemnización tasada impide reclamar daños y perjuicios, por todas, vid. SSTSJ Murcia 26 enero 1999 (AS 49), Castilla y León (Valladolid) 13 marzo 2000 (AS 5307), Cataluña 19 julio 2001 (AS 3643); Andalucía (Sevilla) 19 diciembre 2003 (AS 3088); Castilla y León (Burgos) 17 noviembre 2004 (JUR 186469); Castilla y León (Valladolid) 6 octubre 2004 (JUR 74962). En materia de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, muchas sentencias declaran la incompatibilidad con las previstas en el derecho común, en especial por existir una previsión indemnizatoria específica en la norma laboral, por todas, vid. SSTSJ País Vasco 24 octubre 2000 (AS 3558) y 4 octubre 2003 (AS 2203), Asturias 20 junio 2003 (AS 3811) y 4 febrero 2005 (AS 2280), Cataluña 15 noviembre 2005 (AS 2005/51), Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 7 marzo 2005 (AS 694), Aragón 2 marzo 2005 (AS 816), Comunidad Valenciana 16 abril 2003 (JUR 2004/115065).

mar que en el marco del contrato de trabajo es preciso distinguir dos tipos de daños: los derivados directamente del propio incumplimiento y los que el legislador liga al efecto resolutorio cuando se opta por él. De forma que sólo estos últimos daños están tasados por el art. 56 ET; los restantes tienen plena autonomía y han de indemnizarse de acuerdo con las normas generales.

Argumento que ha gozado de gran predicamento en la doctrina que no duda en afirmar que en la configuración de la reparación del despido habría que distinguir entre el daño derivado de la extinción y el daño que puede producir en otros planos la conducta empresarial, en la medida en que no quede cubierta por la indemnización del efecto extintivo<sup>51</sup> y que «no puede entenderse de otra manera si se considera que procede idéntica indemnización cuando la causa de dicha resolución es cualquier otra que no atente a derechos fundamentales del trabajador ni haya causado semejante daño, así los retrasos continuados en el pago del salario»<sup>52</sup>. Se admite por ello la compatibilidad, si el trabajador logra probar la existencia de daños adicionales a la mera extinción del contrato (que es el legalmente valorado en los distintos preceptos del ET), de forma que «el derecho general de daños seguirá operando como red de seguridad, supletoriamente respecto de los no evaluados por el legislador en el texto de las leyes procesales y sustantivas»<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> DESDENTADO BONETE, Aurelio y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, *Despido y jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. 113. Para ESCUDERO MORATALLA, J. Francisco y POYATOS MATA, Gloria, «Acoso laboral...», *op. cit.*, p. 818, la indemnización tasada no compensa la totalidad del daño, por tanto cabe la reparación adicional.

<sup>52</sup> RIVAS VALLEJO, M. Pilar, *Violencia psicológica en el trabajo...*, *op. cit.*, p. 69; también coincide con esta tesis MARTÍNEZ FONS, Daniel, «La incompatibilidad de la indemnización...», *op. cit.*, p. 4. En general la doctrina, con este y otros argumentos, se inclina por la compatibilidad de indemnizaciones, en especial porque la indemnización tasada pretende resarcir por la pérdida del empleo, más no por otros daños, vid. FERRANDO GARCÍA, Francisca M., «Concurrencia de indemnizaciones...», *op. cit.*, p. 168; LASAOSA IRIGOYEN, Elena, «Indemnización por daños y perjuicios derivados de acoso moral en el trabajo», *Aranzadi Social* 2003-V, p. 458 para quien «la indemnización por vulneración de derechos fundamentales derivada de acoso sexual es compatible con la que prescribe el art. 50 ET»; RUIZ DEL CASTILLO, M. del Mar, «La vertiente jurídica...», *op. cit.*, p. 490. En un sentido parecido, vid. LUELMO MILLÁN, Miguel Angel, «Realidad e hipérbole del acoso moral: los términos actuales de la cuestión», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)* n.º 274, 2006, p. 63. A la misma idea apuntan AGRA VIFORCOS, Beatriz, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto y TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, «Reflexiones al hilo...», *op. cit.*, p. 140.

<sup>53</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, «Indemnizaciones tasadas...», *op. cit.*, p. 69. Hay quien comparte plenamente el sentido del voto particular, por una razón muy clara y elemental, ya apuntada: la indemnización tasada resarce exclusivamente de la pérdida del puesto de trabajo, forzada por el incumplimiento empresarial, pero no de otros daños y perjuicios causados por este mismo incumplimiento (y no por la extinción de la relación laboral), AGUSTI MARAGALL, Joan, «El tratamiento en el proceso laboral...», *op. cit.*, p. 413.

En una posición bien distinta, otro sector doctrinal, muy crítico con los razonamientos contenidos en la sentencia<sup>54</sup>, lo admitiría aunque sólo en el plano de *lege ferenda*, puesto que entiende que esta tesis adolece de más voluntarismo que de razonamiento jurídico, ya que *lege data* sólo existe el art. 50.2 ET. Considera que es demasiado artificial y que, además, no es razonable pensar que el legislador laboral, a diferencia del legislador civil, dejó por completo fuera el resarcimiento del daño moral, e incluso determinados daños biológicos<sup>55</sup>.

Pues bien, el mismo razonamiento ha empleado el propio TS en fechas recientes a la hora de mantener una compatibilidad entre indemnizaciones que tradicionalmente venía siendo negada. Nos estamos refiriendo al caso concreto de la indemnización por despido y las mejoras voluntarias por incapacidad permanente contenidas en el convenio colectivo, que ha sido admitida por la Sentencia de 4 mayo 2005<sup>56</sup>. En este sentido, este último pronunciamiento comienza por aclarar que «la duplicidad (de indemnizaciones) no genera propiamente incompatibilidad, porque las indemnizaciones no reparan el mismo daño: la indemnización por despido cubre el daño producido por privación injusta del empleo, que tenía ese carácter en el momento que se acordó, mientras que la indemnización reclamada en este proceso repara los daños derivados de un accidente de trabajo, que han limitado de forma permanente la capacidad de trabajo de la actora no sólo en lo que afecta a su empleo en la empresa, sino respecto a todos los empleos de su profesión habitual». No se ha producido un enriquecimiento injusto, afirma que se trata de dos transferencias económicas que tienen cada una su causa y esas causas —la privación del empleo y la incapacidad derivada de un accidente de trabajo— operan con plena independencia y no se confunden una con la otra.

En esta línea, algunas sentencias de los TSJ admiten la extinción del contrato ex art. 50 c) ET cuando el trabajador ve afectada su salud mental, que supone un grave incumplimiento de los deberes de

<sup>54</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La compatibilidad de indemnizaciones...», *op. cit.*, p. 153.

<sup>55</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La compatibilidad de indemnizaciones...», *op. cit.*, p. 153-4.

<sup>56</sup> RJ 5176. Sentencia de la que es ponente el Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, que curiosamente es quien formuló el voto particular de la Sentencia de 11 de marzo de 2004, al que se adhirieron tres magistrados más. En cambio anteriormente se sostenía la incompatibilidad y el derecho de opción del trabajador, de forma que si optara por el complemento de pensión de él deberían deducirse las cantidades abonadas como indemnización por despido, vid. STS 9 diciembre 1999 (RJ 2003/2990).

la empresa (arts. 4.2 d) ET, 15 CE y 14 ss. LPRL) y admite la compatibilidad en tanto «la indemnización fijada por el art. 50 ET va exclusivamente dirigida a resarcir a la trabajadora por la pérdida del empleo, dado que se ve privada de su empleo, no por su deseo, sino por la grave conducta de la empresa que le obliga a solicitar de los Tribunales la rescisión contractual, pero en el presente caso el incumplimiento patronal no produce tan sólo ese perjuicio sino que ha ocasionado a la trabajadora una enfermedad grave que no se repara por la vía sólo del art. 50, sino por la del 1101 Cc»<sup>57</sup>.

También encontramos pronunciamientos judiciales que pese a no reconocer el derecho a la indemnización en el caso concreto, dejan entrever esta posibilidad, de forma que puede deducirse de su argumentación que de haberse acreditado los perjuicios o los daños morales ocasionados hubieran debido indemnizarse adecuadamente<sup>58</sup>.

De esta forma, conforme a todo lo señalado previamente entendemos que la compatibilidad es más que factible jurídicamente en supuestos donde esos daños adicionales existan y puedan justificarse, pese a la inexistencia de la vulneración de un derecho fundamental, cuando estemos ante bienes de gran trascendencia o incumplimientos especialmente graves. No obstante, como ahora veremos, en presencia de Derechos Fundamentales la argumentación resulta menos forzada y, además, es posible superar el obstáculo procesal de la prohibición de acumulación de acciones ex art. 27 LPL. Incluso, si bien se mira, cabría abogar por la conveniencia de este tipo de indemnizaciones puesto que, como ya ha sostenido algún autor, pueden conllevar también ciertos efectos disuasorios de los incumplimientos<sup>59</sup>.

## 2. La tutela de los derechos fundamentales vulnerados

El principal argumento a la hora de sostener la tesis de la compatibilidad de indemnizaciones viene de la mano de la necesidad de tutelar la violación de cualesquiera derechos fundamentales subya-

<sup>57</sup> STSJ Madrid 21 octubre 2003 (AS 453).

<sup>58</sup> Por todas, SSTSJ Aragón 30 junio 2005 (AS 2056) y Madrid 10 mayo 2005 (AS 2273). Vid. en este sentido, GIL ALBURQUERQUE, Román, «Matizaciones en torno a la compatibilidad...», *op. cit.*, p. 216. Un comentario a la Sentencia de la que ésta trae su origen en SÁNCHEZ CASTILLO, Mercedes, «Indemnización por vulneración...», *op. cit.*, pp. 187 ss.

<sup>59</sup> Vid. con mayor amplitud, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La compatibilidad de indemnizaciones...», *op. cit.*, p. 156.

cente al incumplimiento empresarial. Supuesto cada vez más frecuente en relación con derechos como la intimidad o la integridad física y moral.

Para el caso concreto del acoso moral en el trabajo, el más frecuente, como hemos señalado, en la práctica judicial, existe unanimidad doctrinal a la hora de afirmar que en todo litigio donde se dilucide sobre este tema se está igualmente decidiendo acerca de la vulneración de derechos fundamentales<sup>60</sup>. Téngase en cuenta que cogiendo al azar cualquiera de las definiciones jurídicas al uso sobre el acoso moral encontraremos como elementos básicos el atentado a la dignidad<sup>61</sup> y a la integridad moral del trabajador<sup>62</sup>. Planteamiento que también rezuma en el tratamiento legal del acoso, aunque centrado en el antidiscriminatorio<sup>63</sup>, fruto de las reformas operadas en nuestro ordenamiento a finales de 2003, donde aspecto esencial de la definición del acoso lo constituye el atentado a la dignidad.

Hemos de tener presente, además, que la nueva redacción dada al art. 181 LPL<sup>64</sup> hace expresa referencia al acoso. A mayor abundamiento, estamos ante una mención genérica, que se desprende de los motivos tasados que el legislador ha tipificado como «de acoso», no obstante, coincidimos con la doctrina que sostiene que «no podemos entender, sin más, que el legislador ha querido tipificar en la norma procesal el acoso puro como una violación de derecho o derechos fundamentales»<sup>65</sup>. A pesar de lo anterior, aunque la mención expresa resultaba casi innecesaria, es patente que a este tipo de conductas subyace de suyo la violación de un derecho fundamental, y que esta

<sup>60</sup> LUELMO MILLAN, Miguel Ángel, «Realidad e hipérbole...», *op. cit.*, p. 60.

<sup>61</sup> No obstante, la jurisprudencia Constitucional es unánime a la hora de no admitir como pretensión autónoma la infracción a la dignidad contenida en el art. 10.1 CE, criterio del que discrepa la doctrina, al entender que es excesivamente rigorista con un valor, la dignidad, que es superior a los derechos fundamentales y que contribuye no sólo a su configuración sino, más allá, a su propia existencia, vid. LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., «Elementos conceptuales del acoso moral: la teoría médica y la teoría jurídica», *Revista de Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)*, num 13/2005, p. Ln.8.

<sup>62</sup> Por todos, para PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, «El acoso moral...», *op. cit.*, p. 8, es «el hostigamiento psicológico atentatorio contra la dignidad y la integridad moral del trabajador que éste sufre en su trabajo». Este enfoque es precisamente el escogido por MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «Dignidad del trabajador...», *op. cit.*, pp. 91 ss., cuyo análisis viene centrado en el atentado a la dignidad y a la integridad moral que las conductas del acosador conlleva; vid. en esta línea, CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, «Derecho de la prevención...», p. 3.

<sup>63</sup> Puede verse, LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. «El principio de no discriminación y su aplicación al acoso moral», *Revista de Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)* núm. 20/2005, Ln-2 ss.

<sup>64</sup> Modificado por el art. 40 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE 31 de diciembre).

<sup>65</sup> RUIZ DEL CASTILLO, M. del Mar, «La vertiente jurídica...», *op. cit.*, p. 492.

vía, por tanto, debe ser admitida para ejercer la tutela cuando el trabajador no desea extinguir el vínculo laboral. Ahora bien, sin duda, cuando opta por la extinción no cabe más que sostener la necesidad de aplicar, también, los principios y garantías inspiradores de este proceso especial de tutela al ordinario empleado para solicitar la extinción ex art. 50 ET, como veremos *infra*.

Dicho lo anterior, hemos de comenzar por sumarnos a la crítica de algún autor que considera que el TS, en su Sentencia de 11 de marzo de 2004, ha eludido la fundamentación constitucional, de forma que puede decirse que en modo alguno unifica la doctrina judicial en esta materia<sup>66</sup>, así, si confrontamos el sistema de indemnizaciones tasadas del art. 50 LET y el sistema de indemnización abierta del art. 180.1 LPL la doctrina plenamente aplicable sería la contenida en la STS de 12 de junio de 2001 (despido nulo con vulneración de derechos fundamentales)<sup>67</sup>. Tesis que también es compartida por algunos TSJ<sup>68</sup>. En esta línea, se ha considerado que «aparte de que la resolución contractual conlleve una consecuencia establecida legalmente, con carácter general, ello no excluye, si se prueba determinado daño y perjui-

<sup>66</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La compatibilidad de indemnizaciones...», *op. cit.*, p. 144 y 145.

<sup>67</sup> También para GIL ALBURQUERQUE, Román, «Matizaciones en torno a la compatibilidad...», *op. cit.*, p. 217, sin que para ello sea óbice que en estos despidos proceda preceptivamente la readmisión; se inclinaría también por esta tesis ROMERO RODENAS, M. José, *Protección frente al acoso...», op. cit.*, p. 92.

<sup>68</sup> STSJ Galicia de 4 de noviembre de 2003 (AS 2004/657). Sentencia que realiza una distinción importante entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico y el defectuoso ejercicio —abusivo o arbitrario— de las facultades empresariales. En el primero se agreden derechos fundamentales de la persona —básicamente su dignidad e integridad moral—, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés —mal entendido— empresarial. Curiosa cuando menos resulta la STSJ Cataluña 2 junio 2004 (AS 2641) donde admite la posibilidad de despidos, de algún modo relacionados con la violación de derechos fundamentales, que sin embargo pueden ser declarados improcedentes, primeramente, porque en tales casos la Ley busca proporcionar al trabajador la máxima protección de sus derechos y sería ilógico obligar a éste a continuar prestando servicios a la misma empresa donde sistemáticamente y durante su trabajo se han venido conculcando sus derechos fundamentales. Considera que existen dos tipos de despidos relacionados con la conculcación de derechos fundamentales, unos, los sancionados en el art. 55.5 ET donde la violación constitucional la produce la propia extinción del contrato y otros, relacionados de alguna forma con la vulneración de derechos y libertades fundamentales cuya consecuencia inmediata no es la nulidad porque no está así previsto en la Ley y porque de ella podrían derivar efectos perjudiciales para el trabajador. En el caso presente el despido que se impugna pertenece a la segunda de las especies mencionadas. Sin duda el despido en sí no ha supuesto una violación directa de los derechos fundamentales de la trabajadora, pero ha sido consecuencia inmediata de una vulneración de esos derechos fundamentales por lo que admite perfectamente la declaración de improcedencia y a la vez la acumulación a la que se refiere el repetido art. 182. Vid. igualmente STSJ País Vasco 6 julio 2004 (AS 2059), aunque la parte recurrente, en puridad, no recurrió la cuantía indemnizatoria sino la propia existencia del acoso.

cio, cualesquiera que fuese su tipo o manifestación, que, en presencia de vulneración o vulneraciones de derechos fundamentales, proceda la fijación de una indemnización complementaria que compense los daños específicamente sufridos, incluidos los morales»<sup>69</sup>. Conclusión que es básicamente consecuencia de la aplicación del artículo 180.1 LPL y que suele completarse, en algún caso concreto<sup>70</sup>, con la constatación de la existencia de daños perfectamente diferenciados: la pérdida del empleo que es resarcida por la indemnización del art. 50.2 ET y el trastorno mixto de ansiedad y depresión que motivó una baja laboral de 447 días.

Téngase en cuenta, además, que para el concreto supuesto de la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación se ha consagrado, primero a nivel comunitario (Directivas 2002/73/CEE, acoso por razón de sexo, 2000/43/CE y 2000/78/CE sobre igualdad en el empleo e igualdad de trato con independencia del origen étnico)<sup>71</sup> y luego interno<sup>72</sup>, la prohibición de tasar las indemnizaciones por los daños a la persona del trabajador<sup>73</sup>. Ahora bien, esta prohibición viene limitada a un

<sup>69</sup> STSJ Murcia 2 septiembre 2003 (AS 3208).

<sup>70</sup> STSJ Cataluña 15 de julio de 2002 AS 2881. vid. también la STSJ Galicia 11 junio 2004 (AS 2397) que aunque no incardina el comportamiento en el mobbing sino más bien en el abuso por parte de la empresa de sus poderes directivos, considera probado el ataque a los derechos fundamentales tales como la dignidad, intimidad e integridad física y moral, trasladando la doctrina del despido nulo a esta situación de extinción contractual del contrato, aplicando el art. 182 LPL, y por tanto entendiéndose que en el mismo proceso en que se ventila la extinción se puede fijar la correspondiente indemnización «adicional».

<sup>71</sup> Vid. este tema en RUIZ DEL CASTILLO, M. del Mar, «La vertiente jurídica...», p. 472.

<sup>72</sup> Según reza el art. 18.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 3 diciembre). «La indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado *a priori*». Para RUIZ DEL CASTILLO, M. del Mar, «La vertiente jurídica...», p. 476 «no podemos hacer una interpretación correctora de la reforma legislativa entendiéndose que el legislador haya querido introducir dos tipos de acoso, el discriminatorio y por motivos tasados, y el general». Sobre esta temática, vid. MURCIA CLAVERIA, Ana, «La noción de acoso por razón de sexo y de acoso sexual en la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre, y las perspectivas (necesarias) de reforma en la legislación laboral española», *Documentación Laboral* n.º 74, 2005, pp. 145 ss., vid. el planteamiento y las conclusiones que arroja el estudio de FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, «El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?», *Revista de Derecho Social* n.º 19, 2002, pp. 52 ss.

<sup>73</sup> *In extenso* sobre este tema, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La compatibilidad de indemnizaciones...», *op. cit.*, p. 157, quien finalmente parece entender que la prohibición afecta a todos los daños derivados de la vulneración de los derechos fundamentales, p. 159. FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, «Indemnizaciones tasadas...», *op. cit.*, p. 75. En la misma línea, LOUSADA AROCHENA, Fernando, «El acoso sexual y el acoso moral por razón de género y su tratamiento procesal», en AA.VV. (AGUSTI JULIA, Jordi) *Riesgos psicosociales...*, *op. cit.*, pp. 228 y ss., para quien si el tema está relacionado con el art. 14 CE la indemnización puede ser mayor a la del art. 50.2 ET siguiendo el derecho Comunitario (art. 6.2 Directiva 76/203/CEE, en la redacción dada por la Directiva 2002/73/CEE, así como alguna jurisprudencia del TJCE). Asimismo, SERRANO OLIVARES, Raquel, *El acoso moral...*, *op. cit.*, p. 186.

sector muy concreto, en el que se incardinaría la regulación legal del acoso —centrada en el discriminatorio— que, sin duda, deja fuera de su halo protector muchos de los supuestos de *mobbing* y de extinción contractual del contrato fundada en un incumplimiento empresarial.

### 3. El incumplimiento del deber de protección del empresario

Para el caso concreto del *mobbing*, no faltan sentencias que incardinan estas conductas dentro del deber de protección del empresario, integrado en el contenido del contrato y que supone evitar actos dañosos o lesivos que puedan producirse en su espacio, siendo tradicionalmente responsable de los daños que se puedan sufrir por la explotación empresarial. De forma que la empresa va a ser responsable de todos los daños derivados de la conducta denunciada<sup>74</sup>. Así, se ha afirmado<sup>75</sup> que este deber genérico, de naturaleza contractual, implica que la diligencia exigida al empresario no se agotará con la demostración cumplida de que observó todas las prevenciones legales y reglamentarias específicas en la materia, sino que deberá probar que agotó la diligencia necesaria (una diligencia que en muchas ocasiones se traduce en probar que ha concurrido una situación de las que interrumpe el nexo causal, singularmente, el caso fortuito, la fuerza mayor o la negligencia temeraria del trabajador). Comportamiento que, a su vez, constituye un incumplimiento de derechos fundamentales del trabajador (a su integridad física y moral). Este camino, todavía ciertamente poco explotado, de conectar directamente el deber de seguridad con el art. 15 CE llevaría a reconsiderar la tutela merecedora de este derecho y concuerda perfectamente con lo que hemos dicho *supra*. De esta forma, para el pronunciamiento citado ambas indemnizaciones son compatibles al ser diverso su objeto, pues una indemniza al trabajador por los perjuicios derivados de la extinción de su contrato de trabajo, mientras que la otra le indemniza por los daños y perjuicios añadidos que puede haberle ocasionado la actuación empresarial, si estos quedan debidamente acreditados<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> STSJ País Vasco 25 enero 2005 (JUR 77335). Además se afirma por el TSJ que el recurso no plantea ninguna objeción a la estimación de ambas indemnizaciones. Nótese como en esta sentencia se atribuye la responsabilidad a la empresa demandada, que no puede alegar el desconocimiento de la actuación del encargado. En efecto, algunas de las conductas no fueron cometidas sólo por el encargado, sino incluso por el encargado general, lo que evidencia una anuencia de la empresa o su conocimiento de la animadversión hacia el demandante».

<sup>75</sup> TSJ Canarias (Las Palmas) 14 junio 2005 (AS 1821).

<sup>76</sup> Ya en este sentido se pronunciaba tempranamente el TSJ País Vasco en su Sentencia de 11 julio 1996 (AS 2570) donde consideraba que «En consecuencia, lo que aquí se enjuicia son hechos relevantes distintos a los enjuiciados en el procedimiento sobre resolución del contrato de trabajo,

La conexión del *mobbing* con la obligación general de seguridad que resulta patente, lleva a la doctrina a traer a colación para defender la compatibilidad la conocida jurisprudencia del TS en sede de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que afirma la «posibilidad de ejercer distintos tipos de acciones para alcanzar el resarcimiento del daño»<sup>77</sup>. Bien es verdad que para que la traslación de esta doctrina resulte factible nos tendremos que encontrar ante daños a la seguridad y salud en el trabajo, ámbito más limitado que el que aquí se pretende, puesto que deben ser resarcidos también los daños exclusivamente morales, con independencia de la existencia de un daño efectivo a la salud, en especial psíquica, del trabajador. De todas formas, ya nos hemos referido a la existencia en este supuesto concreto de una previsión expresa en la legislación social acerca de la «compatibilidad» de indemnizaciones, aunque, a pesar de ello, la respuesta no ha sido en absoluto pacífica en relación a si debe entenderse plena o relativa (finalmente plena con respecto al recargo y relativa en relación a las prestaciones de seguridad social). Así, entendemos que en un supuesto de extinción del contrato por incumplimiento de la obligación de seguridad procederá la extinción por la vía del art. 50 ET pero, si se hubieran ya causado daños efectivos a la salud del trabajador, procedería la correspondiente indemnización adicional por los daños causados, que exigiéndose en reclamación por accidente de trabajo o enfermedad profesional no podría encontrar, a buen seguro, una negativa judicial.

## V. SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE INDEMNIZACIONES: LA PROBLEMÁTICA EN EL PLANO PROCESAL

### 1. La prohibición de acumulación de acciones

Aunque nos hemos manifestado a favor de la tesis de la compatibilidad y hemos considerado que ésta, en el plano sustantivo, no encuentra obstáculos legales insalvables, no ocurre lo mismo en el

y en ello radica la compatibilidad entre las acciones ejercitadas en aquel y en este procedimiento, lo que significa, expuesto con otras palabras, que los derechos al resarcimiento de los perjuicios que asiste a la trabajadora no quedaron agotados en el procedimiento de resolución contractual, y por lo tanto lo aquí enjuiciado no representa una doble sanción a la empresa». Incumplimientos todos ellos en los que subyace una vulneración de derechos constitucionales (comportamientos de la empresa que denotan un afán de persecución de la empresa grave y reiterado).

<sup>77</sup> RIVAS VALLEJO, M. Pilar, *Violencia psicológica en el trabajo...*, op. cit., p. 68. Para MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La incompatibilidad de indemnizaciones...», op. cit., pp. 147-8, en estricta técnica, la cuestión del acoso moral con daños psíquicos actualizados, se sitúa en el ámbito de los accidentes de trabajo.

plano procesal, donde el tema viene presidido por la explícita prohibición de acumulación de acciones contenida en el art. 27.2 LPL. Prohibición cuya razón de ser suele situarse en la entidad que la legislación reconoce a ciertas materias litigiosas, lo que lleva a dotarlas de una instrumentación procesal independiente y exclusiva, que no se quiere oscurecer con la adición de otros posibles contenidos contenciosos en el mismo debate procesal<sup>78</sup>.

La regla contenida en este artículo es taxativa: las acciones extintivas no son acumulables a ninguna otra, de donde que la dualidad procesal se imponga si se quiere invocar, y probar, la existencia de un daño paralelo, no contemplado en la legislación de despido y por tanto resarcible al margen de ella<sup>79</sup>. La doctrina admite que si el daño se produce al margen del cese, entonces se trata de una acción independiente que no puede acumularse a la del despido/extinción<sup>80</sup>. De esta forma, a buen seguro, en el plano de la legalidad ordinaria el trabajador sólo podría ver satisfecho plenamente su interés entablado dos procesos judiciales distintos. Situación que únicamente puede ser salvada acudiendo a la reclamación en el marco del proceso de extinción de una indemnización por vulneración de derechos fundamentales, a salvo, claro está, una improbable reforma legal.

### 2. La reclamación dentro del proceso de extinción de una indemnización por vulneración de los derechos fundamentales (ex art. 180 LPL)

La posibilidad de reclamar en el mismo proceso entablado para la extinción causal del contrato ex art. 50 ET la indemnización correspondiente a los daños adicionales ocasionados al trabajador con el incumplimiento empresarial, surge de la tesis mayoritariamente compartida de la extensión de las garantías y principios propios del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales —incluida la tutela reparatoria— a aquellos supuestos en que la tutela se recaba «necesariamente» por cualquiera de las modalidades procesales enumeradas en el art. 182 LPL<sup>81</sup>. Así lo sostuvo también en su día la STS

<sup>78</sup> Vid. en este sentido, MONTOYA MELGAR, Alfredo, SEMPERE NAVARRO, Antonio V., GALIANA MORENO, Jesús M. y RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Curso de procedimiento laboral*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 94.

<sup>79</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, «Indemnizaciones tasadas...», op. cit., p. 76.

<sup>80</sup> DESDENTADO BONETE, Aurelio y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, *Despido y jurisprudencia...*, op. cit., p. 112.

<sup>81</sup> Entre otros, vid. SÁNCHEZ CASTILLO, Mercedes, «Indemnización por vulneración...», op. cit., pp. 190-1; SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso moral...*, op. cit., pp. 170 y ss.; AGRA

16 junio 2001 en relación con el despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, a lo que ya hemos aludido. Así lo admite también mayoritariamente la doctrina laboral que afirma sin ambages que «es inequívoco que cuando esté en juego un derecho fundamental ha de aceptarse que, junto a la acción indemnizatoria por resolución, se acumule, en el mismo procedimiento incluso, la acción indemnizatoria por daños reales derivados del acoso moral en el trabajo»<sup>82</sup>. Esto es así, en tanto es sentida la necesidad de distinguir la tutela reparatoria, de forma que la indemnización no debe ser la misma sino superior en aquellos casos en que se produzca un incumplimiento empresarial atentatorio de derechos fundamentales<sup>83</sup>.

Aunque nos incardinamos en esta tesis mayoritaria, acogida también en algunas Sentencias de los TSJ, no queremos pasar por alto alguna otra propuesta doctrinal, que alcanzaría un resultado satisfactorio desde el punto de vista de la «integridad» de la reparación y que reviste especial interés. Con ella se busca, «una aplicación del procedimiento de tutela acorde con su finalidad y evitará el sin sentido que supone tener que plantear dos demandas paralelas como reacción al acoso»<sup>84</sup>. De este modo, en una interpretación literal del art. 182 LPL que remite a la utilización de «las modalidades procesales» pertinentes, inexistente, como es sabido, para la extinción que ahora nos ocupa, se propugna la utilización no de este proceso extintivo «mixto» de que venimos hablando sino un proceso «puro» de tutela de los derechos fundamentales. En su seno se reclamaría, en vez de la tutela repositoria alternativa, la extinción del contrato, con derecho a la indemnización tasada legalmente y la correspondiente tutela resarcitoria (indemnización por los daños y perjuicios derivados de la vulneración del derecho fundamental)<sup>85</sup>. Tesis que, no obs-

VIFORCOS, Beatriz, «La reclamación...», *op. cit.*, p. 950 con abundante cita de doctrina al respecto; LUELMO MILLÁN, Miguel A., «Realidad e hipérbole...», *op. cit.*, p. 64; FERRANDO GARCÍA, Francisca M., «Concurrencia de responsabilidades...», *op. cit.*, p. 168; MONTOYA MELGAR, Alfredo el altri, *Curso de procedimiento...*, *op. cit.*, p. 219. Esta interpretación, al objeto de salvar la constitucionalidad y legalidad del texto articulado, puede verse en BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Madrid, 1995, p. 201, para quienes se trataría de «una integración (de todas estas garantías y especialidades) con las reglas pertinentes de la modalidad procesal correspondiente, a modo de aplicación conjunta de los preceptos establecidos en ambas».

<sup>82</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La compatibilidad de indemnizaciones...», *op. cit.*, p. 161.

<sup>83</sup> Idea a la que también apunta LUELMO MILLÁN, Miguel A., «Realidad e hipérbole...», *op. cit.*, p. 64.

<sup>84</sup> AGUSTI MARAGALL, Joan, «El tratamiento en el proceso laboral...», *op. cit.*, pp. 433.

<sup>85</sup> AGUSTI MARAGALL, Joan, «El tratamiento en el proceso laboral...», *op. cit.*, pp. 415-431.

tante su interés e innovación, chocaría, a nuestro entender, con una interpretación teleológica del precepto legal comentado y, muy especialmente, con la propia naturaleza y espíritu de la tutela repositoria<sup>86</sup>, que es la propugnada para la vulneración de los derechos fundamentales. Tutela, evidentemente, no exenta de problemas, patentes en el efecto legal del despido nulo que no admite más respuesta que la readmisión. Esto es, en lo que sí coincidimos es en el dato patente de que en muchas ocasiones la única tutela adecuada será brindar la posibilidad al trabajador de extinguir la relación laboral, y con ello, poner fin a su relación con el acosador/es y con el ambiente de trabajo hostil que con las conductas ilícitas se ha propiciado. Tutela que, entendemos, puede alcanzarse con la simple extensión de la tesis mantenida para el despido discriminatorio al supuesto que ahora nos ocupa.

## VI. SOBRE LA PRUEBA Y ACREDITACIÓN DEL DAÑO SUFRIDO POR EL TRABAJADOR

### 1. La inexigibilidad de daños psicológicos efectivamente producidos

En relación con el daño hay que tener en cuenta que es frecuente en sede judicial la exigencia de un daño psicológico efectivamente producido para apreciar la propia existencia del mobbing. Maniobra bastante criticada por la doctrina laboral que se ha ocupado del tema, así, se ha afirmado que «no puede compartirse dicho criterio, en tanto de este modo se estaría haciendo depender la gravedad de la conducta, e incluso la antijuricidad de la misma, de la resistencia psicológica de la víctima»<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> Sobre las dudas que suscita la interpretación del art. 182 LPL y las posibilidades de aplicar a los supuestos de extinción por voluntad del trabajador el proceso especial de tutela que finalmente es rechazada, vid. CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *El Proceso Laboral de Tutela de la Libertad Sindical y demás Derechos Fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 150-1, aunque habrían de integrarse en el proceso ordinario las garantías y privilegios del especial.

<sup>87</sup> RIVAS VALLEJO, M. Pilar, *La violencia psicológica en el trabajo...*, *op. cit.*, p. 146; en sentido parecido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, «El acoso moral...», *op. cit.*, p. 9, para quien se trata de una exigencia muy influenciada por las versiones psicológicas del acoso que resulta improcedente. En la misma línea, aunque en relación con el acoso sexual se ha entendido que «no es imprescindible que concurren secuelas en la salud mental o en la personalidad de la víctima para declarar la agresión indemnizables pero sí se requiere en todo caso la presencia de un efectivo sufrimiento moral», vid. LASAOSA IRIGOYEN, Elena, «Indemnización por daños y perjuicios derivada de acoso sexual en el trabajo», *Aranzadi Social* 2003-V, p. 456. Para RUIZ DEL CASTILLO, M. del Mar, «La vertiente jurídica...», *op. cit.*, p. 472 «...ha de conllevar una puesta en peligro o daño a la salud laboral», pero es suficiente el

En esta misma línea argumental se ha propuesto adoptar una distinción, presente en otros ordenamientos de nuestro entorno, entre el daño a la personalidad (existencial) y daño psíquico, derivándose el primero de la mera lesión de los derechos fundamentales<sup>88</sup>.

De esta forma, y en consonancia con todo lo afirmado hasta ahora y con el principio de reparación íntegra del daño que debe presidir esta cuestión, entendemos que sería indemnizable cualquier daño causalmente conectado a la conducta empresarial, sea estrictamente material, vinculado a la salud —física o psíquica— del trabajador o moral, en su más estricto sentido. Ello siempre que quede acreditado y que no se halle comprendido en los ya tasados por el legislador, esto es, los ligados directamente a la extinción y la subsiguiente pérdida del empleo.

## 2. Sobre la necesidad de acreditar el daño. En especial, sobre las especialidades de esta prueba al tratarse de daños morales

Aun cuando en otras épocas se hayan podido sostener posiciones diferentes, actualmente es unánime la afirmación de que «la vulneración de un derecho fundamental no equivale, *per se*, a un daño moral<sup>89</sup>». De esta forma, el TS destierra el automatismo de la indemnización y se centra en la necesidad de probar, al menos, los puntos de apoyo de una condena de tal clase. Significativa en este sentido es su Sentencia de 23 marzo 2000<sup>90</sup> que afirma, por un lado, que del

grado de tentativa. También rechaza esta tendencia judicial y considera que no es preciso que se produzcan daños en la salud física o psíquica de la víctima CAVAS MARTINEZ, Faustino, «Derecho de prevención...», *op. cit.*, p. 5. vid. las reflexiones en este sentido de LORENZO MEMBIELA, Juan B., «Elementos conceptuales...», *op. cit.*, en especial ln-6 ss.

<sup>88</sup> SERRANO OLIVARES, R, El acoso moral..., *op. cit.*, p. 217.

<sup>89</sup> SÁNCHEZ CASTILLO, Mercedes, «Indemnización por vulneración...», *op. cit.*, p. 185. En esta línea, vid. también SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, Carolina, *La indemnización por daños...», op. cit.*, p. 99, «no toda lesión de derechos fundamentales genera daños, ni siquiera morales...». No obstante, no es esta la posición de un sector doctrinal que entiende que «parece claro que existiendo un derecho que es fundamental para la persona y una violación del mismo, el perjuicio existe siempre, es más, el moral debe presumirse, siguiendo la doctrina de GOÑI SEIN, ALFONSO MELLADO, Carlos L., *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 95.

<sup>90</sup> RJ 3121. vid. en la misma línea, STS 2 febrero 1998 (RJ 1251), STSJ Galicia 23 diciembre 2003 (AS 1888). In extenso, CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, *El Proceso Especial...», op. cit.*, pp. 384 ss.; GIL ALBURQUERQUE, Román, «Matizaciones en torno a la compatibilidad...», *op. cit.*, p. 217. Sobre el carácter no automático de la indemnización y la necesidad de justificar los elementos necesarios para que pueda reconocerse la indemnización, criterio manteni-

art.180.1 LPL no puede extraerse que «basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización» y, por otro, que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio «es de todo punto obligado» que el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama...y que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase. Planteamiento del que deriva con meridiana claridad que la Sentencia en ningún momento rechaza la compatibilidad, lo que niega es el automatismo de la indemnización, esto es, que surja por la mera violación sin añadir ningún elemento probatorio adicional del daño sufrido, incluso aunque este sea moral, y por tanto, haya de propugnarse, con la mejor doctrina civilista, cierta relajación a la hora de exigir la prueba de los mismos ya que no se pueden justificar de forma plena como los materiales que afectan al patrimonio del perjudicado<sup>91</sup>.

La importancia de este tipo de daños en la materia que ahora nos ocupa es innegable, si bien es verdad que su definición, no exenta de dificultades, ha centrado la atención en diversas ocasiones de la sala de lo civil del TS. De esta forma, acogiendo ideas de algún pronunciamiento reciente<sup>92</sup> se ha considerado que puede entenderse por daño moral, en su integración negativa «toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado no referido a los daños corporales materiales o perjuicios, y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por su naturaleza, no cabe integrar, en los daños materiales porque éstos son aprehensibles por su propia

do en la última jurisprudencia del TS, vid. CHOCRON GIRALDEZ, Ana M., «Petición indemnizatoria del trabajador derivada de la vulneración de derechos fundamentales», *Aranzadi Social* 2003-V, p. 489. Doctrina también acogida mayoritariamente por los TSJ, no obstante, este automatismo goza de dos excepciones, en relación con la LO 1/82 de tutela del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen y la Ley 51/2003 que lo acoge en relación a la no discriminación, esta temática con mayor amplitud, en SERRANO OLIVARES, Raquel, *El acoso moral...», op. cit.*, pp. 220 ss. A la misma idea apuntan BAYLOS GRAU, Antonio et altri, *Instituciones de Derecho...», op. cit.*, p. 213 para quienes «la indemnización sólo puede descansar en la demostración de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta lesiva de los derechos fundamentales».

<sup>91</sup> Vid. en esta dirección, SÁNCHEZ CASTILLO, Mercedes, «Indemnización por vulneración...», *op. cit.*, p. 185 quien sigue en este punto al profesor Castán. En la misma línea, sobre la imposibilidad de cuantificar los daños morales y la posibilidad de aplicar analógicamente las respuestas dadas a esta problemática por normas como la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, puede verse ALFONSO MELLADO, Carlos L., *Indemnizaciones entre empresarios...», op. cit.*, p. 95.

<sup>92</sup> STS (civil) 22 septiembre 2004 (N.º de Recurso 4058/1998). Vid. igualmente, SSTs (civil) 22 febrero 2001 (RJ 2242) y 9 diciembre 2003 (RJ 8643).

caracterización y, por lo tanto, traducibles en su *quantum* económico». En cuanto a su integración positiva, afirma, siguiendo la doctrina de pronunciamientos anteriores, que hay que entender «categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se estima el sufrimiento o esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales...».