

La Garantía de Indemnidad

Antonio Folgoso Olmo

Prólogo: **Alfredo Montoya Melgar**



Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Director

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Rey Juan Carlos (s.e.) y Magistrado de la Sala IV
del Tribunal Supremo

Yolanda Cano Galán, Letrada del Gabinete del Tribunal Supremo y Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

María Emilia Casas Baamonde, Catedrática de la Universidad Complutense, presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y expresidenta del Tribunal Constitucional.

Aurelio Desdentado Bonete, Magistrado del Tribunal Supremo (jubilado).

Joaquín García Murcia, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

Emilio Jiménez Aparicio, Abogado del Estado.

Lourdes López Cumbre, Catedrática de la Universidad de Cantabria.

Eduardo Rojo Torrecilla, Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Carmen Sánchez Trigueros, Catedrática de la Universidad de Murcia.

LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

ANTONIO FOLGOSO OLMO



COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2021

Primera edición: marzo de 2021

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© De los contenidos, Antonio Folgoso Olmo
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es/>

NIPO papel: 090-21-046-X
NIPO en línea PDF: 090-21-045-4
NIPO en línea ePUB: 090-21-044-9
ISBN: 978-84-340-2710-7
Depósito legal: M-6651-2021

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

A Merche, Lucía y Marta

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
PRÓLOGO, por <i>Alfredo Montoya Melgar</i>	15
ABREVIATURAS	21
INTRODUCCIÓN	25
CAPÍTULO I. PRESUPUESTOS DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD ...	33
1. Los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo	33
1.1 Definición de derechos fundamentales y encuadre dentro de los textos constitucionales	34
1.2 Origen histórico y evolución de los derechos fundamentales	36
1.3 Límites de los derechos fundamentales	38
1.4 Eficacia entre particulares de los derechos fundamentales	39
1.5 Cambio de postura y justificación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales	42
1.6 Derechos fundamentales en la empresa	46
2. El derecho a la tutela judicial efectiva	48
2.1 Ámbito subjetivo	50
2.2 Caracterización del derecho a la tutela judicial efectiva	52
2.3 Derechos sustantivos de acceso al proceso	54
2.3.1 Derecho de acceso a los tribunales	54
2.3.2 Derecho a los recursos legalmente establecidos	60
2.3.3 Derecho a la ejecución de resoluciones judiciales	62
2.3.4 Derecho de acceso a la justicia cautelar	64

	Páginas
2.4 Derechos adjetivos del proceso	65
2.4.1 Prohibición de sufrir indefensión	66
2.4.2 Derecho a la igualdad de las partes	68
2.4.3 Derecho a obtener una resolución sobre el fondo	70
2.5 Garantías del artículo 24.2 CE	79
2.5.1 Derecho al juez predeterminado por la Ley	80
2.5.2 Derecho a la publicidad del proceso	80
2.5.3 Derecho a la asistencia letrada	81
2.5.4 Prohibición de dilaciones indebidas	82
2.5.5 Derecho a la utilización de los medios de prueba	83
2.5.6 Especial referencia a la presunción de inocencia	84
3. Libertad de expresión y derecho a comunicar información veraz	85
3.1 Ámbito subjetivo	86
3.2 Contenido y límites de la libertad de expresión	87
CAPÍTULO II. FUNDAMENTOS	95
1. Contexto normativo internacional y europeo	95
1.1 Regulación internacional	96
1.2 Regulación europea	101
2. Fundamento histórico en la normativa española.....	104
2.1 Tratamiento de la prohibición de represalias en los textos preconstitucionales	104
2.2 Aprobación de la Constitución Española y cambio de paradigma ..	106
2.3 Protección contra las represalias a través de la figura del despido en fraude de ley	107
2.4 Protección en el marco del derecho a no sufrir discriminación	111
2.5 Protección en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva	114
3. Génesis y caracterización técnica	118
3.1 Primeros pronunciamientos del TC	118
3.2 Vinculación con la tutela judicial efectiva	122
3.3 Garantía de indemnidad legal	124
3.4 Desarrollo jurisprudencial	132
4. Análisis teórico	134
4.1 Examen terminológico	134

4.2	Garantía de indemnidad amplia y estricta. Singularización frente al resto de los derechos fundamentales	136
4.3	Evolución divergente respecto del derecho a la tutela judicial efectiva ..	142
4.4	Dinamismo de la institución	145
5.	Fundamento axiológico	149
5.1	Relación con otros derechos	149
5.2	Relación con la dignidad humana	156
5.3	Función reparadora y preventiva	162
CAPÍTULO III. ELEMENTOS SUBJETIVOS		165
1.	Sujeto accionante	165
1.1	Trabajador como elemento fundamental. Interpretación amplia	166
1.2	Trabajadores autónomos económicamente dependientes	170
1.3	Representante unitario o sindical	173
1.4	Representante procesal	176
1.5	Represalias adoptadas contra familiares o allegados	177
2.	Sujeto represivo.....	182
2.1	Empresario como elemento paradigmático	182
2.2	Posibilidad de lesión por terceros	184
2.3	Supuestos de empresario «complejo»: descentralización productiva ..	186
CAPÍTULO IV. ELEMENTOS OBJETIVOS		201
1.	Elemento objetivo precursor	201
1.1	Actuaciones judiciales y conexas	202
1.1.1	Acción judicial como elemento fundamental	202
1.1.2	Actuaciones intraprocesales	205
1.1.3	Actuaciones previas preceptivas	208
1.1.4	Actuaciones no preceptivas	211
1.1.5	Declaración testifical en juicio	211
1.2	Denuncias públicas extrajudiciales	216
1.2.1	Denuncias «egoístas»	217
1.2.2	Denuncias «altruistas» (<i>whistleblowers</i>)	224
1.3	Extensión de la protección a las actuaciones no jurisdiccionales a la luz de la STC 55/2004	241

	Páginas
1.3.1	Justificación y encaje en el derecho a la tutela judicial efectiva 241
1.3.2	Requisitos de las actuaciones protegidas 245
1.3.3	Escenario actual 255
1.3.4	Dos propuestas para avanzar 268
1.4	Actuaciones de salvaguarda de los derechos 278
1.5	Actuaciones del trabajador que no activan la garantía de indemnidad 283
2.	Elemento objetivo desencadenado: la reacción adversa o represalia 293
2.1	Concepto amplio de represalia 293
2.2	Actuaciones anteriores a la relación laboral 302
2.3	Actuaciones posteriores a la relación laboral 307
2.4	Agravamiento de la actuación empresarial tras reclamar 310
2.5	Cambio jurisprudencial: ¿represalia o actuación legítima? 314
CAPÍTULO V. ELEMENTO FUNCIONAL: NEXO DE CAUSALIDAD ... 317	
1.	Análisis de la vinculación entre acción y represalia 317
1.1	Especial distribución de la carga de la prueba 319
1.2	Irrelevancia del elemento volitivo 329
1.3	Necesidad de pertinencia subjetiva de la medida 332
1.4	Actuaciones pluricausales 336
2.	Supuestos específicos 339
2.1	Actuaciones <i>ad nutum</i> y discrecionales 339
2.2	Particularidades en el ámbito de la Administración Pública 343
2.3	Particularidades en el ámbito del trabajo autónomo económicamente dependiente 346
3.	Análisis de la prueba indiciaria 347
3.1	La conexión temporal y su evolución 347
3.2	El término comparativo 351
3.3	Resto de indicios y contraindicios 355
CAPÍTULO VI. PROTECCIÓN Y REPARACIÓN 363	
1.	Mecanismos procesales para la protección del derecho 363
1.1	Modalidad procesal específica: tutela de derechos fundamentales 364
1.2	Particularidades del proceso de tutela de derechos fundamentales 368

	Páginas
1.2.1 Intervención del Ministerio Fiscal	368
1.2.2 Tramitación preferente y sumaria	370
1.2.3 Acceso al recurso de suplicación	371
1.2.4 Particularidades en cuanto a la ejecución de sentencias	371
1.2.5 Régimen específico de medidas cautelares	372
2. Calificación de la lesión del derecho	372
2.1 Consecuencia: la nulidad de la medida y sus efectos	373
2.2 Derecho a la reparación: indemnización por daños materiales y morales	377
2.3 Efectos de la nulidad en las distintas modalidades procesales	382
2.4 Efectos de la nulidad del despido en las distintas relaciones laborales especiales	385
2.4.1 Servicio del hogar familiar	386
2.4.2 Alta dirección	391
2.4.3 Deportistas profesionales	392
2.4.4 Artistas en espectáculos públicos	393
2.4.5 Residencia para la formación de profesionales en Ciencias de la Salud	394
2.4.6 Abogados en despachos individuales o colectivos	395
2.4.7 Resto de relaciones laborales especiales	396
2.5 Efectos de la nulidad en supuestos fronterizos: socios cooperativistas y TRADE	399
CAPÍTULO VII. CONSIDERACIONES FINALES	403
BIBLIOGRAFÍA	413
ANEXO I. RELACIÓN SISTEMÁTICA Y CRONOLÓGICA DE LAS RESOLUCIONES ANALIZADAS	447
ANEXO II. ANÁLISIS SINTÉTICO DE LAS SENTENCIAS MÁS RELEVANTES	485
1. Sentencias del Tribunal Constitucional	488
2. Sentencias del Tribunal Supremo	515

PRÓLOGO

La arquitectura, tan compleja como necesaria, del Ordenamiento jurídico no se limita a reconocer derechos –a la cabeza de ellos, los de carácter fundamental–, sino que también idea instituciones destinadas a hacer efectivo el ejercicio de esos derechos, con un propósito adicional: evitar que tal ejercicio pueda ser causa de perjuicios para quienes lo emprendan. Con tal finalidad surge la garantía de indemnidad, un instrumento jurídico ideado para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, en destacado lugar, para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

En el ámbito de las relaciones laborales –y a diferencia de lo que ocurre en otros sectores del derecho– se viene produciendo una clara recepción de la institución, sin duda por ser particularmente evidente la necesidad de habilitar un mecanismo jurídico que permita al trabajador ejercitar sus derechos frente al empresario sin el riesgo de recibir de éste una reacción de represalia; necesidad que, desde luego, deja abierta la posibilidad de extender la garantía a otras relaciones no laborales. Esta es la función de la institución de la garantía de indemnidad, a cuyo meditado estudio se dedica el libro que se prologa: la función de servir de escudo protector al trabajador que ejerce un derecho (de modo paradigmático: el derecho a la tutela judicial efectiva) frente al empresario. Contando con tal recurso protector, es evidente que el trabajador puede desplegar con mayor libertad el ejercicio de sus derechos, y muy especialmente el ejercicio del citado derecho a la tutela judicial efectiva.

De este modo, a las múltiples garantías que el sistema jurídico instituye para dotar de efectividad a los derechos fundamentales (garantías frente al legislador, a la jurisdicción y a la administración, encauzadas a través de distintos sistemas de impugnación o recurso), se suma esta singular garantía de indemnidad, que puede derivarse del tenor del art. 24.1 de la Constitución: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Este reconocimiento, tan

genérico como corresponde a la norma en la que se inserta, es especialmente necesario en el ámbito de las relaciones de trabajo, en las que, como sintetiza el autor de esta obra, «la actuación del trabajador que formula una reclamación contra su empresa debe estar protegida», añadiendo muy pertinentemente: «Aunque la garantía de indemnidad apriorísticamente se conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva, lo trasciende y adquiere entidad propia». En suma, tal garantía pretende evitar que las posibles reclamaciones de los trabajadores se vean coartadas por acciones impeditivas de su planteamiento, creando una situación de desánimo previo en el trabajador o incitando a éste a desistir de las reclamaciones emprendidas.

La circunstancia de que esta necesidad de protección del trabajador que acciona frente a su empresario no haya logrado todavía el suficiente tratamiento legal ha sido, afortunadamente, suplida por la acción de la jurisprudencia constitucional, que despliega su doctrina sobre la garantía de indemnidad a partir de la década de los 90 del pasado siglo, contando, claro está, con las elaboraciones previas que venían produciendo el propio TC y el TS, y que luego han sido continuadas por ambos tribunales. De este modo se ha logrado la formación de una más acabada doctrina jurisprudencial sobre la materia, atendiendo a nuevas figuras o modalidades conexas con la institución, como son los supuestos en los que la acción que da lugar a la reacción empresarial no procede del trabajador víctima de la represalia sino de un tercero, o cuando tal represalia procede de una instancia distinta de la del empresario, o, en fin, cuando las acciones objeto de represalia no se han planteado en sede judicial.

Claro está que, aun resultando de importancia trascendental la labor jurisdiccional en la materia, no es función de los tribunales la elaboración del completo edificio argumental que explique la institución y pueda avanzar propuestas interpretativas, cometido que corresponde a la doctrina académica. Y, en efecto, ésta ha producido ya varios destacados estudios sobre la garantía de indemnidad, bibliografía que ahora se enriquece con este importante libro del doctor Antonio Folgoso Olmo; un libro que reúne una doble y afortunada condición, con cuya concurrencia revela su condición de relevante obra jurídica: es una exigente reflexión teórica y es al tiempo un análisis de indudable interés práctico, en el que se da entrada a problemas de evidente complejidad, como puede ser la aplicación de la figura estudiada al supuesto de la descentralización productiva o al de la denuncia por el trabajador de situaciones empresariales irregulares, respecto de los que se propugna una interpretación expansiva.

La obra acomete y da término, siguiendo una cuidada sistemática, a las distintas cuestiones que plantea la institución estudiada; una institución sobre cuyo contenido y límites, no siempre pecisos, reflexiona agudamente el autor.

De este modo, procede al examen de los diferentes elementos que configuran dicha institución, enmarcándola en el ámbito de los derechos fundamentales, y, dentro de ellos, en el derecho a la tutela judicial efectiva, atendiendo también, en sus posibles conexiones con la garantía de indemnidad, a otros derechos fundamentales como la libertad de expresión.

Situado así, en su dimensión más general, el objeto de la investigación, ésta emprende un estudio de la institución en el que va abordando sucesivamente la posición de la garantía de indemnidad en el contexto europeo e internacional, sus elementos configuradores subjetivos, así como los objetivos y funcionales y sus posibles límites (que el autor interpreta de un modo flexible, como consecuencia de abrazar una concepción expansiva de los derechos fundamentales), atendiendo especialmente a los aspectos polémicos de la institución.

El estudio pone énfasis en destacar la peculiaridad de la relación jurídica entre empresario y trabajador; ciertamente, una relación de derecho privado, pero, no menos cierto, una relación entre sujetos con posiciones desiguales, en la que uno de ellos, el empresario, está dotado de importantes poderes de dirección y disciplinario sobre el otro, el trabajador. Con toda claridad, y siguiendo una larga tradición, el art. 5.c) del Estatuto de los Trabajadores señala el deber básico de los trabajadores de «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas» (ciertamente con el importante límite de que esas órdenes sean objeto de un «ejercicio regular» o ajustado a derecho; límite sobre el que vuelve el art. 20.2 ET cuando traza la obligación del trabajador de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario, y que el art. 20.3 ET refiere a las medidas empresariales de vigilancia y control, cuando las somete al respeto de la dignidad del trabajador).

Al tratar de los elementos subjetivos operantes en el desenvolvimiento de la institución, se pone particular énfasis en concretar el alcance de la responsabilidad empresarial, que puede extenderse, más allá de los actos del propio empresario, a los de sus dependientes e incluso a determinadas actuaciones de terceros, así como las peculiaridades derivadas de la existencia de procesos de descentralización productiva.

En cuanto a los elementos objetivos de la institución, la investigación analiza con rigor el que denomina «elemento objetivo precursor» (las denuncias judiciales y extrajudiciales presentadas por los trabajadores), la reacción que ese factor desencadena (represalia empresarial) frente a tales denuncias, y, finalmente, el nexo causal entre unas y otras. Quedan así tratadas, en primer lugar, las reclamaciones procesales que operan como presupuesto de la garantía de indemnidad y las respuestas obtenidas por ellas; una compleja materia

en la que la obra realiza una delicada tarea de identificación de supuestos. De este modo, se pormenorizan las distintas actuaciones protegidas, al tiempo que se reconducen a otras vías distintas de la garantía de indemnidad reclamaciones sustentables en otros derechos fundamentales (por ejemplo, en el supuesto de la denuncia de irregularidades, encuadrable en el ámbito de la libertad de expresión y de información), a cuyo efecto se ofrecen pautas a seguir en unos y otros casos.

La obra del doctor Folgoso Olmo, como verdadero trabajo científico, no elude las valoraciones críticas y, consecuencia de ellas, la formulación de propuestas normativas. Así ocurre, sin ánimo de agotar el elenco, con las sugerentes reflexiones que realiza al tratar de la aplicación de la garantía de indemnidad a supuestos basados en actuaciones, no ya extraprocesales, sino consistentes en meras reclamaciones informales. El autor presenta al respecto su propuesta a favor del establecimiento de una presunción de conexión entre el proceso y las reclamaciones de derechos seguidas de un pronta reacción o represalia empresarial.

Por otra parte, el completo estudio de los elementos objetivos de la institución no olvida la posibilidad de usos desviados e impropios de ella, así como la existencia de remedios procesales frente a esas eventuales situaciones.

Centrando el análisis de los factores objetivos en el de la reacción empresarial, el autor propone una profunda revisión del tratamiento de la cuestión, al entender que tal reacción debe incluir cualquier actuación empresarial que produzca un perjuicio al trabajador desalentándole en el ejercicio del derecho fundamental, y ello con independencia de que exista o no una deliberada voluntad de causar daño, o de que este daño alcance o no una especial gravedad. Más aún, se propone que el concepto de represalia empresarial incluya también actuaciones que no obedezcan específicamente al ejercicio del poder disciplinario del empresario, y que incluso se produzcan fuera del marco temporal de la relación laboral, supuesto que se ilustra con el ejemplo de la inclusión del trabajador en una «lista negra».

Estudiados los elementos objetivos (antecedente y reactivo) de la institución objeto de análisis, se procede a indagar acerca del nexo causal existente entre ambos. Al respecto, se pone de relieve el hecho de que la reclamación ha de ser obviamente consecuencia de la decisión dañosa, y que no cabe excluir la posibilidad de que la aplicación de una previsión legal (por ejemplo, la extinción del contrato temporal al alcanzar su término final) también pueda encubrir una decisión dañosa vulneradora de un derecho fundamental; razonamiento que se acompaña de un útil y completo recorrido jurisprudencial. En este sentido, se recuerda el juego de la distribución de la carga de la prueba en

estos procesos, que impone al trabajador la aportación de indicios de la vulneración del derecho fundamental, y al empresario la demostración de que la decisión impugnada carecía de vinculación con la reclamación inicial del trabajador.

Como concluye con realismo el autor, la garantía de indemnidad constituye «un mecanismo idóneo para amparar las reivindicaciones de unas mejores condiciones de trabajo», y ello con independencia de que «evidentemente, no es la única herramienta para ello». En efecto, la institución estudiada con tanto conocimiento como acierto por el doctor Antonio Folgoso Olmo es una de las que contribuyen a configurar lo que John Rawls llama, en su Teoría de la Justicia, «una sociedad bien ordenada», esto es, «una sociedad planeada para incrementar el bien de sus miembros» y «eficazmente regida por una concepción pública de la justicia».

ALFREDO MONTOYA MELGAR

Catedrático de Derecho del Trabajo

De la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

ABREVIATURAS

<i>AEPD</i>	<i>Agencia Española de Protección de Datos</i>
<i>AN</i>	<i>Audiencia Nacional</i>
<i>Art.</i>	<i>Artículo</i>
<i>ATC</i>	<i>Auto del Tribunal Constitucional</i>
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>CCAA</i>	<i>Comunidades Autónomas</i>
<i>CC</i>	<i>Código Civil</i>
<i>CDFUE</i>	<i>Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea</i>
<i>CE</i>	<i>Constitución Española de 27 de diciembre de 1978</i>
<i>CEDH</i>	<i>Convenio Europeo de Derechos Humanos</i>
<i>CGPJ</i>	<i>Consejo General del Poder Judicial</i>
<i>CP</i>	<i>Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal</i>
<i>DIRCE</i>	<i>Directorio Central de Empresas</i>
<i>DUDH</i>	<i>Declaración Universal de Derechos Humanos</i>
<i>EBEP</i>	<i>Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre</i>
<i>EOMF</i>	<i>Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal</i>
<i>ET</i>	<i>Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre</i>
<i>ET/1980</i>	<i>Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores</i>
<i>FJ</i>	<i>Fundamento Jurídico</i>
<i>INE</i>	<i>Instituto Nacional de Estadística</i>
<i>JS</i>	<i>Juzgado de lo Social</i>
<i>LC/2003</i>	<i>Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal</i>
<i>LC/2020</i>	<i>Texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo</i>
<i>LCoop</i>	<i>Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas</i>
<i>LEC</i>	<i>Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil</i>

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

<i>LECr</i>	<i>Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>
<i>LETA</i>	<i>Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo</i>
<i>LISOS</i>	<i>Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto</i>
<i>LIT</i>	<i>Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social</i>
<i>LOI</i>	<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>
<i>LOLS</i>	<i>Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical</i>
<i>LOPD</i>	<i>Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales</i>
<i>LOPJ</i>	<i>Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial</i>
<i>LOTIC</i>	<i>Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional</i>
<i>LPAC</i>	<i>Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas</i>
<i>LPL/1980</i>	<i>Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio</i>
<i>LPL/1990</i>	<i>Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril</i>
<i>LPL/1995</i>	<i>Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril</i>
<i>LPRL</i>	<i>Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales</i>
<i>LRJCA</i>	<i>Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa</i>
<i>LRJS</i>	<i>Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social</i>
<i>LSP</i>	<i>Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público</i>
<i>OIT</i>	<i>Organización Internacional del Trabajo</i>
<i>RC</i>	<i>Recurso de casación</i>
<i>RCUD</i>	<i>Recurso de casación para unificación de doctrina</i>
<i>RD</i>	<i>Real Decreto</i>
<i>RDL</i>	<i>Real Decreto-Ley</i>
<i>RDLg</i>	<i>Real Decreto Legislativo</i>
<i>RDLRT</i>	<i>Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo</i>
<i>SA</i>	<i>Sociedad Anónima</i>
<i>SAN</i>	<i>Sentencia de la Audiencia Nacional</i>
<i>SJM</i>	<i>Sentencia del Juzgado de lo Mercantil</i>
<i>SJS</i>	<i>Sentencia del Juzgado de lo Social</i>
<i>SS</i>	<i>Sentencias</i>
<i>STC</i>	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i>
<i>STCT</i>	<i>Sentencia del Tribunal Central de Trabajo</i>
<i>STEDH</i>	<i>Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
<i>STJCE</i>	<i>Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i>
<i>STJUE</i>	<i>Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>

<i>STMC</i>	<i>Sentencia del Tribunal Militar Central</i>
<i>STS</i>	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
<i>STSJ</i>	<i>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia</i>
<i>TC</i>	<i>Tribunal Constitucional</i>
<i>TCT</i>	<i>Tribunal Central de Trabajo</i>
<i>TEDH</i>	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
<i>TGSS</i>	<i>Tesorería General de la Seguridad Social</i>
<i>TJCE</i>	<i>Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i>
<i>TJUE</i>	<i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
<i>TMC</i>	<i>Tribunal Militar Central</i>
<i>TRADE</i>	<i>Trabajador autónomo dependiente económicamente</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo</i>
<i>TSJ</i>	<i>Tribunal Superior de Justicia</i>
<i>UE</i>	<i>Unión Europea</i>

INTRODUCCIÓN

La garantía de indemnidad en el ámbito de las relaciones laborales fue enunciada por primera vez de manera expresa en la STC 14/1993¹. Desde entonces, esta institución ha ido desarrollándose de forma paulatina, llegando a adquirir unas dimensiones que superan con creces los esquemas iniciales sobre los que fue construida. La muestra más reseñable de ello es la STC 55/2004, que constituye probablemente el pronunciamiento más transgresor del TC en la materia y una auténtica revolución doctrinal y jurisprudencial, en tanto que permite desvincular esta garantía del proceso judicial considerado en sentido estricto, superado de ese modo en aras a conseguir una protección efectiva de los derechos de quien se aventura a reclamar frente a su empleador.

Observando las fechas de estos dos hitos fundamentales, es claro que la institución ya no puede calificarse como novedosa: han transcurrido veinticinco años desde su elaboración originaria y quince desde su reformulación más relevante. Sin embargo, el tiempo transcurrido no ha logrado resolver todas las dudas planteadas; muy al contrario, siguen aflorando con relativa frecuencia, especialmente conectadas a sus límites.

Son varios los hechos que han complicado la tarea de perfilar la figura de la garantía de indemnidad. Para empezar, la jurisprudencia constitucional, si bien ha aclarado numerosas cuestiones relativas a su naturaleza y su aplicación, no ha tenido la oportunidad de resolver todas las preguntas que surgen en torno a la misma, especialmente a causa de las numerosas dificultades procedimentales para poder acceder al TC. Como esto último también puede predi-

¹ Existe un precedente en la STS [Sala Primera] de 24 de marzo de 1992, rec. 353/1990, también vinculado a la prohibición de sufrir represalias derivadas del ejercicio de derechos fundamentales, referido al ámbito de la libertad de expresión.

carce del acceso al TS, acaban siendo los órganos judiciales inferiores quienes ocupan un papel especialmente destacado, generando gran parte de la doctrina relevante, si bien sosteniendo con frecuencia posiciones contradictorias. Por otra parte, el propio carácter dinámico de las relaciones laborales se traduce en la aparición de continuas situaciones conflictivas novedosas, muchas de las cuales a día de hoy siguen sin respuesta por parte del TC.

A las dificultades existentes en cuanto a la desigual evolución judicial de la garantía de indemnidad hay que añadir un segundo conjunto de problemas: aquellos que atañen al marco regulador. El hecho más reseñable a este respecto es la práctica ausencia de desarrollo normativo específico en cuanto a la garantía de indemnidad. El legislador ha permanecido prácticamente inmóvil en este ámbito, no teniendo apenas ninguna intervención destacable y limitándose a supuestos que han aportado más dudas que soluciones (como es el caso de la actual redacción del art. 17 ET).

Ahora bien, pese a este silencio legislativo en la materia concreta que nos ocupa, las transformaciones normativas que han afectado al Derecho del Trabajo han generado profundos cambios en las relaciones laborales que no dejan de afectar a nuestro objeto de estudio. En los últimos años, y vinculada a las últimas crisis económicas vividas, el Derecho del Trabajo ha experimentado una evolución vertiginosa. Estos cambios han supuesto una transformación muy importante en muchos aspectos de las relaciones laborales (sin dificultad, puede pensarse en el ámbito de la descentralización productiva, que ha modificado de forma muy relevante las relaciones entre trabajadores y empresarios). Esta evolución supone, sin duda, un inconveniente nada desdeñable respecto del estudio de las instituciones jurídicas², pues ha arrojado, y sigue haciéndolo, numerosos interrogantes que merecen ser respondidos. A su vez, sin embargo, permite entender –aunque sea de manera indirecta– el desarrollo, las necesidades y las perspectivas de futuro de la garantía de indemnidad.

En la presente obra se presta una especial atención a la elaboración efectuada por parte de la doctrina judicial de la garantía de indemnidad. Esta, tal y como hemos señalado, aporta la materia prima más relevante para el estudio de nuestra

² De forma bastante significativa, se ha dicho que «una frase del legislador puede modificar bibliotecas enteras» (VON KIRCHMANN, Julius Hermann: *La ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Edit. Losada, S.A. 1949, p. 251, cit. en GINER ALEGRÍA, César Augusto: «Derechos Humanos y Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico español». En: Juan José Nicolás Guardiola (coord.), César Augusto Giner Alegría (coord.), Víctor Meseguer Sánchez (dir.), Manuela Avilés Hernández (dir.) y Pascual Martínez Ortiz (pr.), *Empresas, Derechos Humanos y RSC: Una mirada holística desde las Ciencias Sociales y Jurídicas*, Navarra: Aranzadi. 2016, p. 450). Esta cita cobra una especial vigencia en nuestra experiencia iuslaboralista de los últimos años, tras la auténtica revolución jurídica que ha sufrido nuestra disciplina en la última década como consecuencia de las sucesivas reformas laborales que han ido aprobándose.

figura. Sin embargo, conectada como está al casuismo de los asuntos que llegan ante los tribunales, la doctrina judicial no puede acometer –más que *obiter dicta*– un estudio más amplio de la institución. Por ello, se hace imprescindible también acudir a las aportaciones que ha realizado la doctrina científica, a su vez, atenta a la irregular evolución jurisprudencial³. La combinación de ambas perspectivas aporta las herramientas suficientes para seguir los criterios de Bobbio⁴ y valorar la institución desde la triple dimensión referida a su justicia, validez y eficacia. Asimismo, nos exime de limitarnos a teorizar sobre la figura estudiada, permitiéndonos enfocar también lo que resulta de su aplicación en la práctica⁵.

No obstante lo anterior, existen dos aspectos que quedan extramuros del estudio que hemos realizado de la garantía de indemnidad.

En primer lugar, se aborda la garantía de indemnidad en el ámbito exclusivo del Derecho español. No analiza, más que someramente en algún caso, las consecuencias que en otros ordenamientos jurídicos tienen las actuaciones empresariales que represalian el ejercicio del derecho a reclamar frente a la empresa.

Sin embargo, no resultaría extraño suponer que esta regulación debe tener un amplio desarrollo en distintos sistemas jurídicos, especialmente teniendo en cuenta que muchos de ellos se encuentran igualmente vinculados por el Convenio núm. 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982, entre otros, lo que permite pensar que en su caso también existirán determinadas instituciones, cuanto menos, análogas a la aquí estudiada. El estudio en Derecho Comparado del equivalente de la garantía de indemnidad y de sus numerosos contornos podría aportar mucha luz sobre la forma en que esta institución se ha recogido

³ En este sentido, son especialmente relevantes cuatro trabajos. Sin embargo, desde la publicación de los dos primeros (ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete: Bomarzo. 2005; e IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*. Madrid: Consejo Económico y Social. 2008) han transcurrido más de diez años, tiempo en que han acaecido numerosos hitos (especialmente en el ámbito de la jurisprudencia constitucional y de las fronteras de la institución analizada) que merecen ser analizados con detenimiento. Por otra parte, los dos últimos (LEITE DE CARVALHO, Augusto Cesar: *Garantía de indemnidad en Brasil: una cuestión de efectividad del derecho de acción* [tesis doctoral no publicada, Universidad de Castilla-La Mancha]. <https://cutt.ly/7yepGHw>; y MOREIRA DELGADO, Ubiratan: *Derecho al trabajo y garantía de indemnidad: una mirada crítica desde el derecho español como contribución al avance de la protección contra el despido arbitrario en Brasil* [tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha]. Repositorio Universitario Institucional de Recursos Abiertos, UCLM. <https://cutt.ly/lyepVgt>. 2019), si bien son más recientes, enfocan la garantía de indemnidad española con el objetivo de su proyección en el derecho brasileño, por lo que no se detienen a analizar esta institución (y sus perspectivas de futuro) con la extensión y profundidad a la que aquí se aspira. Por último, tras la conclusión del presente trabajo, se ha publicado la obra de FRANCISCO JIMÉNEZ ROJAS, titulada «Doctrina social constitucional sobre la garantía de indemnidad. Recurso de amparo y especial trascendencia Constitucional», A Coruña: Edit. Colex, 2020. No puede dejarse pasar la ocasión de citar esta obra, en cuanto que referida al tema que nos ocupa.

⁴ CRUZ VILLALÓN, Jesús. «La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo». *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 132, pp. 73-121. 2016.

⁵ *Ibidem*.

en el sistema jurídico español y, especialmente, acerca de los bienes protegidos sobre los que se ha sustentado y los límites de esta figura⁶.

Sirva como ejemplo la similitud apreciada con un ordenamiento jurídico como el estadounidense, que ha considerado la necesidad de proteger tales actuaciones en aquellos casos en que se encuentren vinculadas al principio de igualdad de trato. Este mismo principio es el que ha inspirado todas las instituciones próximas (pero no idénticas) a la garantía de indemnidad en el ámbito europeo. Como se ha indicado, la garantía de indemnidad puede sustentarse sobre valores muy diversos, siendo la tutela judicial efectiva solo uno de ellos. Otras posibilidades, tales como la tutela antidiscriminatoria (como en el caso estadounidense⁷), el principio de igualdad (como en la normativa del espacio europeo) o incluso la libertad de expresión podrían ser utilizados igualmente como asideros de esta institución.

Además, resulta especialmente interesante enfocar las consecuencias que en otros ordenamientos jurídicos se anudan a estas actuaciones, de forma que pueda analizarse si en el marco de esta institución también se ha acudido a las herramientas más tuitivas, como ha ocurrido en el caso del Derecho español. Todos estos aspectos permiten concluir la conveniencia de continuar estudiando esta materia en el ámbito del Derecho Comparado, pues ello indudablemente permitirá adquirir un mejor conocimiento de la institución y de sus potencialidades, posibilitando incluso la adopción de aspectos que permitan mejorar o perfeccionar la protección otorgada. Sin embargo, razones metodológicas, en buena parte condicionadas por el imprescindible pragmatismo para quien aborda la aventura desde el ejercicio de la Abogacía, han impuesto la opción reseñada.

⁶ De forma llamativa, los únicos trabajos que han realizado dicho análisis se han centrado en el ámbito brasileño, al que se han dedicado hasta dos tesis doctorales (LEITE DE CARVALHO, Augusto Cesar: *Garantía de indemnidad en Brasil: una cuestión de efectividad del derecho de acción...* [Bibl. cit.] y MOREIRA DELGADO, Ubiratan: *Derecho al trabajo y garantía de indemnidad...* [Bibl. cit.]), no existiendo en España -que conozcamos- otros trabajos sobre esta garantía que se refieran a otros ámbitos nacionales distintos. Sin embargo, se trata de una institución muy implantada en distintos países de Sudamérica, si bien en estos casos se viene sustentando en unas bases muy similares a las nuestras y, en ocasiones, con una regulación normativa mucho más completa y tuitiva que la nuestra, como es el caso de Chile (al respecto, véase CASTRO CASTRO, José Francisco: «La garantía o derecho de indemnidad laboral y su relación con la prueba indiciaria». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 3, núm. 6, pp. 111-135. 2012). También nos consta su implantación en algunos sistemas jurídicos europeos, como el alemán (el parágrafo 612a del Código Civil alemán, rubricado «Prohibición de represalia», prevé que «el empresario no puede perjudicar al trabajador en su contrato ni de otra manera, por causa de que el trabajador ejercite sus derechos de modo admisible»: MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto: *La desregulación de la protección contra el despido en las pequeñas empresas*. La Coruña: Netbiblo. 2010, p. 22).

⁷ Al respecto, véase CANO GALÁN, Yolanda. *El despido libre y sus límites en el Derecho Norteamericano*. Madrid: Consejo Económico y Social. 2000.

El segundo límite fundamental del objeto de la presente obra radica en que solo se ha analizado la vigencia de la garantía de indemnidad en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Tradicionalmente, se ha apreciado que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales tendrá una especial vigencia en el ámbito de las relaciones laborales, habida cuenta de la desigualdad existente entre las partes de la relación laboral. Así, «se tenderá a proteger más con los derechos fundamentales aquellas situaciones que demuestran menor autonomía de alguna de las partes, como ocurre en el contrato de trabajo»⁸. Sin embargo, ningún motivo parece existir para entender que la garantía de indemnidad deba aplicarse exclusivamente a las relaciones de trabajo, ya sea dentro de otras relaciones de especial sujeción o fuera de estas⁹.

De hecho, la propia jurisprudencia constitucional en algunas ocasiones ya ha apuntado expresamente en este sentido. Especialmente significativa es la STC 186/2003, en tanto que fue la primera sentencia que aludió a esta posibilidad, aplicándola en el ámbito de las relaciones de los privados de libertad frente a la Administración penitenciaria. En concreto, se hacía referencia a un interno en un centro penitenciario que resultó perjudicado en sus derechos como consecuencia de formular acciones judiciales ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, lo que hizo apreciar la vigencia de la garantía de indemnidad en estos supuestos. Precisamente por ese motivo se ha considerado que la garantía de indemnidad es un derecho fundamental, pero no estrictamente laboral¹⁰.

Además, parece plantearse la posibilidad de que su vigencia se amplíe incluso a otro tipo de relaciones absolutamente diferentes. En este sentido, otro supuesto de especial interés es el resuelto por la STC 123/2016¹¹. En esta se aborda el caso de unos presos de ETA que se encontraban privados de libertad. A través del ejercicio de su derecho de acceso a la jurisdicción, llevaron su litigio ante el TEDH, que dictó (constituida en Gran Sala) la sentencia de 21 de octubre de 2013, posibilitando que obtuviesen determinados beneficios penitenciarios que permitían su salida de prisión antes de la fecha prevista. En

⁸ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*. Universidad de Sevilla. 2008, p. 42.

⁹ BOGONI, Milena: «Garantía de indemnidad y tutela antidiscriminatoria. Una propuesta de estudio desde el Derecho Social Europeo». *Revista Galega de Dereito Social - 2ª Etapa: (RGDS)*, 9, pp. 229-266. 2019, p. 238.

¹⁰ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «Garantía de indemnidad y decisiones discrecionales: cese de un cargo de confianza». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 16, pp. 13-33. 2005.

¹¹ Al respecto, véase el comentario a esta sentencia en GARCÍA RODRÍGUEZ, Bernardo: *Jurisprudencia Constitucional en materia sociolaboral (2006-2017)*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018, p. 776.

esta situación, se aprobó una norma por la que se establecían requisitos adicionales a los liberados de prisión para acceder al régimen de protección por desempleo¹², si bien las circunstancias concurrentes (tales como determinadas intervenciones parlamentarias en fecha coetánea a la de la publicación de la STEDH) permitían entender que dicha reforma se había aprobado con el foco puesto en este concreto colectivo. En este contexto, el TSJ País Vasco planteó una cuestión de inconstitucionalidad por diversos motivos, entre los que se denunciaba expresamente la vulneración de la garantía de indemnidad, considerándose que esa modificación normativa se había producido como reacción a la sentencia del TEDH y no con un propósito de reducción del gasto público. Finalmente, el TC estimó la inconstitucionalidad del nuevo texto legal – si bien por otro motivo distinto, pues apreció que se había producido una extralimitación del ámbito de la norma presupuestaria en que se aprobó la medida¹³.

De lo anterior se desprende, al menos *a priori*, la inexistencia de razones por las que la garantía de indemnidad no pueda operar incluso frente al legislador¹⁴. Y, en general, el especial interés de estas sentencias radica en que permiten entender que el ámbito de aplicación de la garantía de indemnidad no tiene por qué limitarse a las relaciones laborales, sino que puede abarcar todos aquellos ámbitos en los que se trate de relaciones de especial sujeción (trabajadores, internos en centros penitenciarios, militares, etc.) –y, por qué no, también fuera de las mismas, en el ámbito de relaciones horizontales (siempre que pueda acreditarse la concurrencia de los requisitos para ello).

Otro caso es el de la jurisdicción civil, en la que existen algunos pronunciamientos en los que no se descarta –al menos, en principio y *obiter dicta*– la aplicación de la garantía de indemnidad en ámbitos tales como las relaciones

¹² En concreto, se hace referencia al apartado primero de la disposición adicional sexagésima sexta del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, incorporada por la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2014. Dicha norma establecía que los liberados de prisión que hubieran sido condenados por la comisión de determinados delitos (dentro de los que se incluían los de terrorismo) solo podrían obtener el subsidio por desempleo cuando, además del resto de requisitos, hubieran satisfecho la responsabilidad civil derivada de sus delitos.

¹³ ROJO TORRECILLA, Eduardo: «El (no) encaje de una modificación normativa de la Ley General de Seguridad Social en una Ley de Presupuestos Generales. Sobre el acceso al subsidio por desempleo de algunos liberados de prisión. Una nota a la Sentencia del TC núm. 123/2016 de 23 de junio». *Eduardo Rojo Torrecilla*. <https://cutt.ly/vyegLCJ>. Publicado el 06.08.2016. Recuperado el 17.05.2020.

¹⁴ CABALLERO PÉREZ, María José: «Prestaciones de Seguridad Social. El subsidio por desempleo de los liberados de prisión: el intento de limitar su ámbito subjetivo mediante una ley de presupuestos y su valoración desde una perspectiva constitucional. Sentencia del Tribunal Constitucional». *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 136, pp. 237-248. 2017.

entre partidos políticos y sus afiliados¹⁵. Lo mismo sucede incluso en las relaciones entre algunas entidades mercantiles¹⁶.

De modo que en los últimos años han ido apareciendo sucesivos pronunciamientos en los que se ha abordado la cuestión de la extensión de la garantía de indemnidad a supuestos absolutamente diferentes. Es cierto que aún no puede constatarse la existencia de una doctrina sólida en el ámbito extralaboral, pero sí que puede apreciarse que estos casos cada vez son menos aislados.

No obstante, como hemos señalado, la exploración de estas posibilidades ha quedado al margen de la presente obra, que delimita su estudio a las relaciones de trabajo.

Finalmente, se hace necesario destacar que este trabajo –igual que el Derecho en general– es hijo de su realidad social¹⁷. De forma muy acertada, se ha afirmado que «la regla jurídica y, en particular, la norma laboral, no puede nunca leerse de manera formal y aislada respecto del contexto económico, social, cultural y político en el que se desenvuelve y aplica»¹⁸. Por este motivo, se presta una especial atención a la situación de crisis y postcrisis vivida en los últimos años, que se ha traducido, entre otros aspectos, en una importante descausalización de las medidas de flexibilidad interna y externa, que afectan de manera decisiva al contrato de trabajo.

¹⁵ STS [Sala Primera] 595/2009, de 5 de octubre, RC 552/2006. Sobre ese mismo argumento, podría pensarse también en las relaciones internas de las asociaciones. Véase al respecto BILBAO UBILLOS, Juan María: «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittwirkung*: una visión de conjunto». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 21 (Ejemplar dedicado a: Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares)*, 2017, p. 51.

¹⁶ STS [Sala Primera] 123/2015, de 4 de marzo, RC 41/2013. Es cierto que existe algún pronunciamiento en el que la aplicación de la garantía de indemnidad en relaciones mercantiles es evaluada de forma negativa. Se trata de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 438/2016, de 27 diciembre, Recurso de Apelación 500/2016. Esta resolución descarta su vigencia en el supuesto analizado, apoyándose para ello en alguno de los interesantes criterios incluidos en la sentencia de instancia: es de especial interés la consideración de que no se ha producido «un desequilibrio entre las partes que implique una posición de superioridad frente a la actora», con lo que se viene a reafirmar la tesis de que la garantía de indemnidad tendrá un papel protagonista en las relaciones horizontales en las que exista una nota relevante de desigualdad. Finalmente, sin embargo, se alcanza una respuesta que omite el fondo de la cuestión, al reiterar que en ningún momento dejó de estar «asegurado el derecho a la tutela judicial mediante el acceso a los diferentes procesos que la norma propicia para el ejercicio de las recíprocas pretensiones de las partes».

¹⁷ El art. 3.1 CC es una clara demostración de lo expuesto, al establecer la necesidad de que las normas se interpreten en atención a sus antecedentes históricos y legislativos, y tomando en cuenta la realidad social de su tiempo.

¹⁸ CRUZ VILLALÓN, Jesús. «La metodología de la investigación...» (Bibl. cit.), p. 100.

CAPÍTULO I

PRESUPUESTOS DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

En este capítulo se realiza un estudio introductorio de algunas premisas necesarias para el abordaje de la garantía de indemnidad. Nos referimos a los tres derechos fundamentales que a lo largo del presente trabajo se utilizan de forma predominante para sustentar la protección constitucional que debe recibir la interposición de reclamaciones y denuncias frente al empleador: la tutela judicial efectiva, la libertad de expresión y el derecho a comunicar información veraz.

Sin ánimo de exhaustividad, repasamos los aspectos más relevantes de cada uno de ellos y esbozamos su vigencia en el ámbito del contrato de trabajo, teniendo en cuenta que este se caracteriza por prestar una especial atención a la denominada *Drittwirkung der Grundrechte*, esto es, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Aunque tradicionalmente se ha colocado a los derechos fundamentales en la cúspide simbólica del ordenamiento jurídico, su papel no se limita a situarse como normas inquebrantables e indiscutibles. Su función va mucho más allá: estos derechos «descienden» de su cúspide al resto del ordenamiento jurídico, lo impregnan y actúan como criterio hermenéutico para su interpretación. La revolución jurídica que suponen afecta de forma muy es-

pecial al Derecho del Trabajo, el cual regula unas relaciones caracterizadas por una situación de desigualdad originaria: las relaciones entre empresario y trabajador.

1.1 Definición de derechos fundamentales y encuadre dentro de los textos constitucionales

Los derechos fundamentales se han definido como «el conjunto de normas de un Ordenamiento jurídico positivo fundadas en la moralidad de la defensa de la dignidad del hombre, de los valores de libertad y de igualdad que representan las normas materiales básicas de ese ordenamiento»¹. Tales derechos «reconocen facultades referentes a ámbitos vitales del individuo en su propia libertad, relaciones sociales o participación política, imprescindibles para su desarrollo como persona y derivados de su propia dignidad de tal»².

Asimismo, han sido considerados como «leyes del más débil»³, fundamentalmente porque su principal objetivo es servir de contrapeso a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia. Este es el motivo por el que se predica su inderogabilidad, es decir, que ni el poder estatal ni el privado podrá aspirar a su privación, ni siquiera con el consentimiento de sus titulares⁴.

Los referidos derechos se vinculan a la propia dignidad del ser humano, al ser requisito imprescindible para su libertad y autodeterminación. Pero, además, constituyen el fundamento esencial del orden jurídico-político general, al que justifican y legitiman⁵, ya que la democracia no puede existir sin el reconocimiento de estos derechos⁶. Por lo tanto, el criterio de su fundamentalidad no deriva de su nivel de eficacia o protección (que no son la causa de su valor,

¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: «Derechos Fundamentales». *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 2. 1987, págs. 26 y 27. Acerca de las distintas concepciones (positivista y no positivista) de los derechos fundamentales, véase ALEXY, Robert: «Un concepto no positivista de derecho fundamental: sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral». En: María Elósegui Itxaso (dir.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, pp. 27-45. Zaragoza. 2016.

² SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales». *Revista de Estudios Políticos*, 71. 1991, pp. 87 y 88.

³ FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004, p. 54, cit. en CONTRERAS AGUIRRE, Sebastián Antonio: «Ferrajoli y los derechos fundamentales...» (Bibl. cit.), p. 136.

⁴ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta. 1995.

⁵ LÓPEZ CALERA, Nicolás María: *Introducción a los Derechos Humanos*. Granada: Comares. 2000.

⁶ Como se ha señalado, ya en el propio preámbulo de la DUDH se advierte de la existencia de una conexión realista «entre paz y derechos, entre violación de los derechos humanos y la violencia», como señala FERRAJOLI, Luigi: *Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo*. Bogotá D. C.: Universidad Libre-Colección Tendencias Contemporáneas del Derecho. 2016, p. 41.

sino su exponente), sino de su valorización ideológica, teórica e histórica y su vinculación con la dignidad y libertad humana⁷.

Siguiendo esta línea, la jurisprudencia constitucional los ha definido como:

... los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social»⁸.

Frente a la parte orgánica de los textos constitucionales, referida a la organización del estado, estructura de sus poderes, etc., los derechos fundamentales se incluyen en lo que se ha venido a llamar la parte dogmática⁹. Así:

... si las normas formales de la Constitución –las que rigen la organización de los poderes públicos [...]– garantizan la dimensión formal de la «democracia política» que abarca el quién y el cómo de las decisiones, sus normas sustanciales –las que establecen los principios y los derechos fundamentales [...]– garantizan lo que bien podemos llamar la dimensión material de la «democracia sustancial», puesto que conciernen qué cosa no puede ser decidido o debe ser decidido (sic) por cualquier mayoría, restringiendo la legislación, a pesar de la invalidez, el respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos por ellos establecidos¹⁰.

De esta forma, se ha considerado que en las constituciones se incluye una suerte de programa político hacia el futuro, por medio del cual a todos los poderes se imponen determinados imperativos de carácter negativo y positivo, que serán la fuente para que esos poderes se legitimen, pero también para que se deslegitimen¹¹. En atención a lo expuesto, la propia doctrina constitucional ha señalado que los derechos fundamentales no establecen exclusivamente derechos subjetivos articulados al objeto de defender a los individuos frente al Estado, sino también deberes positivos por parte de este, que deberá contribuir

⁷ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: «Algunas cuestiones básicas de la teoría...» (Bibl. cit.).

⁸ STC 53/1985.

⁹ GARCÍA MORILLO, Joaquín: «El derecho a la tutela judicial». En: Luis López Guerra, Eduardo Espín Templado, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps y Miguel Satrustegui Gil-Delgado (Eds.), *Derecho constitucional. Vol. 1, El ordenamiento constitucional: derechos y deberes de los ciudadanos*, pp. 313-332. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi: *Derechos fundamentales, democracia...* (Bibl. cit.), p. 26.

¹¹ *Ibidem*.

activamente para lograr la efectividad de los derechos y de los valores que representan¹².

La especial posición que ocupan los derechos fundamentales en el ámbito del ordenamiento jurídico justifica, además, que se les reconozca una serie de garantías específicas. En la CE, dichas garantías son las siguientes: la regulación de estos derechos deberá efectuarse por ley orgánica, que requiere unas mayorías reforzadas (art. 81 CE); deberá respetarse su contenido esencial¹³ (art. 53.1 CE); deberá controlarse la constitucionalidad (art. 161.1.a CE); se establecerá un procedimiento preferente y sumario y la posibilidad de acudir al TC en amparo (art. 53.2 CE); y se blindarán en el marco del texto constitucional (su reforma requerirá acudir al procedimiento agravado regulado por el art. 168 CE).

1.2 Origen histórico y evolución de los derechos fundamentales

El surgimiento de los derechos fundamentales se puede conectar con la transición entre feudalismo y capitalismo, si bien su desarrollo histórico ha sido bastante extenso. Puede hablarse de una primera etapa, cuyo hito fundamental fue la Carta Inglesa de 1215, en la que se establecía una serie de prerrogativas a los señores frente al monarca, poniéndose término así a sus poderes, hasta entonces ilimitados. En esta etapa surgen (de forma bastante primigenia) los primeros derechos civiles¹⁴.

La siguiente fase se vincula a la aparición de las Declaraciones de derechos, vinculadas a la ideología liberal y la influencia de la Ilustración y el enciclopedismo. Los hitos fundamentales de esta etapa fueron las declaraciones de derechos norteamericana y francesa. Surge un progresivo debilitamiento del poder del soberano y se vislumbra el Estado constitucional, así como el desarrollo de los derechos de participación política¹⁵. Con estas primeras declaraciones de derechos se ponía fin a un sistema en que la existencia de un sistema normativo no alcanzaba a limitar la arbitrariedad del monarca que,

¹² STC 53/1985.

¹³ Con contenido esencial se hace referencia a aquel que permite que el derecho mantenga su caracterización propia y sea reconocible como tal, siendo además «ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga» (STC 11/1981).

¹⁴ BATISTA TORRES, Jennifer: «Derechos humanos y derechos fundamentales. Algunos comentarios doctrinales». *Iuslabor*, 2, pp. 186-213. 2018.

¹⁵ *Ibidem*.

hasta ese momento, se encontraba en una «posición supraordenada»¹⁶, estando su poder de decisión sometido exclusivamente a su libre arbitrio, pudiendo «excepcionar o dispensar en cualquier momento el mandato general de una Ley previa»¹⁷ o incluso imponer condenas en atención a un poder punitivo prácticamente libre. En estas circunstancias, puede entenderse que dos de los ejes fundamentales de las primeras declaraciones fuesen la separación de poderes y la garantía de los derechos¹⁸, prestándose una especial atención a principios como el de tipicidad de los delitos y penas. También conviene destacar de esos textos que son declaraciones, esto es, instrumentos jurídico-políticos que no manifiestan crear derechos, sino que los reconocen: «para los parlamentarios franceses de 1789 *los derechos humanos son anteriores a la ley humana* y deben ser solemnemente declarados por causa de la ignorancia, el olvido o el desprecio a que se ven sometidos»¹⁹.

A continuación, y como consecuencia del desarrollo de los sistemas de producción y del surgimiento de los derechos colectivos, que trataron de dar respuesta a las depauperadas condiciones de vida de los obreros, emerge a principios del siglo xx una nueva fase, caracterizada por el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales y encabezada por dos hitos fundamentales: la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919. La culminación de esta etapa tuvo lugar tras las desastrosas situaciones ocurridas en la primera mitad del S. xx, a raíz de las cuales los derechos humanos trascendieron hacia el ámbito internacional²⁰. Así es como se produjo la aprobación de la DUDH y de los pactos internacionales²¹.

Posteriormente se abrió una nueva etapa, marcada por los denominados «derechos de la solidaridad»²², impulsados en esta ocasión por colectivos concretos: tales como el derecho al medioambiente, al acceso a la cultura, los derechos de los consumidores, de los niños, de los ancianos o el de la libre determinación de los pueblos.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Civitas. 2009, p. 117.

¹⁷ *Ibidem*, p. 129.

¹⁸ El art. 16 de la Declaración de derechos francesa establecía que «una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución».

¹⁹ LÓPEZ CALERA, Nicolás María: *Introducción a los Derechos Humanos...* (Bibl. cit.), p. 19.

²⁰ BATISTA TORRES, Jennifer: «Derechos humanos...» (Bibl. cit.).

²¹ Ferrajoli describe al conjunto constituido por la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, la DUDH y los dos pactos internacionales como «una especie de constitución embrionaria del mundo», en FERRAJOLI, Luigi: *Derechos fundamentales, democracia...* (Bibl. cit.), p. 28.

²² GINER ALEGRÍA, César Augusto: «Derechos Humanos y Derechos Fundamentales...» (Bibl. cit.), p. 456.

Procede en este punto explicar la diferencia entre los derechos humanos y los derechos fundamentales. Para empezar, debe señalarse que «todos los derechos humanos no son obligatoriamente derechos fundamentales; pero sí todos los derechos fundamentales son derechos humanos»²³. Los derechos humanos son principios morales o éticos que, sin embargo, carecen de eficacia jurídica, ya que no se identifican necesariamente con el Derecho positivo. Por su parte, los derechos fundamentales son consagrados en los textos constitucionales (si bien no se trata de un requisito fundamental, en tanto que también pueden ser reconocidos en países que carecen de constitución escrita) y se les reconocen, además, garantías jurídicas para asegurar su protección²⁴. De este modo, se podría considerar que los derechos fundamentales son los derechos humanos que han sido positivizados a nivel interno. Sin embargo, se trata de categorías interconectadas a través de mecanismos como el del artículo 10.2 CE²⁵.

Ahora bien, resulta claro que no basta con el mero acto de reconocimiento de los derechos. Tal y como ha señalado Ferrajoli:

Los hombres son sin duda, en el plano jurídico, incomparablemente más iguales que en cualquier otra época, gracias a las innumerables cartas, constituciones y declaraciones de los derechos. Pero son también, de hecho, incomparablemente más desiguales en concreto. La «edad de los derechos», para utilizar una expresión de Norberto Bobbio, es también la edad de sus masivas violaciones y de la más profunda e intolerable desigualdad²⁶.

1.3 Límites de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales no son absolutos²⁷, puesto que encuentran sus límites en otros derechos fundamentales o en otros bienes constitucionales dignos de protección²⁸. Tales límites se pueden clasificar en permanentes y transitorios. Los primeros tienen una validez universal y no dependen de ninguna circunstancia temporal. Tienen su justificación en la coexistencia con los derechos de los demás, en el orden público –con independencia del carácter difuso y dinámico que este concepto ostenta–, o en la función social (art. 33.2 CE). En cuanto a los segundos, dependen de las circunstancias del

²³ BATISTA TORRES, Jennifer: «Derechos humanos...» (Bibl. cit.), p. 192.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ GINER ALEGRÍA, César Augusto: «Derechos Humanos y Derechos Fundamentales...» (Bibl. cit.).

²⁶ FERRAJOLI, Luigi: *Derechos fundamentales, democracia...* (Bibl. cit.), p. 40.

²⁷ Salvo contadas excepciones, como el derecho a no sufrir tortura, como señala la STC 151/1997.

²⁸ STC 2/1982.

sujeto: existen derechos que se encuentran condicionados a la ciudadanía (derecho de participación política del art. 23 CE), a ser miembros de determinados colectivos (es el caso de las limitaciones de la libertad sindical en el caso de las fuerzas armadas, art. 28.1 CE; o prohibición a los jueces de sindicarse, art. 127.1 CE), o a determinadas circunstancias especiales (como los estados de excepción o de sitio, art. 55 CE)²⁹. Además, debe señalarse que algunos derechos fundamentales pueden ver matizado o limitado su contenido en el ámbito de relaciones privadas, precisamente como consecuencia de su colisión con valores y parámetros que tienen su origen en la autonomía de la voluntad³⁰.

Será lógica consecuencia del reconocimiento de los derechos y de la vida en sociedad que no tarde en aparecer un problema clave: la coexistencia entre los derechos de distintas personas en situaciones en que entren en conflicto. En estos supuestos, la jurisprudencia constitucional ha ido elaborando una amplia doctrina en cuanto a la necesidad de ponderación judicial. A este respecto, se ha establecido la necesidad de que la medida adoptada, restrictiva de derechos fundamentales, supere el llamado triple juicio de proporcionalidad, a cuyo efecto habrá que valorar si la medida era idónea (susceptible de conseguir el objetivo propuesto), necesaria (no existiendo otra más moderada para conseguir el propósito con igual eficacia) y proporcionada en sentido estricto (equilibrada, en cuanto a que su aplicación implique más beneficios que perjuicios para los valores en conflicto)³¹.

1.4 Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares

Como se ha expuesto, los derechos fundamentales fueron pensados inicialmente como derechos frente al soberano, constituyéndose como «espacios de libre autodeterminación personal, que configuran la posición de los ciudadanos frente a los poderes públicos»³². Esta conceptualización se encuentra en la base del tardío reconocimiento de su eficacia horizontal frente a otros ciudadanos.

²⁹ GINER ALEGRÍA, César Augusto: «Derechos Humanos y Derechos Fundamentales...» (Bibl. cit.).

³⁰ Es el caso resuelto por la STC 177/1988, que declara constitucionalmente legítimo establecer por medio de la negociación colectiva un determinado complemento retributivo exclusivamente a una parte de la plantilla (opción lícita, podría añadirse, siempre que no conculque otros derechos fundamentales, por ejemplo, ocultando una actuación discriminatoria).

³¹ STC 66/1995.

³² VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: «La eficacia general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales: experiencias de derecho comparado». *Derecho de Las Relaciones Laborales*, 3. 2017, p. 201.

La democracia constitucional moderna sustentaba su formulación teórica en que el reconocimiento de los derechos tenía lugar en la idea abstracta de libertad del estado de la naturaleza (al que hacían referencia los contractualistas del iusnaturalismo racionalista) y que en modo alguno podía ser dañada o aminorada por el pacto social. Así, no se ha considerado casual que, tanto en Estados Unidos como en Francia, a la redacción de su texto constitucional le precediese la consagración de sus declaraciones de derechos, que el «posterior» poder político debía respetar. Por esta razón, se configuran tales derechos como un bloque de valores absolutos, no susceptible de limitación. No obstante, esta tesis terminó modulándose con el tiempo, fruto del propio desarrollo del constitucionalismo. Además, el propio incremento cuantitativo y cualitativo de los derechos fundamentales terminaría generando colisiones entre ellos, exigiendo una regulación jurídica³³.

La concepción liberal clásica establecía una total separación en el ámbito normativo entre sociedad y Estado, de modo que el segundo se organizaba a través de un texto constitucional, mientras que la primera lo hacía a través de las normas privadas reguladas en el CC. No se consideraba que los derechos fundamentales hubieran de enfrentar otros peligros distintos de aquellos procedentes del Estado, el cual se concebía como única entidad con capacidad para conculcarlos³⁴. Además, con frecuencia se consideraba que el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales resultaba incompatible con el principio de autonomía de la voluntad de las partes³⁵.

No obstante, la aparición social de poderes privados, capaces de imponerse con igual (o mayor) fuerza que los propios poderes públicos, causó una importante conmoción en el dogma de la autonomía de la voluntad, en tanto que se hizo patente que las relaciones *inter privatos* también se resuelven desde posiciones de supremacía y poder³⁶.

De este modo, podemos señalar que la clave para apreciar la necesidad de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se sitúa en el momento en

³³ DE DOMINGO PÉREZ, Tomás: «El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho». *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, 7 (11), pp. 251-289. 2002.

³⁴ DE VEGA GARCÍA, Pedro: «La eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)». En: Luis Aguiar de Luque (Ed.), *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional (libro homenaje al profesor Gurmésindo Trujillo)*, pp. 801-822. Valencia: Tirant lo Blanch. 2005.

³⁵ DE DOMINGO PÉREZ, Tomás: «El problema de la drittwirkung...» (Bibl. cit.).

³⁶ DE VEGA GARCÍA, Pedro: «La eficacia frente a particulares de los Derechos...» (Bibl. cit.).

que «el Derecho privado conoce también el fenómeno del poder, como capacidad de determinar o condicionar las decisiones de otros»³⁷.

En estas circunstancias, el debate acerca de la libertad del individuo se ve totalmente modificado. La actuación de sistemas de garantías ya no se debe reducir a hipotéticas violaciones de derechos por los poderes públicos, también debe contemplar aquellas perpetradas por parte de otros particulares. Esto supone un cambio total en el entendimiento de la eficacia de los derechos fundamentales³⁸, que puede resumirse en estos sencillos términos: «los derechos fundamentales deben protegerse [...] frente al poder, sin adjetivos»³⁹.

Se terminó constatando, pues, que las relaciones privadas terminaban generando tanta o mayor sujeción que aquellas relaciones que vinculaban a ciudadanos y poderes públicos⁴⁰. Además, la capacidad de los poderes privados para limitar los derechos del ciudadano se fue asemejando de forma progresiva a la de los poderes públicos⁴¹, quebrando paulatinamente los argumentos que se oponían a la necesidad del reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En este sentido, deben destacarse las amplias facultades de autotutela que se le atribuyen a los poderes privados, con frecuencia tan imperativas y con carácter tan inmediatamente ejecutivo como le correspondería a una actuación pública⁴². Precisamente estas circunstancias son las que han permitido que la doctrina acerca de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se haya desarrollado en el ámbito de la relación de trabajo. Y es que, como consecuencia de la propia naturaleza de la relación laboral (y su nota fundamental de dependencia), el empleador ostenta amplios poderes organizativos y disciplinarios que suponen una importante amenaza para los derechos del trabajador. Esto se intensifica a causa de la implicación directa y personal del trabajador en el contrato, especialmente como consecuencia del

³⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María: «Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares». En: Manuel Aragón Reyes (dir.) y César Aguado Renedo (coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, vol. III. Madrid: Civitas. 2011, p. 36.

³⁸ DE VEGA GARCÍA, Pedro: «La eficacia frente a particulares de los Derechos...» (Bibl. cit.).

³⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María: «Eficacia de los derechos fundamentales...» (Bibl. cit.), p. 36.

⁴⁰ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: «La eficacia general de los derechos fundamentales...» (Bibl. cit.).

De forma significativa, al hacerse referencia a los riesgos que atenazan a los derechos fundamentales, se ha señalado que «incluso los derechos de libertad, las clásicas garantías primarias de las prohibiciones a ellos correspondientes y las secundarias de condena penal por sus lesiones y anulación de las normas en oposición a ellos están resultando ampliamente defectuosas al ponerlos al abrigo de las viejas y nuevas trampas y agresiones por parte no sólo de los poderes políticos sino también de los grandes poderes económicos privados»: FERRAJOLI, Luigi: *Derechos fundamentales, democracia...* (Bibl. cit.), p. 167.

⁴¹ BILBAO UBILLOS, Juan María: «La consolidación dogmática...» (Bibl. cit.).

⁴² Tales facultades se manifiestan de forma muy ilustrativa en la afirmación de «el empleador es el titular de la organización productiva, y como tal detenta el poder. El trabajador obedece», como apunta CASTELLANO SUÁREZ, Mario: «La garantía de indemnidad». *Revista de ciencias jurídicas*, núm. 5, 2000, p. 54.

carácter personalísimo del mismo⁴³. A lo anterior debe añadirse, ya al margen del ámbito estrictamente laboral, «la profunda crisis de la dicotomía público-privado. El poder público tiende a privatizarse mientras que el privado asume cada vez más connotaciones públicas»⁴⁴.

1.5 Cambio de postura y justificación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales

Se considera que el debate en cuanto a la vigencia de los derechos fundamentales entre particulares surgió en tiempos de la República de Weimar. Fue entonces cuando se alcanzó por primera vez la comprensión de que podían ser lesionados por otros individuos y, en consecuencia, se concluyó que el ordenamiento jurídico debía prever mecanismos para su defensa⁴⁵. No obstante, el debate continuó, hasta alcanzar su punto álgido en los cambios que introdujo la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Esta abrió paso al inicio de una nueva etapa en el constitucionalismo, al situar la dignidad humana y los derechos fundamentales como pilar axiológico central sobre el que se construye todo el ordenamiento jurídico. Así fue como se estableció que los derechos fundamentales no se constituyen exclusivamente en un instrumento del individuo para protegerse respecto del Estado, sino que se configuran como un sistema de valores que aspira a regir en todos los ámbitos. Es en este contexto cuando surge la problemática acerca de la *Drittwirkung*, en tanto que se considera consecuencia fundamental de lo expuesto que tales derechos extiendan su vigencia a las relaciones entre particulares⁴⁶.

A partir de aquí, en algunos ordenamientos jurídicos comienza a preverse de forma expresa la existencia de la eficacia horizontal⁴⁷. En la CE, en cambio, no existe una referencia tan clara, por lo que dicha conclusión ha tenido que construirse doctrinalmente en torno a distintos preceptos. En primer lugar, se parte de la consagración por parte del artículo 1.1 CE de los valores superiores de su ordenamiento jurídico, que no se limitan al ámbito del Derecho Público, sino que se propugnan para todo el ordenamiento jurídico. A continuación, se atiende al artículo 9.1 CE, en cuanto que establece la sujeción de los poderes

⁴³ BILBAO UBILLOS, Juan María: «Eficacia de los derechos fundamentales (Bibl. cit.).

⁴⁴ *Ibidem*, p. 37.

⁴⁵ DE VEGA GARCÍA, Pedro: «La eficacia frente a particulares de los Derechos...» (Bibl. cit.).

⁴⁶ DE DOMINGO PÉREZ, Tomás: «El problema de la *drittwirkung*...» (Bibl. cit.).

⁴⁷ Es el caso de la Constitución Portuguesa de 1976 que establece que «los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a estas» (art. 18.1).

públicos, pero también de los ciudadanos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Por otra parte, con apoyo en el artículo 9.2 CE se añade que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que aquel se integra sean reales y efectivas. Finalmente, el artículo 10.1 CE establece que son fundamento del orden político y de la paz social la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás⁴⁸. Pero, además, la naturaleza de muchos de los derechos reflejados en la CE los hace eficaces de forma fundamental en el ámbito *inter privatos*, como es el caso precisamente de los derechos laborales específicos (sin que resultase razonable que los mismos tuviesen carácter fundamental exclusivamente respecto de empleadores públicos).

Alguna otra postura a favor de dicha eficacia horizontal ha sostenido que los derechos fundamentales tienen un efecto irradiador hacia el resto del ordenamiento jurídico, obligando a los jueces y tribunales a interpretar todas las normas (de derecho público y de derecho privado) de forma respetuosa con dichos principios⁴⁹.

En sentido contrario, es cierto que podría deducirse otra solución de la lectura de otros preceptos, como el artículo 53.1 CE, que, al referirse a los derechos fundamentales, señala que vinculan a todos los poderes públicos, sin hacer referencia a los particulares.

Existen otras posturas intermedias, calificadas por Igartua Miró como «enormemente restrictivas»⁵⁰, que consideran que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se extenderá a las relaciones *inter privatos* solo cuando entre los particulares exista una posición clara de supremacía de una parte respecto de la otra, es decir, exclusivamente en el supuesto en que concurren factores de dominación similares a los que tienen lugar entre el ciudadano y el Estado.

Por lo tanto, puede concluirse que «en la Constitución Española, la base textual no es terminante ni para afirmar ni para negar la posibilidad de eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares»⁵¹. El asunto será, en últi-

⁴⁸ SARAZÁ JIMENA, Rafael: *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Universidad de La Rioja. 2008.

⁴⁹ GIL Y GIL, José Luis: «Despido disciplinario nulo: garantía de indemnidad y libertad e intimidad personal. Comentario a la STSJ de Cantabria, de 19 julio 2003 (AS 2004, 1026)». *Aranzadi Social*, 2, pp. 3154-3163. 2004.

⁵⁰ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), p. 15.

⁵¹ SARAZÁ JIMENA, Rafael: *Jueces, derechos fundamentales y relaciones...* (Bibl. cit.), p. 258.

ma instancia, «una cuestión de opción interpretativa, en la que indudablemente entran en juego elementos ideológicos»⁵².

Expuesto lo anterior, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional han apostado por entender que la CE reconoce la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, considerando que no supone obstáculo para ello que el artículo 53.1 CE establezca que vinculan a los poderes públicos, en tanto que no existe ninguna prohibición al respecto; y por aplicación del artículo 9.1 CE, que establece la sujeción de los ciudadanos a la Constitución (y al resto del ordenamiento jurídico)⁵³. De igual manera, no se ha considerado imprescindible para ello que la CE reconozca de forma explícita esa eficacia horizontal⁵⁴, lo que tampoco suele ocurrir en el Derecho Constitucional comparado, pese a que esa eficacia se acepta de manera muy generalizada (con la destacada excepción de EE.UU.).

Desde sus primeros pronunciamientos, la jurisprudencia constitucional se posicionó de forma contundente a favor de dicha posibilidad y conserva la misma postura hasta el día de hoy:

Esta concretización de la Ley suprema no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el artículo 1.º de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social [...]. Lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del artículo 24) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas⁵⁵.

Dicha doctrina se sustenta sobre la consideración de que:

Los efectos de los derechos fundamentales, incluso de los derechos de libertad, rara vez se circunscriben al estricto ámbito de la contraposición entre el poder público y el individuo aislado. Por el contrario, desde su mismo origen, la noción de los derechos, con su consiguiente pretensión de efectividad, supuso

⁵² *Ibidem*, p. 258.

⁵³ DE DOMINGO PÉREZ, Tomás: «El problema de la drittwerking...» (Bibl. cit.).

⁵⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María: «La consolidación dogmática...» (Bibl. cit.).

⁵⁵ STC 18/1984. No deja de ser llamativa esta resolución, por cuanto plantea precisamente el art. 24 CE como paradigma de los derechos que solo son oponibles frente a los poderes públicos. Como se expone en el presente trabajo, esta postura no tardó en cambiar, en lo que supone una demostración más de la evolución dinámica de los derechos fundamentales.

una alteración de las relaciones sociales, y no sólo del simple modo de ejercicio del poder político⁵⁶.

Pese a lo expuesto, reconoció la necesidad de establecer algunos matices a dicha postura, precisamente derivados del principio de autonomía de la voluntad⁵⁷. No obstante, y en cuanto a los espacios sometidos a la citada autonomía de la voluntad, debe recordarse que el propio artículo 1.255 CC establece que esta encuentra límites en la ley, la moral y el orden público, pudiendo incluirse fácilmente dentro de este último al respeto a los derechos fundamentales, no siendo aceptable, por ejemplo, una cláusula contractual que acuerde la lesión de un derecho fundamental o la renuncia al ejercicio de cualquiera de estos⁵⁸.

En conclusión, algunos autores han considerado que una constitución que haya resuelto el problema de los derechos frente a poderes públicos, pero no frente a poderes privados, no puede considerarse democrática⁵⁹. No obstante, como ha apuntado algún autor, dicha cuestión se encuentra a día de hoy llena de matices y condicionamientos, por lo que no puede calificarse ni de universal, ni de plena⁶⁰.

Prueba de ello es la propia forma de actuar del TC que, a los efectos del reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares, continúa acudiendo a «la conocida finta jurídica de imputar la lesión no directamente a la decisión empresarial sino a la resolución administrativa y, con mayor frecuencia judicial, que no ha reparado la lesión originaria procedente del empleador»⁶¹. Este mismo mecanismo es el utilizado por el TEDH, al apreciar que son los órganos judiciales quienes conculcan de manera inmediata los derechos fundamentales, si bien lo hacen en la medida en que no acuerdan la reparación del derecho⁶².

⁵⁶ STC 114/1995.

⁵⁷ STC 177/1988.

⁵⁸ DE DOMINGO PÉREZ, Tomás: «El problema de la drittwirkung...» (Bibl. cit.).

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Autobiografía*. Madrid: Alberto Papuzzi. 1998, cit. en MARZI MUÑOZ, Daniela: «¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la Reforma Laboral». *Anuario de Derechos Humanos*, 11, pp. 131-139. 2010.

⁶⁰ CRUZ VILLALÓN, Jesús. «Oportunidades y desafíos de los derechos fundamentales laborales en las relaciones laborales». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4 (4), pp. 37-81. 2016.

⁶¹ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: «Los derechos fundamentales inespecíficos: líneas de tendencia recientes en la doctrina del Tribunal Constitucional». En: Ana María Chocrón Giráldez (coord.), María Dolores Ramírez Bendala (coord.), Esperanza Macarena Sierra Benítez (coord.), María José Cervilla Garzón (coord.), Cristina Sánchez-Rodas Navarro (dir.), Eva Garrido Pérez (dir.), *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*. Murcia: Laborum. 2016, p. 192.

⁶² CRUZ VILLALÓN, Jesús: «La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral». *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 145, pp. 17-53. 2018.

1.6 Derechos fundamentales en la empresa

La aprobación de la CE provocó una revolución en todo el ordenamiento jurídico. Lógicamente, también se vio afectado de forma muy significativa el Derecho del Trabajo. El carácter revolucionario de los cambios se produjo precisamente a raíz del mencionado reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y su aplicación en el ámbito del contrato de trabajo⁶³. Así, la STC 88/1985, estableció lo siguiente:

La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano [...] y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de ‘feudalismo industrial’ repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1).

No obstante, la propia naturaleza de la relación laboral exige la incardinación del trabajador dentro del ámbito de organización del empresario, que ostenta amplias facultades directivas en cuanto a la forma en que el trabajo debe llevarse a cabo. Es lo que se ha venido a denominar la nota de dependencia, la cual constituye una característica fundamental del contrato de trabajo. Esta situación implica que la condición de ciudadano, es decir, titular de derechos fundamentales, se ve afectada por la condición de trabajador, en cuanto posición subordinada en el ámbito de la empresa⁶⁴. Por este motivo, se ha se-

⁶³ CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad (El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional)». En: María Emilia Casas Baamonde, Jesús Cruz Villalón y Federico Durán López (coords.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, pp. 695-744. 2006.

⁶⁴ De forma muy ilustrativa, se ha señalado que «la democracia en la empresa es una democracia sui generis, ya que en la empresa siempre hay algunos que mandan y muchos que obedecen; en la empresa no existe la posibilidad de un cambio de roles: gobierno y oposición permanecen siempre fijos. Es decir, se trata de un poder sin alternativa y un contrapoder que nunca puede sustituirlo. De ahí que [...] el caso de la ciudadanía de empresa es [...] una ciudadanía específica, distinta de la ciudadanía de la sociedad política aunque ideológicamente vinculada con esta, ya que se buscará aplicar los principios de participación democrática en el interior de la empresa aunque respetando la especial estructura de la misma y las espe-

ñalado que «aunque no se exceptúa el reconocimiento de derechos fundamentales en el marco de las relaciones laborales, lo que sí se hace es adaptar, flexibilizar o modalizar de alguna manera el alcance de aquellos»⁶⁵.

Así, en la conformación social actual, los poderes empresariales:

... constituyen una real amenaza para los derechos de la persona del trabajador. Y ello no por considerar tales poderes como intrínseca u ontológicamente insidiosos o perversos sino, más sencillamente, por cuanto la lógica empresarial (sus principios económicos y sus valores normativos) actúa *naturaliter* como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo su desarrollo⁶⁶.

Existe un amplio debate, aún no definitivamente resuelto, en cuanto a la posición que debe adoptar el empresario ante la vigencia de los derechos fundamentales y, en concreto, si ha de asumir el deber de promocionar de forma activa los derechos fundamentales de los trabajadores o si resulta suficiente que se limite a abstenerse y a no entrometerse en ese ámbito⁶⁷.

La coexistencia entre estos derechos fundamentales y las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo implicarán la necesidad de una modulación mutua⁶⁸. En cuanto a los primeros, esta modulación solo se producirá «en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE)»⁶⁹. En cuanto a las segundas, la modulación deberá efectuarse a través del juicio de proporcionalidad anteriormente referido⁷⁰.

ciales relaciones de poder existentes en ella»: GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos...* (Bibl. cit.), pp. 20 y 21.

⁶⁵ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina: «Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva». *Nuevos problemas de la negociación colectiva. XVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Madrid: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2004, p. 30.

⁶⁶ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: «La eficacia general de los derechos fundamentales...» (Bibl. cit.), p. 202.

⁶⁷ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: La garantía de indemnidad en la doctrina social... (Bibl. cit.).

⁶⁸ RIERA VAYREDA, Carlos: *El despido nulo*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999.

⁶⁹ STC 99/1994.

⁷⁰ En este particular, se ha propuesto la necesidad de ir más allá y considerarse un «triple escalón, alusivo a las reglas de indispensabilidad, proporcionalidad y justificación», SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina: «Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva». En: Antonio Vicente Sempere Navarro (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2003, p. 278). De esta manera, viene a profundizarse en la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales no se vean afectados solo en la medida de lo realmente imprescindible, en aras de evitar restricciones innecesarias.

2. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Dentro del amplio catálogo de derechos fundamentales reconocidos en la CE ocupa un puesto destacado el derecho a la tutela judicial efectiva regulado por el art. 24 CE. El apartado primero del citado artículo establece que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». El carácter fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE se deriva de la función esencial que ejerce en el ordenamiento jurídico, al constituir una regla que establece los criterios de validez del resto de normas del ordenamiento y que no debe ser en ningún caso violada. Se erige como auténtica norma de cierre del ordenamiento jurídico y como una garantía real del disfrute de todos los derechos sustantivos, introduciéndose dentro de lo que se ha denominado «derechos laborales inespecíficos»⁷¹, que son aquellos que el trabajador no disfruta en tanto que tal, sino en su condición de ciudadano, de modo que adquieren una dimensión laboral sobrevenida⁷². Asimismo, ha sido calificado este derecho como un auténtico «derecho estrella»⁷³, al ser el que más jurisprudencia constitucional ha producido y, sin duda, el más frecuentemente invocado.

El origen de este derecho radica en el propio corazón de la separación de poderes y de la atribución en exclusiva al Estado del monopolio legítimo de la violencia. La pretensión de evitar la acumulación de poder conduce a atribuir a un órgano distinto del Legislativo y del Ejecutivo la facultad de aplicar las leyes, dirimiendo los conflictos. De esa atribución surge el derecho de todas las personas a acceder a los órganos jurisdiccionales para que sean estos quienes resuelvan los conflictos en los que los primeros sean parte⁷⁴.

Así, el monopolio de la jurisdicción es el resultado natural de la formación del Estado, que trae consigo consecuencias tanto para los individuos como para el propio Estado: para los primeros, aleja definitivamente la posibi-

⁷¹ Expresión acuñada por primera vez en PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: *Los derechos laborales en la Constitución Española*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid. 1991, p. 31.

⁷² BLASCO PELLICER, Ángel Antonio: «Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo». Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. Actas del XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (pp. 83-129). Pamplona: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2014.

⁷³ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva». *Poder Judicial*, 5. 1987, p. 41.

⁷⁴ GARCÍA MORILLO, Joaquín: «El derecho a la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

lidad de reacciones inmediatas (autotutela⁷⁵); para el segundo, crea el deber de prestar la tutela jurisdiccional a cualquier persona que lo solicite⁷⁶.

No obstante, es cierto que, tras descartar la autotutela, la solución heterocompositiva no es la única respuesta posible ante un conflicto, sino que es cada vez más frecuente la aparición de mecanismos de autocomposición y heterocomposición extraprocerales, en los que son las mismas partes en conflicto las que apuestan por una solución intermedia o pretendidamente negociada. El mecanismo autocompositivo, aun siendo menos primario que la autotutela, se asemeja a ella en un extremo clave que viene dado por el hecho de que en uno y otro caso el conflicto es solucionado por los propios interesados, aunque no unilateralmente (es el caso de la conciliación o de la mediación)⁷⁷. Las divergencias respecto de la autotutela se cifran en que el desarrollo de la autocomposición es plena y conscientemente jurídico. Sin embargo, solo cuando las fórmulas autocompositivas alcanzan homologación judicial queda solventado de forma definitiva el conflicto y logran capacidad ejecutiva con auxilio coactivo público – o, lo que es lo mismo, solo así gozan de los mismos efectos con que el ordenamiento jurídico dota a las soluciones heterocompositivas. La característica básica de la heterocomposición es que se trata de un medio que opera a través de la intervención de un tercero imparcial ajeno al conflicto, al que las partes acuden con la voluntad de poner fin al mismo. Así, el tercero interviniente a instancia de los litigantes se compromete, por razón de su oficio, a emitir una resolución cuyo cumplimiento deberán acatar las partes. Son dos las fórmulas heterocompositivas previstas en los ordenamientos jurídicos: el arbitraje y el proceso⁷⁸.

La atribución de la potestad jurisdiccional a los juzgados y tribunales no impide que el art. 24.1 CE pueda ampliarse incluyendo los métodos autocompositivos, entendiéndose esta posibilidad por parte de amplios sectores doctrinales como evolución hacia una justicia plural-transversal, práctica, en la bús-

⁷⁵ Respecto de los orígenes de la función jurisdiccional del estado y, como contrapartida, la desaparición de la autotutela, véase SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: «El acceso a la jurisdicción como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva». En: *Estudios de Derecho Público: homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, pp. 884-896. Madrid: Editorial Tecnos. 1997.

⁷⁶ GUIMARÃES RIBEIRO, Darcí: *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del Derecho*. Barcelona: Bosch. 2004.

⁷⁷ Asimismo, debe destacarse que se trata de mecanismos de honda tradición en nuestro sistema jurídico, pudiendo encontrarse antecedentes incluso en la Constitución de 1812. Al respecto, véase GRANADOS ROMERA, María Isabel: «La desjudicialización de las relaciones laborales: ¿una nueva dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva?». *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 21-22, pp. 53-78. 2012.

⁷⁸ MARÍN GÁMEZ, José Ángel: «Aproximación a la problemática jurídico-constitucional del arbitraje». *Derecho Privado y Constitución*, 16, pp. 223-258. 2002.

queda del individuo hacia su reconocimiento y protagonismo para gestionar el conflicto. Se ha entendido de esta manera que el sistema universal de justicia se convierte en un modelo con un mayor dinamismo, donde la sociedad no se rige por leyes que regulan cualquier posibilidad⁷⁹.

2.1 **Ámbito subjetivo**

La tutela judicial efectiva se reconoce en el texto constitucional a «todas las personas». Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha entendido que «es predicable de todos los sujetos jurídicos»⁸⁰, por lo que debe entenderse que pueden ser titulares de este derecho todas las personas que tienen capacidad para ser parte en el proceso. En consecuencia, su ámbito subjetivo deberá ser interpretado de manera expansiva.

A continuación, se realiza un análisis de dos supuestos subjetivos concretos que merecen una valoración específica: los extranjeros y las personas jurídicas.

En relación con los extranjeros, el art. 13.1 CE⁸¹ no puede interpretarse en el sentido de entender que los no nacionales podrán disfrutar solo de aquellos derechos y libertades que expresamente prevea la Ley o los tratados internacionales. Al contrario, el disfrute de los derechos fundamentales y libertades públicas del Título Primero de la Constitución se reconoce con independencia de la nacionalidad (con las especificidades correspondientes a los arts. 19, 23 y 29) pudiendo atemperarse en cuanto a su contenido, a la vista de lo que determinen la Ley y los tratados internacionales. No obstante, ni siquiera esto podrá afectar de manera unívoca a todos los derechos, pues «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos»⁸². Es el caso de los derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano»⁸³ o, dicho de otro modo, son «aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye funda-

⁷⁹ MORALES FERNÁNDEZ, María Gracia: *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: la mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*. Sevilla: Hispalex. 2014.

⁸⁰ STC 4/1982.

⁸¹ «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley» (art. 13.1 CE).

⁸² STC 107/1984.

⁸³ STC 99/1985.

mento del orden político español»⁸⁴, siendo el caso de los derechos anteriormente referidos, que son reconocidos sin atender a la nacionalidad del sujeto.

En cuanto a las personas jurídicas, en principio no existe una negación de su capacidad de ser titulares de la tutela judicial efectiva. Tal y como ha establecido el TC:

Existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales. Ahora bien, esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental. Es decir, no sólo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta⁸⁵.

De este modo, habrá que atender a cada derecho fundamental para conocer si, efectivamente, cabe su titularidad por parte de una persona jurídica⁸⁶. En el caso de que ello sea así, no obstante, habrá que analizar una segunda cuestión: aquella relativa al contenido del derecho fundamental, que puede verse afectado por la naturaleza de la persona.

En el ámbito de la tutela judicial efectiva, y siguiendo la doctrina del TEDH⁸⁷, el TC ha considerado que este derecho debe extenderse a todas las personas con capacidad para ser parte en un proceso, como también es el caso de las personas jurídicas, las cuales quedarían incluidas dentro del «todas las personas» que abre el art. 24.1 CE, o el «todos» del art. 24.2 CE. Igualmente, deben considerarse titulares del derecho las personas jurídicas de derecho público⁸⁸, especialmente en todos aquellos casos en que la «posición procesal de los sujetos públicos es equivalente a la de las personas privadas»⁸⁹. Y, si bien corresponde al Legislador establecer los supuestos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado, dicha configuración legal ha de ejercerse con sometimiento al ordenamiento constitucional, lo que impide exclusiones procesales arbitrarias, así como aquellas que por su relevancia o

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ STC 139/1995.

⁸⁶ No sería aplicable a una persona jurídica, por ejemplo, el derecho a la vida, al no sometimiento a tortura, etc.

⁸⁷ STEDH de 6 de mayo de 1981, caso Buchholz.

⁸⁸ STC 64/1988.

⁸⁹ STC 175/2001.

extensión pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso⁹⁰.

2.2 Caracterización del derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva presenta una serie de características que permiten entender su relevancia en el marco de nuestro sistema constitucional. A continuación, se analizan las más relevantes.

En primer lugar, se trata de un derecho de carácter prestacional. No se constituye como una libertad –ejercitable sin más y directamente a partir de la CE– sino como un derecho de prestación que solo puede ejercerse por los cauces que el legislador establezca («derecho de configuración legal»⁹¹), dentro del respeto a su contenido esencial. En consecuencia, ha de ejercitarse en el seno de un proceso o, más ampliamente, de una actividad judicial. El Legislador cuenta con un amplio margen de definición o determinación de las condiciones y efectos derivados de la promoción, por parte de los titulares del derecho, de la actividad jurisdiccional, y le incumbe su regulación, la cual puede de hecho variar en distintos momentos históricos. No obstante, esta disponibilidad no es absoluta, pues debe respetar su contenido esencial⁹².

En cuanto a su autonomía, tiene un carácter bifronte. Por un lado, tiene una clara vocación instrumental, ya que el objetivo de la tutela judicial efectiva es hacer posible que los derechos e intereses legítimos de las personas sean jurídicamente defendidos mediante un proceso debido, garantizado y decidido por un órgano jurisdiccional.

Sin embargo, también posee sustantividad propia como derecho fundamental, configurándose como un derecho previo al proceso, con todas las garantías frente a los órganos jurisdiccionales del Estado, y cuya efectividad es inmediata⁹³.

También resulta determinante su carácter de derecho fundamental. Dentro de los distintos niveles de reconocimiento propios de nuestro texto constitucional, este derecho se incardina dentro del grupo de los llamados derechos fundamentales y libertades públicas, lo que se traduce en que su desarrollo

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ STC 99/1985.

⁹² CASAS BAAMONDE, María Emilia, y VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: «Tutela judicial, competencia de la jurisdicción social y acceso al proceso de trabajo». *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 11-70. 1994.

⁹³ CÁMARA VILLAR, Gregorio; LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa; MONTILLA MARTOS, José Antonio, y BALAGUER CALLEJÓN: *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos. 2002

podrá ser solo por normas con rango legal, que deberán respetar su contenido esencial, así como por el acceso a la protección del recurso de amparo.

En conclusión, el derecho se erige como un auténtico tamiz a través del que ha de filtrarse la interpretación de cualquier exigencia o prescripción procesal. De este modo, la virtualidad de la tutela judicial es enorme pues ha de tenerse presente en la adopción de todas las decisiones (preparatorias, previas, interlocutorias, finales, posteriores) que adopten los jueces o tribunales. No solamente es un derecho autónomo, también constituye una piedra de toque permanente para precisar el modo en que se aplican las previsiones procesales y para determinar cómo, a través de ellas, fluyen las prescripciones sustantivas. De este modo, se ha calificado al derecho a la tutela judicial efectiva como «un derecho al proceso y en el proceso»⁹⁴.

Esta característica ha tomado especial relevancia tras la promulgación de la CE, la cual quedó colocada en la cúspide de la pirámide de normas jurídicas y, desde entonces, inspira y da forma a todo el ordenamiento jurídico. El Derecho Procesal, por ejemplo, no es el mismo antes y después de la CE: «aunque fuese *el mismo* Derecho procesal (olvidándonos de las reformas) no sería *lo mismo*»⁹⁵.

En cuanto a su contenido, un primer acercamiento a la redacción del art. 24 CE nos permite distinguir dos grupos de derechos: en su apartado primero se establece el derecho de acceso a los tribunales y en su segundo apartado, las garantías constitucionales clásicas del proceso penal (ser informado de la acusación, presunción de inocencia, etc.). Si bien estos últimos tienen su origen en las primeras declaraciones de derechos, el derecho de acceso a los tribunales no es reconocido por el constitucionalismo moderno hasta la segunda mitad del siglo xx y aspira a dotar de la máxima categoría a una idea inherente al Estado de Derecho: que todos los derechos e intereses legítimos pueden ser defendidos ante un tribunal público. De esta manera quedan desterrados los supuestos de denegación de justicia, muy comunes en los sistemas antidemocráticos, en los que existen numerosas situaciones exentas de control jurisdiccional, principalmente en el ámbito de las actuaciones administrativas. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha planteado una interpretación integradora del art. 24 CE, postulando que los derechos contenidos en este no deben entenderse de manera aislada, de forma que la mayoría de las garantías del

⁹⁴ STC 54/1994.

⁹⁵ JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, Manuel: «La tutela judicial efectiva luces y sombras». En: *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración universal de los derechos humanos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 1999, p. 320.

segundo apartado son aplicables a todos los procesos (y no solo a los penales), de igual manera que el derecho contenido en el primer apartado debe servir como clave para la actuación de los tribunales, también en el orden penal⁹⁶.

Realizada la matización precedente, en los siguientes epígrafes se realiza un análisis de los derechos contenidos en el art. 24.1 CE. En primer lugar, se analizan los derechos sustantivos de acceso al proceso en sus distintas fases: derecho de acceso a los tribunales, derecho a los recursos establecidos legalmente, derecho a la ejecución y derecho a la justicia cautelar. A continuación, se estudian los derechos adjetivos del proceso, predicables de todas y cada una de las fases señaladas, entre los que se encuentran la prohibición de sufrir indefensión, el derecho a la igualdad de las partes, el derecho al juez predeterminado por la Ley, el derecho a la utilización de los medios de prueba, el derecho a la asistencia letrada, la prohibición de dilaciones indebidas, etc.

2.3 Derechos sustantivos de acceso al proceso

Este primer grupo de derechos se compone de todos aquellos que permiten la entrada en una fase procesal originaria o subsiguiente a las anteriores. Se hace referencia al derecho de acceso a los tribunales, al derecho a los recursos, el derecho a la ejecución y el derecho a la justicia cautelar. Se trata, como puede apreciarse, de fases independientes que, no obstante, pueden presentarse relativamente conexas (es el caso de la justicia cautelar, que tiene como fin asegurar la ejecución de las sentencias, o el del derecho a los recursos que se vincula a la fase declarativa, cuya apertura se produce a través del derecho de acceso a los tribunales). Además, existen diferencias relevantes en el funcionamiento de cada una de estas etapas.

2.3.1 DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES

Este derecho tutela el ejercicio de la acción. Veamos, antes que nada, cómo se define este concepto, apoyándonos para ello en el análisis realizado por Ormazábal Sánchez⁹⁷.

⁹⁶ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «Aproximación a la tutela judicial efectiva». En: Ana Salinas de Frías (Ed.), *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*. Málaga: Universidad de Málaga. 2001.

⁹⁷ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: *Introducción al Derecho procesal*. Madrid: Marcial Pons. 2013.

La acepción original del término «acción» (del latín, *actio*) no coincide totalmente con su acepción común actual. La *actio* del Derecho Romano consistía en el derecho de los ciudadanos a perseguir judicialmente la efectividad de sus derechos, de forma que cada derecho subjetivo se vinculaba con su acción⁹⁸, que le proporcionaba efectividad, lo cual confería el poder de exigir su satisfacción mediante el acceso a los tribunales. Esta vinculación entre el derecho sustantivo y el poder de exigirlo en juicio motivaba que ambos presentasen como una institución indistinta e indisociablemente fundida, de modo que la acción aparecía como una más de las facultades que integraban el contenido del derecho subjetivo⁹⁹.

El avance de la reflexión científica permitió entender que ambas categorías constituían conceptos diferentes y claramente distinguibles¹⁰⁰. Así, la acción se muestra como un derecho instrumental (y autónomo¹⁰¹) respecto de los derechos subjetivos materiales, dirigido a hacerlos efectivos mediante la actividad jurisdiccional. Precisamente dicha instrumentalidad explica su diferente configuración en función del derecho material al que sirve y a cuyas características ha de adaptarse. Por último, la acción es un derecho subjetivo público, que se ejercita siempre frente a los órganos judiciales públicos, y ello aun cuando el derecho material ejercitado tenga naturaleza jurídico-privada. Esto explica que sus normas tengan casi siempre carácter irrenunciable e indisponible.

Por lo expuesto, la acción puede definirse como el derecho a obtener la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos. Se trata de un derecho «anterior e independiente de todo *proceso*, pero solo a través de este puede ejercerse y satisfacerse»¹⁰². A diferencia del proceso penal¹⁰³, este derecho se configura de una manera concreta en el proceso civil o laboral, enfrentándose dos concepciones de la acción: la concreta y la abstracta.

Para explicar ambas posturas, resulta necesario primero distinguir entre los tres hipotéticos derechos que el actor ostenta ante la Administración de

⁹⁸ La acción era comparada metafóricamente con la sombra que inexorablemente acompañaba los objetos iluminados, en este caso los derechos.

⁹⁹ «Se consideraba que la acción formaba parte del contenido del derecho o se hallaba en potencia en el mismo, actualizándose cuando era lesionado», como señala SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: «El acceso a la jurisdicción como integrante...» (Bibl. cit.), p. 889.

¹⁰⁰ Esta idea se aprecia, por ejemplo, en el supuesto de desistimiento de la acción con la conservación del derecho material ejercitado, cabiendo la posibilidad de abandonar temporalmente el ejercicio de la acción sin renunciar simultáneamente al derecho material ejercitado.

¹⁰¹ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: «El acceso a la jurisdicción como integrante...» (Bibl. cit.).

¹⁰² *Ibidem*, p. 890.

¹⁰³ En el ámbito penal existe exclusivamente el derecho a que el proceso se sustancie, con el fin de que se obtenga un pronunciamiento sobre la procedencia de imponer una pena.

Justicia y que forman una escala ascendente, de menor a mayor, respecto de los cuales cada uno presupone al anterior:

a) El derecho a obtener de los Tribunales un pronunciamiento o respuesta de cualquier clase o contenido sobre la solicitud o pretensión formulada (derecho de acceso a la jurisdicción).

b) El derecho a obtener de los Tribunales un pronunciamiento o resolución sobre el fondo, es decir, sobre el contenido de la pretensión o solicitud planteada, estimatoria (total o parcialmente) o desestimatoria (derecho al proceso o a obtener una resolución sobre el fondo).

c) El derecho a obtener de los Tribunales un pronunciamiento que, además de resolver sobre el fondo la pretensión aducida por el ciudadano, sea favorable o acoja esta pretensión, siempre y cuando concurren todos los presupuestos o condicionantes a que el ordenamiento jurídico sujeta la titularidad del derecho o interés que se ejercita mediante aquella pretensión (derecho a obtener una resolución favorable).

Partiendo de dicha exposición, la llamada teoría abstracta considera que la acción coincide con el derecho a obtener una resolución sobre el fondo, mientras que la teoría concreta la identifica con el derecho a obtener una resolución favorable. De este modo, la teoría concreta presupone a la abstracta y le atribuye un contenido más amplio.

El derecho a la tutela judicial efectiva se ha constitucionalizado en el art. 24 en torno a la concepción abstracta. La principal consecuencia de la elevación de un derecho al rango de fundamental es el refuerzo o intensificación de su protección jurisdiccional, a través del recurso de amparo. Si el derecho a la tutela judicial efectiva se tradujese en el derecho a obtener una sentencia favorable (teoría concreta), cualquier sentencia podría ser impugnada en amparo ante el TC. Ello equivaldría a constitucionalizar todos y cada uno de los derechos subjetivos reconocidos en el ordenamiento jurídico, puesto que su transgresión o no reconocimiento en una resolución judicial produciría automáticamente la lesión de un derecho fundamental. Esta concepción no ha sido la constitucionalizada en nuestro sistema, de forma que el art. 24.1 CE consagra exclusivamente el derecho a obtener una resolución sobre el fondo, con independencia de que resuelva favorable o desfavorablemente sobre las pretensiones deducidas por el actor¹⁰⁴.

Así, mantener que el derecho a la tutela judicial efectiva proclama el derecho a que los jueces no se equivoquen, equivaldría tanto como a reconocer

¹⁰⁴ STC 55/1987, entre otras.

un derecho sustantivo a la Justicia, lo que implicaría tres claras disfunciones: supondría consagrar un derecho imposible, vaciaría de contenido el derecho a ser indemnizado por errores judiciales (art. 121 CE) y arrojaría sobre el TC una carga inasumible ¹⁰⁵.

Por otra parte, el ejercicio de la acción no equivale, en todo caso, al derecho incondicional a la prestación de la jurisdicción, sino solo cuando el derecho se ejerza por las vías legalmente establecidas ¹⁰⁶, exigiéndose además la diligencia necesaria para realizar, en tiempo y forma, las actuaciones que a su derecho puedan convenir ¹⁰⁷. No es aceptable, por tanto, arrojar sobre los órganos judiciales la responsabilidad de los perjuicios que los intereses procesales del actor sufran como consecuencia de su propia inacción ¹⁰⁸.

Por ello, ejercitada la acción, los tribunales podrán apreciar la existencia de causas impeditivas del pronunciamiento sobre el fondo (por ejemplo, cuando se acuda a un procedimiento inadecuado o cuando no se cumpla con los requisitos establecidos). No obstante, la apreciación de tales causas debe llevarse a cabo:

... desde la perspectiva constitucional, conforme a un criterio respetuoso del derecho fundamental, rechazando aquellas decisiones que por su rigorismo o excesivo formalismo revelen una clara desproporción entre el defecto o causa en que justifiquen el cierre del proceso y la consecuencia que se deriva para la parte, que es la imposibilidad de obtener un pronunciamiento judicial sobre su pretensión ¹⁰⁹.

Es decir, solo pueden justificar el cierre del proceso aquellos requisitos formales que sean realmente elementos esenciales o trascendentes del mismo. En consecuencia, puede concluirse que este derecho no se cercena por las decisiones judiciales de inadmisión, siempre que se adopten de acuerdo con el principio *pro actione* y que estén debidamente motivadas ¹¹⁰.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, la doctrina ha prestado una especial atención a determinados elementos aspectos necesarios para un efectivo desenvolvimiento del derecho de acceso a la jurisdicción.

¹⁰⁵ BORRAJO INIESTA, Ignacio, y SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio: «El derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías constitucionales del proceso». *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003.

¹⁰⁶ STC 20/1981.

¹⁰⁷ STC 39/1981.

¹⁰⁸ CANO MATA, Antonio. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional: artículo 24 de la Constitución*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. 1984.

¹⁰⁹ STC 199/2001.

¹¹⁰ STC 68/1983.

El primero es la prohibición de rigorismos innecesarios, consistente en la limitación de requisitos formales que, ausentes de justificación suficiente, constituyan *de facto* trabas en el acceso al procedimiento. Esta proscripción ha encontrado su antítesis en el denominado principio *pro actione*, en virtud del cual la tutela judicial efectiva establece el deber positivo de interpretar y aplicar las leyes –en especial, las procesales– de la manera más favorable posible para la efectiva iniciación del proceso. Esto se traduce en que deberán evitarse los denominados «formalismos enervantes»¹¹¹, esto es, los requisitos puramente ritualistas que dificultan el ejercicio de acciones judiciales. Esto implica que deberá permitirse, siempre que sea posible, la subsanación de defectos de forma en los actos de las partes¹¹². No obstante, en lo que al orden jurisdiccional social se refiere, debe aclararse que, por ejemplo, no se considera un rigorismo excesivo la exigencia de reclamaciones previas a la interposición de la demanda (como, por ejemplo, ante la comisión paritaria), en tanto que no cierren el paso a la jurisdicción y se encuentren plenamente justificadas, al procurar una solución de las controversias por medios autónomos, lo que «genera un potencial carácter beneficioso para el sistema de relaciones laborales»¹¹³.

El segundo aspecto, que ya sido apuntado anteriormente, consiste en la necesidad de establecer trámites de subsanación que permitan la posibilidad de reparar o corregir los defectos existentes en la demanda, con independencia de su entidad¹¹⁴, siempre que los mismos sean remediables¹¹⁵. La propia interpretación de ese trámite debe efectuarse de la manera más proclive a su finalidad, habiendo explicitado la jurisprudencia constitucional que incluso es suficiente con que dentro del plazo de subsanación se hayan puesto los medios para la práctica del trámite omitido o defectuoso, aunque dicho trámite no se haya realizado efectivamente dentro de tal plazo¹¹⁶.

¹¹¹ STC 69/1984.

¹¹² DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «Aproximación a la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

¹¹³ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: «Tutela judicial efectiva y acceso al proceso laboral». En: *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*. Valladolid: Lex Nova. 2001, p. 937. Véase también la STC 217/1991. Respecto de algunos de estos trámites, como es la reclamación previa, se ha podido comprobar que en la práctica se han demostrado frecuentemente inoperativos, al ser mayoritariamente desestimadas de forma expresa o tácita, lo que ha llevado a la supresión del requisito por la LPAC. Al respecto, véase TOLOSA TRIBIÑO, César: «La Ley 39/2015 y su aplicación en el ámbito laboral». *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 41, pp. 102-129. 2017.

¹¹⁴ STC 113/1986.

¹¹⁵ Dicho trámite viene regulado en el vigente art. 81 LRJS, si bien no debe interpretarse limitado al momento de admisión de la demanda, sino que la posibilidad de subsanar podrá producirse en otros momentos posteriores del proceso.

¹¹⁶ CAMPS RUIZ, Luis Miguel: «Conciliación previa y acceso al proceso (STC 199/2001, de 3 de octubre, recurso de amparo 4660/1998)». En: Tomás Sala Franco, Juan Manuel Ramírez Martínez y Efrén Borrajo Dacruz (Eds.), *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*, pp. 683-696. Madrid: Wolters Kluwer. 2003.

Merece una especial referencia el supuesto de los errores inducidos por la Administración. Numerosos pronunciamientos han entendido que no puede permitirse que se vea limitado en su derecho fundamental el ciudadano que yerra en su acceso a los tribunales como consecuencia de la confianza depositada en las defectuosas advertencias realizadas por la Administración¹¹⁷. A lo anterior no puede obstar que el trabajador contase con asistencia letrada tanto en fase administrativa como jurisdiccional, ya que la protección de los ciudadanos frente a las irregularidades administrativas no se hace depender de la presencia o no de letrado¹¹⁸.

Por último, debe hacerse una especial alusión a la conexión del derecho a la tutela judicial efectiva con las vías de resolución extrajudicial de los conflictos. Estos han sido valorados muy positivamente por la doctrina constitucional, en tanto que:

«son trámites proporcionados y justificados, ya que su fin no es otro que procurar una solución extraprocésal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo»¹¹⁹.

En estas circunstancias, y ante la unánime declaración de inconveniencia de la autotutela, se van extendiendo paulatinamente mecanismos no estrictamente jurisdiccionales que permiten complementar la labor del Poder Judicial. Esta posibilidad se articula en conexión con el principio de autonomía de la voluntad, amparando que los ciudadanos puedan optar por la vía más adecuada para alcanzar una resolución a sus problemas. En esta situación, se ha considerado que la CE no puede limitarse a otorgar protección a las actuaciones estrictamente procesales, debiendo «progresar hacia un derecho fundamental a justicia, a que los sujetos, cuando haya pluralidad de opciones de obtener una solución justa a una disputa, dispongan de un derecho integral»¹²⁰.

¹¹⁷ Ello ocurre, por ejemplo, en aquellos supuestos en que se produce una notificación defectuosa por parte de la Administración con indicación errónea de los plazos, en cuyo caso ha concluido la jurisprudencia constitucional que no cabe apreciar la caducidad de la acción ejercitada (STC 214/2002).

¹¹⁸ SUÁREZ FERNÁNDEZ, Alejandro: «Caducidad de la acción y tutela judicial efectiva en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo (Sentencia del Tribunal Constitucional 214/2002, de 11 de noviembre)». En: Tomás Sala Franco, Juan Manuel Ramírez Martínez y Efrén Borrajo Dacruz (Eds.), *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*, pp. 663-682. Madrid: Wolters Kluwer. 2003.

¹¹⁹ STC 217/1991.

¹²⁰ MARTÍN DIZ, Fernando: «El derecho fundamental a la justicia: revisión integral e integrador del derecho a la tutela judicial efectiva». *UNED. Revista de Derecho Político*, 106. 2019, p. 17.

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

De este modo, resulta necesario entender que acudir a tales mecanismos no puede quedar en ningún caso al margen de la tutela constitucional, lo que no haría sino desincentivar su utilización, lo que resulta notorio que chocaría contra la interpretación que tanto el legislador como el propio TC vienen realizando del derecho.

Así, se ha señalado que:

«la Constitución, como cúspide del ordenamiento jurídico y referencia del mismo, aun cuando no tenga una referencia explícita e individual a todos y cada uno de los mecanismos de obtención de resolución a los litigios, ha de proporcionar un derecho fundamental amplio, integrador y orientado a la defensa de los derechos subjetivos de los ciudadanos que les permita la realización de la justicia mediante una diversidad de opciones y procedimientos legales que comprenda tanto el proceso judicial (directamente vinculado a la tutela judicial efectiva) como el arbitraje, la mediación, la conciliación, la negociación y cualesquiera otros medios extrajudiciales y no jurisdiccionales de resolución de litigios»¹²¹.

Esta apuesta resulta absolutamente coherente con la protección constitucional que ha aportado la jurisprudencia constitucional, al amparo del derecho a la tutela judicial efectiva, a las medidas extrajudiciales de evitación del procedimiento¹²². Significativamente, conviene resaltar que dicha protección no se ha reconocido en exclusiva a las vías oficiales (legal o convencionalmente preestablecidas), sino a cualquier herramienta que aspire a encontrar una salida negociada al conflicto.

2.3.2 DERECHO A LOS RECURSOS LEGALMENTE ESTABLECIDOS

Dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no se incluye, como tal, el derecho a recurrir contra toda sentencia. La destacada excepción se encuentra en el ámbito penal, como consecuencia de la aplicación del art. 14.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por España, y que establece que los Estados firmantes deben prever en su ordenamiento el derecho a la revisión del fallo condenatorio. En el resto de los ámbitos, la posibilidad de establecer un sistema de recursos no es imperativo, por lo que no supone una lesión del derecho fundamental el establecimiento de la

¹²¹ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

¹²² STC 55/2004.

imposibilidad de recurrir contra las sentencias, si bien prudentemente no es la opción adoptada por el legislador¹²³.

En consecuencia, al margen del ámbito penal, el derecho a los recursos es de configuración estrictamente legal, estando determinado por la existencia de previa regulación en la materia¹²⁴. Por lo tanto, no resultaría ajustada a Derecho la admisión de un recurso que no se encuentre expresamente regulado legalmente, pues ello implicaría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al suponer un desequilibrio procesal¹²⁵. Sin embargo, cuando dicha regulación existe, el acceso a esa posibilidad se integra en el ámbito del derecho fundamental, por lo que no se admite que el legislador establezca para su acceso obstáculos procesales excesivos o desproporcionados a su finalidad¹²⁶. De igual manera, la inadmisión de un recurso exige su instrumentación a través de una resolución judicial fundamentada en una norma bajo cuyo cumplimiento se condicione el mismo ejercicio del derecho a recurrir, resultando igualmente contrario a la tutela judicial efectiva el establecimiento de causas no razonables o arbitrarias, o una aplicación o interpretación rigorista, formalista y literal de las normas procesales, en contraposición con su auténtica finalidad¹²⁷.

Sin embargo, debe aclararse que la jurisprudencia constitucional ha descartado que lo anterior deba traducirse en la necesidad de interpretar las reglas procesales en el sentido más favorable al acceso al recurso y que por tanto deba rechazarse cualquier interpretación cuando exista una posibilidad más proclive al mismo. En su lugar, se ha entendido que solo debe censurarse la denegación irrazonable, arbitraria o patentemente errónea de los recursos establecidos legalmente, habiéndose considerado que el principio *pro actione* no opera con la misma intensidad en el acceso al recurso que cuando se refiere al acceso a los tribunales¹²⁸. Aunque ambos derechos están incluidos en el art. 24 CE, el derecho de acceso a la jurisdicción forma parte de su contenido esencial,

¹²³ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: *Introducción al Derecho procesal...* (Bibl. cit.).

¹²⁴ Evidentemente, esta no es la única interpretación posible. Existe otra, consistente en integrar este derecho en la tutela judicial efectiva, como una garantía de las partes procesales (permitiendo así controlar la legalidad de las resoluciones judiciales). Esto supondría, por lo pronto, que se le aplicase el principio *pro actione* con la misma intensidad que se viene aplicando respecto del derecho de acceso a la jurisdicción. No obstante, esta interpretación se terminó por descartar, como señala VICENTE BALLESTEROS, Tomás: «El derecho fundamental a los recursos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. Una visión crítica». *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 126. 2017.

¹²⁵ STC 116/1986.

¹²⁶ GARCÍA MORILLO, Joaquín: «El derecho a la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

¹²⁷ GARCÍA BLASCO, Juan: «Derecho al recurso laboral y tutela judicial efectiva». *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 89-106. 1994.

¹²⁸ GOERLICH PESET, José María: «Los medios de impugnación». En: Mónica Albiol Ortuño, Carlos Luis Alfonso Mellado, Ángel Blasco Pellicer y José María Goerlich Peset (Eds.), *Derecho Procesal Laboral*, pp. 1673-1702. Valencia: Tirant lo Blanch. 2015.

mientras que el derecho a los recursos se incorpora al derecho a la tutela judicial en la forma que cada norma procesal establece (salvo en el supuesto ya aludido del orden penal). Por último, no puede olvidarse que, como ha establecido entre otras la STC 55/1995, el derecho al recurso ha de ser contrapesado por el derecho de las demás partes a un proceso sin dilaciones y a la ejecución de la sentencia¹²⁹.

Con amparo en esta doctrina, por ejemplo, se han dictado pronunciamientos como la muy debatida STC 7/2015, que ha descartado la existencia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la actuación del TS consistente en cambiar su interpretación respecto de las exigencias de planteamiento de los recursos. El TS introdujo nuevos requisitos indispensables para la formulación del recurso, estableciendo además que los mismos eran de aplicación a recursos formulados antes de dicho cambio jurisprudencial, lo que implicaba la inadmisión de los recursos ya planteados¹³⁰. Como decimos, dicho pronunciamiento no ha estado exento de polémica. Se ha criticado la eficacia retroactiva de los cambios de criterio jurisprudencial, considerándose que no es aceptable cuando implica el sacrificio de otros derechos o valores constitucionales, tales como la seguridad jurídica o la proscripción de la arbitrariedad¹³¹.

2.3.3 DERECHO A LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

El derecho a obtener una resolución sobre el fondo quedaría absolutamente vacío de contenido si no llevase aparejado el aseguramiento de la posibilidad de dotar a la misma de efectividad: si se niega u omite la posibilidad de ejecutar la resolución judicial, o incluso tarda en llevarse a cabo la citada ejecución, los derechos anteriormente reconocidos perderían toda razón de ser¹³².

¹²⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «La constitucionalidad de la consignación de la condena en los recursos de suplicación y casación social». *Derecho de Las Relaciones Laborales*, 4, pp. 279-291. 2017.

¹³⁰ No obstante, también debe señalarse que en este caso concreto se estimó finalmente el amparo dado que la parte recurrente extremó su diligencia y tomó la iniciativa de presentar un escrito complementario al recurso, de adecuación a las nuevas exigencias, lo que implicó que la inadmisión del mismo fue atentatoria contra la tutela judicial efectiva. El TC se permitió incluso clarificar su posición, señalando que «si el demandante no hubiera satisfecho dicha carga procesal, acomodándose al cambio jurisprudencial con la presentación del referido escrito, la conclusión que habríamos alcanzado sería precisamente la contraria, desestimando la invocada vulneración».

¹³¹ CANCIO FERNÁNDEZ, Raúl César: «Que los votos particulares no nos impidan ver el bosque. Tutela judicial efectiva y configuración legal del derecho de acceso a los recursos. La STC de 22 de enero de 2015 (Recurso de amparo N° 2399/2012)». *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, pp. 133-138. 2015.

¹³² STEDH de 19 de marzo de 1997, caso Hornsby.

La tutela judicial solo será efectiva cuando junto a la función declarativa concurra la ejecutiva, a través de la cual se permite la adecuación de lo establecido en la sentencia a la realidad¹³³.

La ejecución de sentencias es, además, pieza fundamental para dar efectividad a la cláusula de Estado de Derecho que implica, entre otros aspectos, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no solo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado, tal y como se desprende del art. 117.3 CE¹³⁴.

Ello no impide a la ley establecer límites al pleno acceso a la ejecución de las sentencias, siempre que los mismos sean razonables y proporcionales respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la CE¹³⁵. La falta de ejecución solo será válida cuando sea declarada en resolución motivada apoyada en una causa legalmente establecida¹³⁶.

Conviene matizar que la referencia a la ejecución de sentencias debe extenderse a otros tantos títulos jurídicos, a los que la Ley les conceda la misma protección. En el orden jurisdiccional social, es el caso de los acuerdos de conciliación o de mediación, los laudos arbitrales firmes (art. 68 LRJS), la conciliación judicial (art. 84 LRJS) o el convenio transaccional (art. 235.4 LRJS).

Una mención especial cabe realizar al derecho a la ejecución provisional, que no se incluye dentro del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, considerándose un derecho autónomo respecto del derecho a la ejecución definitiva¹³⁷. Se trata de un derecho establecido por el legislador y que se encuentra sometido a ciertos requisitos sobre su procedencia o improcedencia que deben ser valorados por los órganos judiciales. No obstante, en el ámbito específicamente laboral, la ejecución provisional presenta una serie de particularidades cuya finalidad consiste tanto en evitar recursos meramente dilatorios de la parte condenada como dotar de eficacia inmediata a la resolución que

¹³³ NEVADO FERNÁNDEZ, María José, y CABERO MORÁN, Enrique: «Ejecución de sentencias laborales y tutela judicial efectiva». *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 317-354. 1994.

¹³⁴ STC 107/1992.

¹³⁵ STC 4/1988.

¹³⁶ GARCÍA MORILLO, Joaquín: «El derecho a la tutela judicial...» (Bibl. cit.). Debe apuntarse que la jurisprudencia constitucional ha señalado que la existencia de una sentencia firme y ejecutoria no impide que el legislador incida, incluso retroactivamente, en el objeto de aquella: la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no pueden limitar al legislador a la hora de adoptar aquellas regulaciones que estime más convenientes (STC 73/2000). A conclusiones distintas, probablemente, habría que llegar si esa nueva regulación que incide sobre objetos litigiosos vulnerase el principio de igualdad (art. 14 CE) o la garantía expropiatoria (art. 33.3 CE). En este sentido, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «Aproximación a la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

¹³⁷ STC 104/1994.

estima la pretensión del trabajador, considerando la situación en la que ha podido quedar. Actúa por tanto como mecanismo compensador de la desigual posición material existente entre las partes, en el contexto de un proceso como el laboral, dirigido precisamente a garantizar la igualdad efectiva y no meramente formal de aquellas ¹³⁸.

2.3.4 DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA CAUTELAR

El acceso a la justicia cautelar ha sido considerado como un proceso autónomo ¹³⁹, aunque en realidad presenta un carácter instrumental respecto de un proceso principal, que opera como condicionante necesario de la tutela cautelar. Dicho condicionamiento es tanto formal como material, hasta el punto de que las pretensiones de dicha tutela cautelar están condicionadas necesariamente por el contenido de las pretensiones expuestas –o que previsiblemente se vayan a formular ¹⁴⁰– en el proceso principal, debiendo ser homogéneas con las pretensiones formuladas en el mismo. En todo caso, su dimensión constitucional radica en la finalidad de asegurar la efectividad de la tutela judicial que finalmente se dispense por el órgano jurisdiccional, que de otro modo devendría puramente nominal o simbólica ¹⁴¹.

La propia jurisprudencia constitucional vincula la existencia de dichos procesos a la tutela judicial efectiva, relacionándolos con:

... la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1 CE) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento ¹⁴².

En el ámbito del Derecho del Trabajo, la justicia cautelar no ha merecido una especial atención debido al carácter ágil que se presume a la jurisdicción Social y que permitía reducir los riesgos de ineficacia de la resolución judicial

¹³⁸ STC 105/1997.

¹³⁹ BLASCO PELLICER, Ángel Antonio: «La tutela cautelar laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». *Aranzadi Social*, 5, pp. 619-642. 2001.

¹⁴⁰ Dichas medidas podrán solicitarse junto a la demanda, pero también con anterioridad a la misma (art. 725.1 LEC).

¹⁴¹ FOLGUERA CRESPO, José Ángel: «Con la venia. Medidas cautelares y proceso social». *Derecho de Las Relaciones Laborales*, 2, pp. 131-152. 2017.

¹⁴² STC 238/1992.

como consecuencia del retraso en la tramitación de los procedimientos¹⁴³. Evidentemente, esa situación cambia con el importante retraso que en la actualidad acumulan los órganos judiciales, lo que revierte en la revalorización de esta figura y de su importancia de cara a conseguir una justicia efectiva. Sobre todo, esa situación ha cambiado de manera espectacular como consecuencia de la declaración del estado de alarma como consecuencia de la pandemia derivada de la extensión del COVID-19 (RD 463/2020 de 14 de marzo), a raíz de la cual se han multiplicado las solicitudes de esta tutela por parte de quienes consideraban vulnerados sus derechos a la integridad física y a la vida al tener que prestar su actividad en condiciones de peligro.

En la jurisdicción social, el proceso cautelar se regula en el art. 79 LRJS, si bien siendo de aplicación subsidiaria la regulación de la LEC (art. 721 a 747), en cuanto sean compatibles con los principios del proceso social (Disposición Final 4.ª LRJS). Cuando el proceso verse sobre la impugnación de actos administrativos, la regulación de aplicación subsidiaria será la incluida en los arts. 129 a 136 LRJCA.

Los requisitos exigidos para la concesión de la tutela cautelar son tres: peligro de mora procesal (*periculum in mora*), apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y prestación de caución –de la que, por cierto, se excluye a los sujetos que ostentan el beneficio de justicia gratuita¹⁴⁴. Sin perjuicio de lo anterior, nada impide que se establezcan otros requisitos adicionales por ley¹⁴⁵.

2.4 Derechos adjetivos del proceso

El derecho contenido en el art. 24.1 CE quedaría vacío de contenido si se limitase a asegurar la posibilidad de acudir a la jurisdicción. Es necesario que la tutela judicial sea efectiva, es decir, que sea útil, que sirva para algo. Para evitar dicho vaciamiento del derecho, se ha establecido una serie de derechos

¹⁴³ BAZ TEJEDOR, José Antonio: «Desafíos para la tutela judicial efectiva en el proceso de trabajo». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 23, pp. 53-81. 2014.

¹⁴⁴ Sobre los requisitos necesarios para la aprobación y mantenimiento de medidas cautelares, se incluye un interesante estudio en SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, y GALLEGRO MOYA, Fermín: «¿Medida cautelar para posponer el reintegro de prestación litigiosa? ATS-SOC núm. 4182/2019, de 8 de abril». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 3. 2019.

¹⁴⁵ MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús: «La tutela cautelar en la jurisdicción social». *Nueva Revista Española de Derecho Del Trabajo*, 194, pp. 23-53. 2017. Es el caso, por ejemplo, de la medida consistente en la suspensión de los efectos de la resolución o acto administrativo impugnados en el pleito principal, respecto del que se establece que «la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada» (art. 152 LRJS).

adicionales, igualmente necesarios y todos ellos dirigidos a un objetivo clave: la prohibición de la indefensión. Será esta la que se comentará en primer lugar y, a continuación, se analizarán los derechos dentro del proceso, que deberán ser interpretados como inescindibles de la primera.

2.4.1 PROHIBICIÓN DE SUFRIR INDEFENSIÓN

El TC ha reaccionado frente al rigor presente tanto en la imposición legal como en la exigencia aplicativa de las formalidades procesales. En relación con ello, ha afirmado que el art. 24.1 CE contiene un doble mandato, dirigido por un lado al legislador y por otro hacia los jueces y tribunales ¹⁴⁶.

El primer mandato mencionado limita al legislador a la hora de establecer requisitos y formalismos no razonables que frustren innecesariamente la obtención de una resolución sobre el fondo. En este sentido, la libertad de conformación del proceso que le asiste no le autoriza a instituir obstáculos o impedimentos en el acceso a la jurisdicción que «sean innecesarios y que carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente pueda perseguir» ¹⁴⁷. Las exigencias formales habrán de responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifican su existencia, debiendo ser fácilmente discernibles y estar dotadas de entidad suficiente como para justificar su obstaculización.

El segundo mandato impone a los órganos judiciales el deber de interpretar dichos formalismos en el sentido más favorable para la efectividad del derecho, evitando que un exceso de rigor conduzca a pronunciamientos de inadmisión, ablatorios de los legítimos derechos e intereses que al justiciable puedan corresponderle. El TC ha insistido en que las formas y requisitos procesales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que solo sirven en la medida en que sean instrumentos para conseguir una finalidad legítima. Así, ha recordado a los jueces y tribunales que deben evitar caer «en la trampa del formalismo» ¹⁴⁸, constitutiva de una perversión de la forma que, en lugar de tratarla como un instrumento de garantía, le atribuye «un fin en sí mismo» ¹⁴⁹.

La proscripción de la indefensión se erige como un auténtico tamiz a través del que ha de filtrarse la interpretación de cualquier exigencia o pres-

¹⁴⁶ VALDÉS DAL-RE, Fernando: «Tutela judicial efectiva y acceso al proceso laboral...» (Bibl. cit.).

¹⁴⁷ STC 4/1988.

¹⁴⁸ STC 63/1999.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

cripción procesal. En este aspecto, la virtualidad de la tutela judicial es muy relevante, pues ha de tenerse presente en todas las decisiones (preparatorias, previas, interlocutorias, finales, posteriores) que adopten los jueces o tribunales. En todo caso, no puede dejar de advertirse que esta garantía despliega sus efectos exclusivamente dentro del ámbito del proceso «de forma que fuera de este tan solo impropriadamente puede hablarse de indefensión»¹⁵⁰.

Para valorar los efectos del incumplimiento de los requisitos procesales, no bastará con atenerse a la literalidad de la norma que los establece, sino que también se deberá atender a la entidad real del defecto advertido, interpretado en función de la frustración o no de la finalidad perseguida por el acto y a la luz de los efectos jurídicos derivados de la inobservancia de la regla formal¹⁵¹.

En este sentido, el criterio fundamental que deberá regir el proceso es la prohibición de sufrir indefensión, considerándose esta como la restricción de los medios legítimos de defensa de la propia posición dentro del proceso¹⁵². De hecho, la jurisprudencia constitucional ha proscrito la indefensión, considerándola «la tacha más grave de la cual puede adolecer la tutela judicial no ya para resultar eficaz sino simplemente para ser»¹⁵³. No obstante, debe recordarse que el art. 24.1 CE no ha constitucionalizado todo el Derecho Procesal, por lo que no puede afirmarse que cualquier infracción de una norma de procedimiento tenga relevancia constitucional. El derecho fundamental se verá vulnerado solo cuando dicha infracción impida conseguir la protección judicial de sus legítimos intereses o cuando se perjudique de manera efectiva el derecho a la defensa (no bastará así con la mera indefensión formal, sino que se exige que sea material y tenga incidencia en el fallo), siempre que dicha indefensión no sea imputable a la parte que la alega, como consecuencia de un comportamiento voluntario, de su negligencia o de su propia inactividad¹⁵⁴.

La prohibición de la indefensión también incluye el derecho a la defensa por las partes de sus respectivas posiciones a través de las oportunas alegaciones y otros medios que consideren convenientes a su derecho. En este sentido, existirá indefensión cuando por un motivo legalmente no previsto (o, aun cuando esté legalmente previsto, pero resulte irrazonable o desproporcionado)

¹⁵⁰ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.), p. 54.

¹⁵¹ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: «Tutela judicial efectiva y acceso al proceso laboral...» (Bibl. cit.). Véase también la STC 95/1988.

¹⁵² Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «Aproximación a la tutela judicial» (Bibl. cit.).

¹⁵³ STC 17/1997.

¹⁵⁴ DURÁN LÓPEZ, Federico: «El derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso debido en el orden social». En: Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y Fernando Elorza-Guerrero (Eds.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional: XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, pp. 359-403. Madrid: Tecnos. 2001.

se prive a las partes (o a una de ellas en beneficio de la otra) de la posibilidad de hacer valer sus derechos ¹⁵⁵.

2.4.2 DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PARTES

Este principio proscribe los tratos desiguales que puedan tener lugar dentro del proceso y que puedan suponer un perjuicio para una de las partes en beneficio de otra, causando situaciones de indefensión.

Sin embargo, en el ámbito social este principio no debe interpretarse en el sentido de aspiración a una plena igualdad formal, en tanto que puede haber tratos desiguales dentro del proceso que ostenten una plena justificación y que, incluso, sean necesarios para garantizar la igualdad de las partes. En este sentido, debe atenderse al reproche clásico que afirma que el derecho, para ser igual, tendría que ser desigual ¹⁵⁶. Tal apreciación parte de la constatación de que la igualdad de las personas como sujetos jurídicos implica automáticamente la desigualdad de los individuos concretos, como puede ser el trabajador frente al empresario:

Para el uno el libre contrato permite una nueva forma de dominio social con el que subordina los demás a sí mismo, para el otro este mismo libre contrato significa sólo una nueva forma de servidumbre social con la que se subordina a otro ¹⁵⁷.

Ante estos análisis han surgido distintas reacciones. La primera parte de la desconfianza ante la justicia civil y plantea la necesidad de generar instrumentos alternativos al proceso: ya sea órganos dotados de funciones conciliadoras y arbitrales, ya sea órganos dotados de jurisdicción, o incluso verdaderos tribunales especiales, pero que cuenten con participación paritaria de patronos y obreros ¹⁵⁸.

La segunda reacción se orienta, por el contrario, a exigir la reforma de los propios mecanismos del proceso, dirigida a equilibrar la correlación de fuerzas existente. Esto se traduciría, por ejemplo, en la atenuación del principio dispo-

¹⁵⁵ GARCÍA MORILLO, Joaquín: «El derecho a la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

¹⁵⁶ «El derecho sólo puede consistir, por su naturaleza, en la aplicación de una medida igual; pero los individuos desiguales [...] sólo pueden medirse por la misma medida siempre y cuando que se les coloque bajo un mismo punto de vista y se les mire solamente en un aspecto determinado; por ejemplo, en el caso dado, solo en cuanto obreros, y no se vea en ellos ninguna otra cosa, es decir, se prescinda de todo lo demás [...]. Para evitar todos estos inconvenientes, el derecho no tendría que ser igual, sino desigual» (MARX, Karl: *Crítica del Programa de Gotha*. Madrid: Fundación Federico Engels. 2004 -originalmente publicado en 1875, p. 30).

¹⁵⁷ CERRONI, Umberto: *La libertad de los modernos*. Madrid: Martínez Roca. 1972, p. 106.

¹⁵⁸ MONTERO AROCA, Juan: *Los tribunales de trabajo (1908-1938)*. Jurisdicciones especiales y movimiento obrero. Valencia: Universidad de Valencia. 1976.

sitivo, atribuyéndose al juez el deber de suplir las deficiencias en la conducta procesal de la parte más débil económicamente y en consecuencia con menos posibilidades de valerse de los medios procesales ¹⁵⁹.

No bastará, sin embargo, con establecer un derecho sustantivo que compense los desequilibrios de partida. Se requerirá además que se articulen contrapesos de carácter procesal y orgánico ¹⁶⁰, habiéndose señalado incluso que de ello dependerá la existencia de un proceso realmente equitativo:

El proceso de trabajo se conforma como paradigma histórico y constitucional de la conectividad inescindible entre el andamiaje normativo sustantivo y procesal, lo cual queda fuera de toda duda; implica alejarse de posicionamientos defensores de la inmunidad de una regulación procesal meramente técnica que deja de ser neutral para quedar imbuida, por el contrario, de los principios y fines del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ¹⁶¹.

La jurisprudencia constitucional ha hecho suyo este análisis ya desde sus primeros pronunciamientos. La ya citada STC 3/1983, por ejemplo, defiende con rotundidad que la desigualdad subjetiva debe ser modulada por determinadas medidas igualatorias, no solamente jurídicas sino también procesales ¹⁶²:

[E]l Derecho laboral [...] se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales. Y en el tema que importa a la cuestión debatida debe destacarse que a esta finalidad sirven no sólo las normas sustantivas, sino también las procesales, porque superando tendencias que creían que el Derecho procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del Derecho sustantivo, resulta patente que ambos son realidades inescindibles, actuando aquél como un instrumento más, y de singular importancia, para el cumplimiento de los fines pretendidos por éste.

Estos son los principios que dotan de coherencia a la eliminación de «trabas que impidan el acceso a la prestación jurisdiccional a quienes se encuentran en una posición de inferioridad social y jurídica» ¹⁶³, como ocurre en el

¹⁵⁹ BAYLOS GRAU, Antonio Pedro: «La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva». *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 107-130. 1994.

¹⁶⁰ En este mismo sentido, véase MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos. Cuadragésima Edición, 2019, pp. 810 y siguientes.

¹⁶¹ BAZ TEJEDOR, José Antonio: «Desafíos para la tutela judicial...» (Bibl. cit.), p. 59.

¹⁶² Para llegar a tal conclusión, el TC se apoya en el art. 9.2 CE, que establece la obligación de los poderes públicos de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas». En el mismo sentido, véase TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: «Ampliación de la garantía de indemnidad del trabajador por la reclamación de sus derechos: ahora sobre los actos previos no necesarios para acceder al proceso (Comentario a la STCo 55/2004, de 19 de abril)». *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 256, 2004, p. 184.

¹⁶³ BAZ TEJEDOR, José Antonio: «Desafíos para la tutela judicial...» (Bibl. cit.), p. 64.

ámbito de la consignación para recurrir o en materia de prueba, donde el principio dispositivo cede ante el inquisitivo, que permite al juez intervenir en aras de obtener la verdad material, primando así el principio de equilibrio procesal sobre el de igualdad de las partes ¹⁶⁴.

2.4.3 DERECHO A OBTENER UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO

Salvo que medie una causa de inadmisión, el contenido normal del derecho a la tutela judicial consistirá en obtener una resolución de fondo (sin que ello conlleve forzosamente el derecho a obtener una resolución que acoja las pretensiones del demandante, tal y como ya se ha planteado anteriormente). Dicha resolución de fondo, de forma razonada y ajustada a Derecho, estimará o desestimarás las pretensiones instadas, siempre que en el proceso se hayan cumplido y observado todas las garantías recogidas en el art. 24 CE. Asimismo, la tutela judicial efectiva debe considerarse satisfecha con la obtención de esa resolución fundada en derecho, que puede ser de inadmisión o de desestimación por algún motivo formal, cuando concurra alguna causa legítima de inadmisibilidad y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma ¹⁶⁵.

Este derecho tiene su raíz histórica en las primeras generaciones de derechos. Así, en el art. 4 del Código Civil napoleónico se refleja que «el juez que rehúse juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la Ley podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia», haciendo referencia a la prohibición de las sentencias *non liquet* ¹⁶⁶.

Como consecuencia de lo anterior, las resoluciones dictadas deberán reunir una serie de requisitos que resultarán imprescindibles para que aquellas puedan considerarse respetuosas con el derecho a la tutela judicial efectiva. Estos requisitos hacen referencia al propio contenido o estructura de la sentencia (requisitos internos), así como a los efectos de la misma (requisitos externos). Vamos a analizarlos, por ese orden, en lo que queda de este epígrafe.

a) *Requisitos internos.*

Para evaluar el cumplimiento de los requisitos internos, el TC ha elaborado un test de razonabilidad para enjuiciar las vulneraciones de los derechos del

¹⁶⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: *La prueba en el proceso de trabajo*. Madrid: Civitas. 1994.

¹⁶⁵ CANO MATA, Antonio. «El derecho a la tutela judicial efectiva...» (Bibl. cit.).

¹⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: *La lengua...* (Bibl. cit.).

art. 24.1 imputadas al Poder Judicial. Dicha prueba se integra por cuatro criterios: congruencia, motivación, razonabilidad y ausencia de error patente. El examen se ciñe exclusivamente a dichos requisitos, evitando toda valoración acerca de la corrección jurídica de las resoluciones judiciales ¹⁶⁷.

i) Congruencia

El requisito de congruencia queda fijado por el art. 218.1 LEC, que establece lo siguiente:

Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

La prueba de congruencia exige confrontar la parte dispositiva de la sentencia con el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y *petitum*), de manera que la adecuación debe extenderse tanto a la petición como a los hechos esenciales que la fundamentan ¹⁶⁸. Así, la incongruencia se producirá cuando el fallo o parte dispositiva no resulte adecuado o ajustado sustancialmente a las recíprocas pretensiones de las partes y, en lugar de ello, otorgue «más de lo que se hubiera pedido en la demanda, [o] menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, [u] otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida» ¹⁶⁹. Dicha incongruencia adquirirá relevancia constitucional si «el órgano judicial omite la decisión sobre el objeto procesal, trazado entre la pretensión o contestación» ¹⁷⁰.

¹⁶⁷ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y «canon reforzado» de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional». En: María de la Consolación Arranz de Andrés y Margarita Serna Vallejo (Eds.), *Estudios de Derecho español y europeo: libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, pp. 635-656. Santander: Universidad de Cantabria. 2009. En este mismo sentido, véase CARRASCO DURÁN, Manuel: «La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva». *Revista de derecho político*, núm. 107, pp. 13-40. 2020.

¹⁶⁸ STC 172/1994.

¹⁶⁹ STC 20/1982.

¹⁷⁰ STC 49/1992. No obstante, lo anterior no puede traducirse en una conformidad rígida y literal con los pedimentos expresados en el escrito de demanda y la oposición a la misma, en tanto que esto resultaría incompatible con el principio *iura novit curia* (STC 172/1994), en virtud del cual se reconoce la libertad del órgano judicial para motivar con arreglo a derecho sus decisiones, sin que para ello tenga que verse sujeto imperativamente en el razonamiento jurídico que le sirve de motivación para el fallo a las alegaciones jurídicas desenvueltas por las partes.

El vicio de incongruencia atañe a toda resolución judicial, no solo a las sentencias (por ejemplo, a los autos relativos al proceso ejecutivo¹⁷¹). Se exige, además, que dicha infracción sea relevante, exigiéndose que se trate de una «desviación sustancial [que suponga] «una completa modificación de los términos del debate procesal»¹⁷². Y, por último, se requerirá que la incongruencia sea de tal entidad que provoque indefensión efectiva y material¹⁷³.

Existen tres tipos principales de incongruencia¹⁷⁴. El primero es la incongruencia omisiva, que puede definirse como el olvido, la falta de respuesta judicial a una de las pretensiones de la demanda oportunamente articulada por el litigante, que quedaría así imprejuizada¹⁷⁵. El segundo es la incongruencia *ultra petita*, que consiste en un exceso cuantitativo cuando se otorga más de lo que se había pedido o un exceso cualitativo si se concede otra cosa, además de la que se había pedido. El tercero es la incongruencia *extra petita*, que se produce cuando la decisión judicial recae sobre una cuestión ajena a las pretensiones procesales, sobre las que las partes no han realizado petición alguna¹⁷⁶.

ii) Motivación

En consonancia con el art. 120.3 CE, es contenido esencial del derecho a la tutela judicial que las resoluciones judiciales de fondo se encuentren ade-

¹⁷¹ STC 33/1987.

¹⁷² STC 46/1993.

¹⁷³ STC 45/1993.

¹⁷⁴ Aunque se ha hecho referencia a algún otro, como la incongruencia *citra petita*, que se produce cuando «si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes» (STS [Sala Primera] 955/1996 de 18 de noviembre, RC 3818/1992), si bien se ha negado que responda al concepto de incongruencia «pues cuantitativamente siempre es posible la condena a menor cantidad de la pedida, y cualitativamente supondría una negativa del derecho de acción» (STS de 8 de octubre de 1985).

¹⁷⁵ Sobre diferencias entre incongruencia omisiva y desestimación tácita, véanse las SSTC 171/1993 y 4/1994, y DURÁN LÓPEZ, Federico: «El derecho a la tutela judicial efectiva...» (Bibl. cit.). Sobre la relevancia constitucional de la incongruencia omisiva, véanse las SSTC 27/1988 y 84/1988, y DESDENTADO BONETE, Aurelio, y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «Motivación y congruencia de las sentencias laborales en la doctrina del Tribunal Constitucional». *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 273-316. 1994. Sirven como ejemplos de pronunciamientos que presentan incongruencia omisiva las SSTC 5/1986, 163/1992 y 226/1992.

¹⁷⁶ Abordando esta cuestión, así como la diferencia que supone la incongruencia por alteración del debate (*ultra petita* o *extra petita*) en la instancia y en los recursos, véase DESDENTADO BONETE, Aurelio, y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «Motivación y congruencia de las sentencias laborales...» (Bibl. cit.). Además, sobre la necesaria flexibilidad a la hora de evaluar las incongruencias *ultra petita* y *extra petita* en el proceso laboral, véase OJEDA AVILÉS, Antonio: «Sobre el libre arbitrio judicial en los procesos de trabajo». *Revista de Política Social*, 92, pp. 59-99. 1971; CRUZ VILLALÓN, Jesús: «La incongruencia en el proceso laboral desde la perspectiva constitucional». *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 131-162. 1994. Además, sirven como ejemplos de pronunciamientos que resultan congruentes a pesar de excederse del *petitum* las SSTC de 4 de marzo de 1981; de 6 de mayo de 1988; y de 16 de febrero de 1993, RCU 1203/1992.

cuadramente motivadas; esto es, que expongan los fundamentos de hecho y jurídicos en que se basan, y que esta fundamentación sea congruente con la decisión final¹⁷⁷. La exigencia de motivación de la sentencia es un logro democrático, que deja atrás la arbitrariedad propia del período preconstitucional, cuando las sentencias podían fundamentarse meramente en el argumento de autoridad¹⁷⁸.

La exigencia de motivación guarda una relación directa con los principios del Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.1 y 3 CE). Su finalidad será que el interesado (destinatario inmediato pero no único) y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones¹⁷⁹, que solventan la controversia planteada entre las alegaciones formuladas por las partes (no puede olvidarse que la verdad jurisprudencial es una verdad dialéctica: vale porque ha ganado un debate¹⁸⁰). El objetivo, por tanto, no es solamente demostrar la ausencia de arbitrariedad como principio abstracto, sino también dar instrumentos concretos para posibilitar la impugnación de la sentencia ante los órganos competentes e incluso permitir la crítica y el posicionamiento por parte de la sociedad, lo que redundará en «la legitimidad o en la deslegitimación del Poder Judicial»¹⁸¹.

Evidentemente, no toda motivación satisfará la exigencia constitucional. Una motivación adecuada debería permitir al lector identificar, sin necesidad de gran esfuerzo, al menos tres aspectos de la resolución: 1) cuáles fueron los hechos jurídicamente relevantes, ya sea admitidos por las partes, ya sea resultantes de un juicio de hecho tras la valoración de las pruebas; 2) cuáles eran los puntos controvertidos, pretensiones o tesis jurídicas cruzadas a lo largo del

¹⁷⁷ GARCÍA MORILLO, Joaquín: «El derecho a la tutela judicial...» (Bibl. cit.). Lo que se trata de evitar no es que una argumentación sea discutible desde el punto de vista de la correcta aplicación del Derecho infraconstitucional, sino que resulte argumentalmente absurda, arbitraria o irreflexiva en grado manifiesto. Solo en este segundo caso resultarían incumplidas las exigencias del art. 24.1 CE e infringido el derecho fundamental, como señala ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: *Introducción al Derecho procesal...* (Bibl. cit.). Bien es cierto, no obstante, que con frecuencia no resulta fácil discernir entre ambas posibilidades.

¹⁷⁸ Sobre la jurisprudencia preconstitucional, véase la STS [Sala Segunda] 2099/2002, de 18 de diciembre de 2002, RC 1079/2001-P.

¹⁷⁹ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael. «Tutela judicial efectiva, control...» (Bibl. cit.).

¹⁸⁰ PASQUAU LIAÑO, Miguel: «Precedente, jurisprudencia y motivación de las sentencias». En: Francisco Balaguer Callejón y Estanislao Arana García (Eds.), *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela, vol. I*, pp. 135-150. Madrid: Thomson Reuters-Civitas. 2014.

¹⁸¹ IBARRA ROBLES, Juan Luis: «Fallo y motivación de la sentencia: poder de decisión y legitimidad democrática del juez». *Revista Abogacía Española*, 99, 2016, p. 18.

proceso; y 3) qué argumentos jurídicos son los que el tribunal considera prevalentes de entre todos los invocados (deben poder formularse como regla jurídica y no como afirmación voluntarista)¹⁸².

En cuanto a la extensión de la motivación, no se exige «un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos»¹⁸³. Ahora bien, como ya hemos señalado en otro lugar de este trabajo, en determinados supuestos existirá el deber de una motivación reforzada¹⁸⁴.

iii) Razonabilidad

El examen de razonabilidad no hace referencia a la razonabilidad jurídica, sino a la estrictamente lógica. Analiza exclusivamente si el razonamiento judicial incurre en quiebras lógicas, ya que «la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho»¹⁸⁵. En este sentido:

No pueden considerarse razonadas ni razonables aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas¹⁸⁶.

En consecuencia, se considerarán vulneradoras del derecho fundamental aquellas resoluciones cuyo razonamiento lógico se construya desde presupuestos irrazonables, por ser las incorrecciones apreciables en el mismo tan manifiestas y graves que para cualquier observador resultara patente su inexactitud¹⁸⁷.

iv) Ausencia de error patente

El último factor que permite determinar la irrazonabilidad de una resolución es la existencia de errores en aquellos elementos que sostienen la decisión

¹⁸² PASQUAU LIAÑO, Miguel: «Precedente, jurisprudencia y motivación de las sentencias...» (Bibl. cit.).

¹⁸³ STC 14/1991. Véase también MERCADER UGUINA, Jesús Rafael. «Tutela judicial efectiva, control...» (Bibl. cit.).

¹⁸⁴ Esta doctrina fue introducida por la STC 116/1998.

¹⁸⁵ STC 164/2002.

¹⁸⁶ STC 214/1999.

¹⁸⁷ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael. «Tutela judicial efectiva, control...» (Bibl. cit.).

adoptada y constituyen el soporte único o básico de la resolución (*ratio decidendi*). En consecuencia, si se comprueba su existencia, la fundamentación jurídica pierde el sentido y alcance que la justificaba, de tal modo que no puede conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en dicho error.

No se trata de un error que corresponda a la deducción lógico formal (en cuyo caso habría que regresar sobre la prueba de razonabilidad), sino de un error fundamentalmente fáctico que conforma los presupuestos sobre los que aquella se vertebra. Este error debe resultar tan patente, manifiesto, evidente o notorio¹⁸⁸, que su existencia sea inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales –pues el resultado acostumbra a ser una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia¹⁸⁹. Además, debe producir una verdadera indefensión material para el litigante que lo padece¹⁹⁰.

b) *Requisitos externos: la cosa juzgada*

La tutela judicial efectiva también garantiza el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia propia que el ordenamiento les reconoce. Si no fuera así, el mismo derecho a la jurisdicción, en todo su complejo contenido, quedaría privado de sentido. Por ello, se ha considerado que:

Una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE consiste en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia otorgada por el ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos como el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas¹⁹¹.

La consecuencia será que el desconocimiento de la resolución anterior en un proceso posterior se estimará contrario a la tutela judicial efectiva¹⁹². Se configura así la institución de la cosa juzgada.

¹⁸⁸ Ocurre, por ejemplo, cuando hay error en el cómputo de un plazo (SSTC 167/1999 y 206/1999).

¹⁸⁹ STC 162/1995.

¹⁹⁰ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael. «Tutela judicial efectiva, control...» (Bibl. cit.). Solo cuando se cumplen estas características, se supondrá vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y se tratará de un error patente, y no de otro tipo de error, como el error judicial (art. 121 CE, STC 96/2000). En este sentido, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «Aproximación a la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

¹⁹¹ STC 135/1994.

¹⁹² STC 12/1989.

En sentido amplio, la cosa juzgada es la fuerza que el ordenamiento jurídico concede no tanto a la sentencia como al proceso, al resultado del ejercicio de la función jurisdiccional. Esa irrevocabilidad no corresponde a cualquier decisión del Estado, sino exclusivamente a la que proviene de los órganos jurisdiccionales del mismo, siendo estos los únicos que resuelven con cosa juzgada. Lo que está en juego cuando se cuestiona la cosa juzgada es nada menos que la esencia de la jurisdicción, por cuanto esta tiene la última palabra en la actuación del derecho objetivo en el caso concreto. La función jurisdiccional adquiere sentido porque la actuación del Derecho se realiza en ella de modo estable: la seguridad jurídica exige que los resultados del proceso no puedan ser atacados. Sea cual fuere el momento en el que se logre el resultado del proceso, y ello dependerá de la conformación legal del mismo, la seguridad de las relaciones jurídicas materiales impone que después de él ese resultado se convierta en inatacable, de modo que lo que antes fue litigioso pasa a ser inmutable e indiscutible. Partiendo de lo anterior es evidente que la cosa juzgada debe referirse únicamente a las sentencias que resuelven la cuestión de fondo planteada en el proceso por la pretensión del demandante y por la resistencia del demandado.

En todo caso, el fundamento de la cosa juzgada no es el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues este por sí mismo no impediría la posibilidad de que en un segundo proceso se volviera a debatir lo ya resuelto en el primero, ni que en el segundo se resolviera la misma cuestión. Se corresponde así con la idea de que los órganos jurisdiccionales son los únicos dentro del Estado que resuelven de modo irrevocable, y ello porque son los únicos que deciden en asuntos respecto de los que ellos son ajenos (art. 117.3 CE). A partir de esa constatación puede acudir a la seguridad jurídica para explicar la razón de ser de esa irrevocabilidad, señalándose que desde la perspectiva constitucional el desconocimiento de la cosa juzgada supondría atacar la base misma de la jurisdicción¹⁹³.

Doctrinalmente se ha distinguido entre la cosa juzgada formal y la material. Entre ambas instituciones existen numerosas diferencias que no son marginales, sino que afectan a la misma esencia de las dos instituciones (hasta tal punto de que se ha llegado a cuestionar que la cosa juzgada formal merezca la consideración de auténtica cosa juzgada).

¹⁹³ MONTERO AROCA, Juan: «Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial». *Derecho Privado y Constitución*, 8, pp. 251-296. 1996.

La primera, regulada en el art. 207 LEC, es un efecto propio de todas las resoluciones judiciales, en virtud del cual las mismas se convierten en inimpugnables (firmeza). Es decir, se trata de efectos *ad intra* del proceso en el que se dictan.

Por su parte, la cosa juzgada material es un efecto por el que todos los órganos jurisdiccionales quedan vinculados por el contenido de sentencias que resuelven sobre el fondo (cosa juzgada en sentido estricto). Este efecto, por tanto, se produce *ad extra* del proceso que concluye con la sentencia misma¹⁹⁴. A su vez, la cosa juzgada material se manifiesta en dos aspectos: negativo y positivo¹⁹⁵.

El efecto negativo implica la exclusión de toda decisión jurisdiccional futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto (es decir, sobre la misma pretensión), impidiendo que se dicte decisión sobre el fondo del asunto en ese segundo proceso. Este efecto se regula en el art. 222.1 LEC¹⁹⁶ y concurre cuando existe identidad subjetiva, objetiva y de la causa de pedir entre ambos procedimientos¹⁹⁷.

El efecto positivo implica que el juez posterior habrá de partir necesariamente de lo judicialmente decidido, cuando haya de resolver una relación o situación jurídica de la que sea cuestión prejudicial lo ya juzgado. En este segundo supuesto, la cosa juzgada no opera como excluyente de una decisión sobre el fondo del asunto, sino que le sirve de base. Este efecto se regula en el art. 222.4 LEC¹⁹⁸ y para su concurrencia basta con la existencia de identidad subjetiva entre ambos procesos.

En cuanto a las identidades exigidas para que la cosa juzgada despliegue todos sus efectos, la subjetiva exige que los litigantes sean los mismos, o here-

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ ALEMAÑ CANO, Jaime: «Cosa juzgada y fundamentación de la demanda laboral». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160, pp. 107-126. 2013.

¹⁹⁶ El citado precepto establece que «la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo».

¹⁹⁷ A este respecto, la STS [Sala Primera] 123/2013, de 11 de marzo, RC 786/2010, señala de forma muy ilustrativa lo siguiente: «La presunción histórica de que lo juzgado debía ser tenido por verdad –“*quia res iudicata pro veritate accipitur*” (porque la cosa juzgada se tiene por verdad)– y la ficción de que las sentencias transforman la realidad de las cosas para ajustarla a lo decidido –“*sententia facit de albo nigrum, aequalat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat*” (la sentencia hace de lo blanco, negro; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero)–, se ha reconducido en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a un instituto de naturaleza esencialmente procesal, dirigido a impedir la repetición indebida de litigios mediante el llamado efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material –“*non bis in idem*”– que no permite que una contienda judicial, ya dilucidada por sentencia firme sobre el fondo de la cuestión, pueda volver a plantearse».

¹⁹⁸ Esta norma señala que «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal».

deros o causahabientes de los anteriores (art. 222.3 LEC). Por su parte, la objetiva exige que el objeto litigioso sea el mismo (art. 222.1 LEC)¹⁹⁹, sin que tenga que hacer referencia exclusivamente a aquello que ha formado parte del debate jurídico, sino que también puede hacerlo con respecto a las excepciones materiales y los hechos (extintivos, impeditivos o excluyentes) que, pudiendo haber sido alegados por el demandado, no lo fueron²⁰⁰. Por último, al concebirse la causa de pedir como el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión o título que sirve de base al derecho reclamado, la identidad en la misma concurrirá en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción²⁰¹.

En cuanto a las resoluciones que producen efectos de cosa juzgada material, ya se ha indicado que en principio solo se hace referencia a las sentencias que resuelven sobre el fondo, si bien este planteamiento ha de ser matizado en un doble sentido. En primer lugar, porque este efecto también puede desprenderse de otras resoluciones sin el carácter de sentencia, como son los laudos arbitrales²⁰². En segundo lugar, en cuanto a que este efecto se desprenda solo de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo, debe señalarse que aquellas que se pronuncian exclusivamente sobre la falta de un presupuesto procesal también producirán efectos de cosa juzgada, si bien limitados a ese presupuesto. De este modo, si el defecto pudiera ser corregido en el segundo proceso, nada impedirá el pronunciamiento sobre el fondo del asunto en este. En cambio, si las circunstancias no han variado, el nuevo proceso deberá verse vinculado por la sentencia previa²⁰³. El mismo efecto se produce respecto de las actuaciones derivadas del ejercicio de la tutela cautelar²⁰⁴.

Por último, respecto de la extensión de los efectos de la cosa juzgada al procedimiento ejecutivo, deben distinguirse dos aspectos: por una parte, la actividad ejecutiva en sentido estricto y, por otra, la existencia de incidentes en los que

¹⁹⁹ *A sensu contrario*, este requisito se traducirá en que las consecuencias de la cosa juzgada afectarán tan solo a las cuestiones centrales debatidas, y no así a las adyacentes o accidentales. En este sentido, véase GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: «Eficacia de cosa juzgada material de la resolución sobre admisibilidad de un medio de prueba, licitud y eficacia de los pactos sobre prueba. Comentario a la STC 62/2010, de 18 de octubre». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 151, pp. 805-815. 2011.

²⁰⁰ AÑÓN CALVETE, Juan: «Cosa juzgada, prejudicialidad y litispendencia». *El derecho*. <https://cutt.ly/iyeFYXd>. Publicado el 13.11.2015. Recuperado el 17.05.2020.

²⁰¹ STS [Sala Primera] 629/2013, de 28 de octubre, RC 2096/2011.

²⁰² El art. 43 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, establece que «el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes».

²⁰³ Sería el caso, por ejemplo, de los supuestos de falta de jurisdicción.

²⁰⁴ MONTERO AROCA, Juan: «Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial...» (Bibl. cit.).

se realiza actividad declarativa. En cuanto a la actividad estrictamente ejecutiva, si bien la regla general es la existencia exclusivamente de la cosa juzgada formal, existen cuestiones procesales que no podrán discutirse en un proceso posterior, como podría ser la cuestión de la competencia. Una resolución judicial que no resuelva sobre el fondo, si bien resuelve la existencia de competencia, impedirá que la misma pueda debatirse en un procedimiento ordinario posterior. En cuanto a las cuestiones de fondo, donde se resuelve sobre la relación jurídica material, la resolución (incluso aunque adopte la forma de auto y no de sentencia) producirá efectos de auténtica cosa juzgada respecto de pronunciamientos posteriores²⁰⁵.

2.5 Garantías del artículo 24.2 de la Constitución

Como se ha apuntado anteriormente, el art. 24.2 CE recoge una serie de garantías cuyo origen se encuentra en el proceso penal, pero que se han extendido en la jurisprudencia constitucional a todo tipo de procesos. Estas garantías también son denominadas «derecho al proceso debido», siguiendo una fórmula, hoy bastante extendida, que evoca la idea angloamericana del *due process of law*; o también, en expresión del art. 6 CEDH, «derecho a un proceso equitativo»²⁰⁶.

Estos derechos ya se incluyen mayoritariamente en la primera generación de derechos, reconocida en las primeras declaraciones –francesa y americana–, poniendo así fin a una época y sistema en que la normativa no alcanzaba a limitar la arbitrariedad del soberano. Hasta ese momento, el monarca se encontraba en una «posición supraordenada»²⁰⁷ y sus decisiones no estaban constreñidas por límites jurídicos, sino tan solo por su propia prudencia, su discrecionalidad y su recto juicio moral. De este modo, el soberano se encontraba capacitado para excepcionar o dispensar en cualquier momento el mandato general de la ley previa. Este sistema se caracterizaba por la arbitrariedad absoluta de la justicia penal, la completa indeterminación de los ilícitos, precisados en cada caso mediante simples juicios morales *ad hoc*, o por simples oportunismos políticos, que conducían al más simple pragmatismo represivo, que dispensaba castigos ejemplares a los delitos que más alarmaban al poder o a los ciudadanos. Es frente a esta total arbitrariedad del soberano, que disponía del poder punitivo con total libertad, como surgen las primeras declaraciones de derechos, enunciando las garantías que se analizan a continuación²⁰⁸.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «Aproximación a la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

²⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: *La lengua...* (Bibl. cit.), p. 117.

²⁰⁸ *Ibidem*.

2.5.1 DERECHO AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY

Este derecho ha sido perfilado por la jurisprudencia constitucional de tal forma que exige que el órgano judicial haya sido instituido legalmente, e investido de jurisdicción y competencia, antes del hecho que es objeto del proceso judicial²⁰⁹.

En torno a este derecho existe una serie de exigencias de predeterminación y fijeza que se proyectan tanto en el plano del juez-órgano predeterminado como en el del juez-persona predeterminada, si bien en este último aspecto ocurre con menor intensidad. En principio, las reglas sobre reparto de asuntos entre los diversos órganos judiciales competentes no afectan a este derecho²¹⁰, ni tampoco la actuación de jueces o magistrados suplentes, o el reforzamiento de la composición de un Tribunal, a través de la adscripción temporal de otros Magistrados en comisión de servicio²¹¹.

También debe incluirse aquí el derecho a un juez imparcial, que debe mantener una actitud de distanciamiento y neutralidad con respecto al objeto del litigio y a los litigantes. Esto implica que la ley deberá prever mecanismos adecuados para aquellos casos en que el juez tenga interés en el objeto del pleito o vinculación personal, en un sentido u otro, con alguna de las partes²¹². Precisamente a estos efectos están previstas las causas de abstención y recusación, que atienden a alcanzar tanto la imparcialidad judicial subjetiva (en relación con las partes) como la objetiva (en relación con el objeto del proceso o de su relación orgánica o funcional con el mismo)²¹³.

2.5.2 DERECHO A LA PUBLICIDAD DEL PROCESO

Este derecho, correspondiente no solamente al art. 24.2 CE, sino también al 120.1 CE, constituye la máxima garantía de transparencia del proceso y, por consiguiente, de su regularidad y de la posibilidad de someterlo a crítica. Las excepciones no solo habrán de estar expresamente previstas por las leyes procesales, sino que, además, no podrán ser caprichosas o arbitrarias. El legisla-

²⁰⁹ RODRÍGUEZ REY, Fernando: «El derecho a la tutela judicial efectiva». En: Juan Carlos Gavara de Cara (Ed.), *Constitución: desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, pp. 163-190. Barcelona: Bosch. 2004. De esta manera, de un lado se evitan los jueces *ad hoc*, y, de otro, se impide que un juez pueda ser desposeído de su conocimiento en base a decisiones del Ejecutivo.

²¹⁰ AATC 652/1986, de 23 de julio, y 113/1999, de 28 de abril.

²¹¹ SSTC 193/1996 y 64/1997.

²¹² Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «Aproximación a la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

²¹³ DURÁN LÓPEZ, Federico: «El derecho a la tutela judicial efectiva...» (Bibl. cit.).

dor solo podrá permitir que las actuaciones judiciales sean secretas en la medida en que así lo exija la salvaguardia de otros derechos fundamentales o valores constitucionalmente relevantes (esclarecimiento de los delitos, protección de la infancia, etc.)²¹⁴.

2.5.3 DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA

Este derecho tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión²¹⁵. Este derecho tiene como finalidad asegurar una mínima igualdad de armas entre los litigantes, evitando que pueda achacarse el resultado del proceso a la falta de asesoramiento y defensa por un técnico en Derecho, y ello sin perjuicio del derecho a defenderse a sí mismo²¹⁶. Su primera configuración aparece en la Ley francesa de 9 de octubre de 1789, reconociéndose como principio básico el de la libertad de la defensa, comenzando por la posibilidad de designar libremente abogado²¹⁷.

Dentro de este derecho destacan dos elementos: la relación de confianza que debe existir entre la parte y su defensor; y el derecho a la asistencia jurídica gratuita para quienes reúnan las condiciones legalmente previstas²¹⁸.

En cuanto a la relación de confianza entre litigante y abogado, será fundamental tener en cuenta la libertad de elección del propio abogado, que deberá gozar de la confianza del cliente cuyos intereses defiende. No obstante, el TC ha aceptado que excepcionalmente la ley pueda imponer la asistencia de un abogado de oficio en aquellos supuestos en que existe un riesgo verosímil de que un abogado de libre elección sirva de mensajero encubierto entre los detenidos y su organización criminal (como ocurre en la lucha antiterrorista). Naturalmente, esta limitación cesará cuando termine la incomunicación y, además, cuando se formulen cargos. Además, toda limitación de la libre elección de abogado ha de ser judicialmente motivada²¹⁹.

²¹⁴ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «Aproximación a la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

²¹⁵ STC 47/1987.

²¹⁶ Ya aludido en el art. 6.3.c del CEDH.

²¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: *La lengua...* (Bibl. cit.).

²¹⁸ GARCÍA MORILLO, Joaquín: «El derecho a la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

²¹⁹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «Aproximación a la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

Por su parte, el derecho a la asistencia jurídica gratuita persigue evitar que el acceso a la Justicia se reserve a los litigantes con una determinada capacidad económica y encuentra su acomodo en nuestro propio texto constitucional, que exige que el legislador diseñe algún sistema de asistencia letrada gratuita para «quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar» (art. 119 CE, *in fine*). Este derecho, sin embargo, no se satisface con la mera designación de un abogado de oficio, sino que exige, además, la puesta efectiva de este al servicio del litigante²²⁰. Además, se trata de un derecho fundamental que únicamente despliega toda su eficacia en relación con el imputado en un proceso penal, siendo en todos los demás casos un derecho relativo sometido a diversos condicionamientos procesales y materiales²²¹.

2.5.4 PROHIBICIÓN DE DILACIONES INDEBIDAS

La jurisprudencia constitucional ha señalado que «desde el punto de vista sociológico y práctico, puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva»²²². La vulneración del derecho puede tener lugar no solamente en el procedimiento ordinario de instancia, sino también en sede de recurso, o incluso en fase de ejecución de sentencia²²³.

La prohibición de dilaciones indebidas se ha definido como un:

... derecho subjetivo constitucional de carácter autónomo aunque instrumental del derecho a la tutela, que asiste a todos los sujetos de derecho privado que hayan sido parte en un procedimiento judicial y que se dirige frente a los órganos del poder judicial, aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado, creando en él la obligación de satisfacer,

²²⁰ STC 137/1999. En este sentido, la propia doctrina del TEDH, al hablar de «asistencia» y no de «designación» aspira a garantizar la efectividad de este derecho. En este sentido, véase MILIONE FUGALI, CRO: «La interpretación del art. 47 CDFUE como expresión de la labor hermenéutica del Tribunal de Luxemburgo en la construcción de un estándar europeo de protección de los derechos». *Teoría y realidad constitucional*, núm. 39 (Ejemplar dedicado a: Monográfico: El TJUE como actor de constitucionalidad), pp. 655-674. 2017.

²²¹ GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar: «El derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros. ¿Un (i) limitado derecho a la justicia?» En: Eliseo Aja Fernández (Ed.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, pp. 279-318. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009. En este mismo sentido, véase FUERTES LÓPEZ, Francisco Javier: «Las tasas judiciales y los principios de tutela judicial efectiva y de capacidad económica ante el Tribunal Constitucional (sobre el examen de la inconstitucionalidad de las tasas judiciales y de sus cuantías)». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, pp. 145-153. 2017.

²²² STC 26/1983.

²²³ STC 313/1993.

dentro de un plazo razonable, las pretensiones y resistencias de las partes o de realizar sin demora la ejecución de sentencias²²⁴.

El concepto de dilaciones indebidas es indeterminado, al no describirse en ninguna norma de forma concreta. Este derecho no se identifica con la duración global de la causa ni con el cumplimiento de los plazos procesales. La jurisprudencia constitucional ha señalado que, entre los criterios que deben ser apreciados desde la realidad de la materia litigiosa de cada caso están la complejidad del litigio, la duración normal de los procesos similares, la actuación del órgano jurisdiccional en el supuesto concreto y la conducta del justiciable, al que se le exige un deber de diligencia y colaboración con la Administración de Justicia y la invocación de la existencia de dilaciones en el proceso²²⁵. No es obstáculo para la apreciación de dilaciones indebidas la existencia de la sobrecarga de trabajo que, por múltiples razones, pesa sobre los tribunales²²⁶.

Las dilaciones indebidas, además, constituyen un supuesto de «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia» (art. 121 CE), permitiendo incluso reclamar al Estado una indemnización de concurrir su existencia²²⁷.

2.5.5 DERECHO A LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Este derecho implica que las partes tendrán derecho a proponer todos aquellos medios de prueba que resulten pertinentes y el juez deberá acordar su práctica. La cualidad de pertinencia debe interpretarse como sinónimo de legitimidad y relevancia: en la medida en que el medio de prueba propuesto sea jurídicamente admisible y conduzca a acreditar hechos determinantes para la decisión judicial, el juez no puede, en principio, rechazar su práctica. Así, la pertinencia de la prueba hace referencia a su relación con lo que es objeto del juicio, con lo que constituye el *tema decidendi*, para el órgano judicial, y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convic-

²²⁴ GIMENO SENDRA, José Vicente: *Constitución y proceso*. Madrid: Tecnos. 1988, p. 137.

²²⁵ GIL SÁNCHEZ, Justo: *La constitucionalización del derecho a la justicia pronta (Tardía dispensación de justicia versus Tutela judicial efectiva)* [tesis doctoral, Universidad de Alicante]. Repositorio Institucional de UA. <https://cutt.ly/HyeKSDW>. 1999.

²²⁶ Ni mucho menos resulta tampoco justificación las situaciones de crisis económica que hayan podido atravesarse. Al respecto, véase MARÍN VALVERDE, Antonio: «Los derechos a tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo en la jurisdicción social: Incidencia de la crisis económica». *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 15 (Ejemplar dedicado a: *Derecho del trabajo, constitución y crisis económica: Estudios en homenaje al Profesor Fernando Valdés Da-Ré*), pp. 297-320. 2014.

²²⁷ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «Aproximación a la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

ción del Tribunal. Por lo tanto, la relevancia de las pruebas presupone un juicio acerca de la necesidad o de la utilidad de las mismas²²⁸. Además, se ha considerado que no toda inadmisión irregular de medios de prueba comporta una vulneración del art. 24.2 CE, sino que es necesario que sea injustificada, arbitraria e irrazonable y, sobre todo, que influya en el resultado final del proceso²²⁹. Consecuencia de este papel fundamental será que la decisión judicial que deniegue la prueba por considerarla impertinente deberá ser motivada y razonable²³⁰.

No puede justificarse el sacrificio de este derecho con base en intereses dignos de tutela, pero de inferior rango, como pueden ser la economía procesal, la celeridad del proceso, o la eficacia en la Administración de Justicia²³¹.

2.5.6 ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La consagración de la presunción de inocencia como derecho fundamental implica que no sea considerado un principio general del derecho que se limite a informar la actividad judicial. En lugar de ello, se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata, en virtud del que nadie podrá ser declarado culpable sin que concurra una actividad probatoria suficiente, estableciéndose así una presunción que, no obstante, admite prueba en contrario²³².

Se trata de un derecho que ostenta una importancia fundamental en el ámbito sancionador, ya sea de carácter penal o administrativo. Sin embargo, en el ámbito del Derecho del Trabajo su aplicabilidad ha sido muy discutida.

Inicialmente, se consideró que los principios generales que informan el derecho penal eran de indiscutible aplicación al resto de ámbitos jurídicos²³³ y, en concreto, al social, «pues el ordenamiento jurídico disciplinario laboral es, en definitiva, y de alguna manera, una modalidad de aquél»²³⁴. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional declaró finalmente que la presunción de

²²⁸ STC 51/1985.

²²⁹ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «Aproximación a la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

²³⁰ GARCÍA MORILLO, Joaquín: «El derecho a la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

²³¹ SSTC 51/1985 y 30/1986.

²³² CASTRO ARGÜELLES, María Antonia: «Los derechos fundamentales inespecíficos en el proceso laboral». *Actas del XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en Pamplona el 29-30 de mayo de 2014*. Pamplona: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2014.

²³³ Es el caso de la STC 13/1982, relativa un supuesto de divorcio.

²³⁴ STS de 4 de octubre de 1983.

inocencia únicamente puede resultar de aplicación en los supuestos en que se ejercita el *ius puniendi* estatal²³⁵, no sin cierta oposición doctrinal²³⁶. Esta doctrina afecta al resto de principios de carácter penal, que no pierden su vigencia, si bien carecerán de relevancia jurídico constitucional en el ámbito del contrato de trabajo²³⁷, lo que se traducirá en que su vulneración deberá resolverse en el ámbito de la legalidad ordinaria²³⁸.

Esta norma general permitirá excepciones cuando explícitamente se establezca dicha presunción, mediante normas legales o convencionales. Así, por ejemplo, el art. 94.2.e EBEP prevé que la potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con el principio de presunción de inocencia, entre otros; si bien cabe entender que el carácter de entidades de Derecho Público de las empleadoras permite entender que la doctrina tradicional no se ve afectada.

3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A COMUNICAR INFORMACIÓN VERAZ

El art. 20 CE incluye en su primer apartado cuatro derechos distintos y autónomos: se trata de la libertad de expresión (y difusión); la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica; la libertad de cáte-

²³⁵ «Si bien en un primer momento este Tribunal entendió aplicable tal derecho a dicha clase de procesos en tanto en cuanto la jurisdicción laboral ha venido y viene sosteniéndolo, posteriormente ha rectificado y es hoy doctrina uniforme el considerar aplicable la presunción de inocencia exclusivamente en el ámbito del proceso penal. Dicha doctrina se funda, esencialmente, de un lado, en que el despido no es más que una resolución contractual y por tanto no conlleva la aplicación del derecho penal administrativo, y, de otro, en que la consideración por los Tribunales laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual o falta laboral, no incluye juicio alguno sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente, cuyo derecho a ser presumido inocente no puede, en consecuencia, haberse vulnerado (en este sentido, AATC 213/1982 y 351/1989 y STC 81/1988). Además, como se ha dicho también reiteradamente por este Tribunal, dicho procedimiento laboral se rige por el principio dispositivo y, en él, no se ejerce el *ius puniendi* del Estado» (STC 30/1992).

²³⁶ PEDRAJAS MORENO, Abdón: «Derecho a la presunción de inocencia y proceso de trabajo». *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 223-272. 1994. Entre otros argumentos, se sostenía que el art. 24.2 no excluía necesariamente a los trabajadores de su ámbito de aplicación y que cualquier límite a los derechos fundamentales debía aplicarse de forma restrictiva; que las garantías del art. 24.2 no se ceñían al proceso penal o administrativo sancionador, sino que eran de aplicación al resto de procesos; que no cabe alegar que los textos internacionales reconocen tales derechos solo para el ámbito penal, ya que algunos hablan exclusivamente de infracción, lo que no permite excluir otros ámbitos jurídicos; que los mecanismos sancionadores penal y laboral se sustentan en las mismas técnicas procesales; o que si bien el poder disciplinario empresarial no deriva del *ius puniendi* estatal, sí se impone desde una posición de especial predominio que el empleador mantiene en el ámbito de la relación de trabajo. En este mismo sentido, véase SALAH PALACIOS, Emilio: *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1981-2014*. Madrid: Cultiva Libros. 2015, pp. 392 y 393.

²³⁷ GIL Y GIL, José Luis: «Despido disciplinario nulo...» (Bibl. cit.).

²³⁸ Sería el caso de la vulneración, por ejemplo, del principio de tipicidad o del *ne bis in idem*.

dra; y el derecho a comunicar y recibir información veraz. Pese a su independencia, se encuentran profundamente vinculados ²³⁹.

Sin poder negar la obvia relevancia del resto de derechos, absolutamente fundamentales para el desarrollo y construcción de cualquier sociedad democrática, en el presente anexo se estudian los reconocidos en los apartados a y d del citado apartado, esto es, la libertad de expresión y el derecho a comunicar información veraz, respectivamente.

La libertad de expresión se ha definido como «derecho universal que disfruta toda persona para transmitir sus ideas, pensamientos, opiniones, creencias y juicios de valor, sin más límite genérico que el de evitar expresiones injuriosas o vejatorias» ²⁴⁰. A diferencia de la libertad de expresión, respecto de la que no se ha aprobado ninguna ley orgánica destinada a desarrollarla, el derecho a comunicar información veraz sí ha sido abordado a través de la LO 2/1084, de 26 de marzo, del derecho de rectificación (de información difundida en un medio de comunicación) y de la LO 2/1997, de 19 de junio, de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información. Como puede apreciarse, todo el desarrollo normativo del citado derecho se ha conectado con la libertad de prensa y sus correspondientes derivaciones. No obstante, debe enfatizarse que el derecho fundamental analizado tiene virtualidad más allá del ámbito reservado a los medios de comunicación, al tratarse de un derecho a la personalidad, no subordinado a las características personales de quien lo ejercita ²⁴¹.

3.1 Ámbito subjetivo

El reconocimiento constitucional de la libertad de expresión y el derecho a comunicar información veraz se ampara en una fórmula impersonal («se reconocen y protegen los derechos», art. 20 CE), lo que no puede ser interpretado de manera restrictiva. En este sentido, merece ser destacada la redacción del art. 11 de la CDFUE, que reconoce el derecho a la libertad de expresión a «toda persona». No cabe deducir, en consecuencia, una interpretación restrictiva de su ámbito subjetivo.

²³⁹ A título de ejemplo, ya la STC 153/1985 señaló que «el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica [...] no es sino una concreción del derecho [...] a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones». En cuanto a los límites de la libertad de expresión, véase también la STC 203/2015.

²⁴⁰ GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro: *La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado*. Bruselas: Parlamento Europeo. <https://cutt.ly/byef5fT>. 2019, p. 30.

²⁴¹ NÚÑEZ MARTÍNEZ, María Acracia: «El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española». *Revista de Derecho UNED*, 3, pp. 289-317. 2008.

En cuanto al derecho a la libertad de expresión y a comunicar información veraz, son derechos atribuidos a todas las personas, en tanto que ostenten capacidad para emitir tales opiniones o informaciones, si bien debe destacarse que tales derechos adquieren un plus de protección cuando se ejerce por los profesionales de la información²⁴², versando sobre asuntos o personas de interés público. Por otra parte, este derecho se ha atribuido a personas jurídicas, precisamente en cuanto sean susceptibles de ejercitar tales derechos²⁴³.

3.2 Contenido y límites de la libertad de expresión

En cuanto su contenido, debe señalarse que la doctrina del TEDH considera el derecho a la información como parte integrante de la libertad de expresión. No obstante, no es esta la línea seguida por el TC, que los entiende como derechos o libertades autónomos e independientes, aunque interconectados²⁴⁴. El art. 19 de la DUDH lo enuncia señalando que:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Por su parte, el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tras señalar en su apartado primero que «nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones», añade en su apartado segundo que:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Por último, y de forma aún más ilustrativa, el art. 11 de la CDFUE (con una formulación idéntica a la del art. 10.1 del CEDH) establece en su apartado primero que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras». Solo a continuación, en su apartado segun-

²⁴² STC 165/1987.

²⁴³ Así, no se ha negado su titularidad, por ejemplo, a medios de comunicación (STC 190/1996).

²⁴⁴ STC 107/1988. Véase también GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro: *La libertad de expresión, una perspectiva...* (Bibl. cit.).

do, establece la libertad de prensa, dejando claro de este modo que el derecho a comunicar información trasciende de los medios de comunicación.

El TC analiza la legitimidad de ejercicio de cada uno de estos derechos, estableciendo una diferencia fundamental, que radica en que la libertad de información se sustenta en hechos que, por su materialidad, son susceptibles de prueba; por este motivo, a quien ejercita este derecho se le puede exigir una demostración de su exactitud o, cuanto menos, una diligencia en su averiguación. Por su parte, la libertad de expresión se sustenta en pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor que, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud²⁴⁵.

La jurisprudencia constitucional, siguiendo la doctrina del TEDH²⁴⁶, ha concedido a la libertad de expresión una posición preferencial en los supuestos de colisión con otros derechos fundamentales (honor, intimidad personal o propia imagen), precisamente sobre la consideración de la relevancia pública de ese derecho fundamental. Ya en la STC 6/1981 se señalaba que el art. 20 CE:

... garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.

Partiendo de lo señalado, la STC 165/1987 ha añadido que dicha posición «alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información» y la STC 143/1991 ha señalado que la libertad informativa «como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos»²⁴⁷. No obstante, dicha argumentación hace referencia al aludido valor preponderante sobre otros derechos, por lo que no puede caerse en el error de entender que fuera de esos ámbitos la libertad de expresión y el derecho a comunicar información veraz pierdan su contenido fundamental.

²⁴⁵ STC 107/1988. Al respecto, véase también el comentario realizado por MORARU, Gratiela-Florentina: «El derecho a la libertad de expresión en las relaciones laborales. A propósito de la STC 146/2019, de 25 de noviembre de 2019». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 229, pp. 273-287. 2020.

²⁴⁶ STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside, o STEDH de 8 de julio de 1986, caso Lingens.

²⁴⁷ Especialmente en el ámbito de la función pública. Al respecto, véase REBOLLO VARGAS, Rafael: «Los otros límites al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información: buena fe, honor de la empresa y deber de lealtad al empresario». *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 4, pp. 241-264. 1998.

En cuanto a sus fronteras, el legítimo ejercicio de la libertad de expresión encuentra su contorno en la existencia de expresiones injuriosas o con carácter vejatorio²⁴⁸, estableciéndose así una obligación de no hacer. En cambio, en el ámbito del derecho a la comunicación existen dos límites adicionales: la exigencia de veracidad de la noticia (sustentado en la redacción del art. 20.1.d CE) y la relevancia de la noticia para la formación de la opinión pública. Al respecto de este último requisito, debe destacarse que no tiene sustento alguno en el texto constitucional, habiendo sido elaborado por el TC²⁴⁹. De este modo, en nuestra consideración, y precisamente por lo expuesto, deberá ser interpretado de forma muy restrictiva.

En cuanto a la necesidad de que una información sea veraz, no puede traducirse en la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información (lo que privaría de tutela constitucional a toda información errónea o no probada). Tan solo se negará el derecho a protección a quienes actúen con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones, defraudando así el derecho de todos a recibir información veraz. Se establece de este modo una obligación de hacer, debiendo el informador comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a su condición²⁵⁰. Puede que, pese a ello, la información resulte inexacta, lo que no puede excluirse totalmente, pero la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores

²⁴⁸ En este sentido, cobra una especial importancia el contenido de la información, la mayor o menor intensidad de las frases, su tono humorístico o mordaz, el hecho de afectar al honor de un tercero (no en su faceta íntima y privada, sino en relación con su comportamiento como titular de un cargo público), la finalidad de crítica política de la información y la existencia o inexistencia del *animus iniuriandi* (STC 104/1986). Igualmente, resultan relevantes las condiciones en que dichas manifestaciones tienen lugar, incrementándose su gravedad cuando no son proferidos en el marco de un intercambio oral rápido y espontáneo, sino que se trata de afirmaciones escritas y maduradas (STEDH de 14 de marzo de 2002, caso De Diego Nafría o STEDH de 29 de febrero de 2000, caso Fuentes Bobo). En cuanto a los límites de la libertad de expresión, véase también CATALÀ I BAS, Alexandre: «¿Tolerancia frente a la intolerancia? El respeto a los valores y principios democráticos como límite a la libertad de expresión». *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 14, pp. 129-188. 2001.

²⁴⁹ GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro: *La libertad de expresión, una perspectiva...* (Bibl. cit.).

²⁵⁰ Esa obligación de contraste admite numerosos matices. Una de las circunstancias que la modulan es la fuente que proporciona la noticia, porque si reviste características objetivas que la hacen fidedigna, sería o fiable puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud o la identidad de la fuente (SSTC 240/1992 y 178/1993).

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado²⁵¹. En este sentido, también se ha señalado que:

No es canon de la veracidad la intención de quien informa, sino su diligencia, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio de la veracidad de la información, por más que sean circunstancias a tener en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, el fondo y la forma de lo publicado pueden resultar lesivos del honor de un tercero²⁵².

Con relación al requisito de que la información ostente interés público, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el mismo deriva tanto del contenido como de la finalidad misma del derecho. La noción de interés general se conecta tanto con las materias a las que se refiere como a las personas que en ellas intervienen (SSTC 107/1988 y 171/1990).

Ambos derechos han sido reconocidos sin ambages en el ámbito laboral, siendo significativa la STC 126/1990 al señalar que:

Los trabajadores cuentan con la protección del art. 20 de la Constitución para la expresión de sus ideas y la difusión de informaciones [...], siempre que no rebasen los límites de esos derechos [...]. Protección que debe reforzarse en el caso de que la expresión, la crítica o la difusión de informaciones [...] se refieran a los representantes de los propios trabajadores.

No obstante lo anterior, la libertad de expresión y de información no se encuentra exenta de límites: de hecho, el art. 20.4 CE ya establece algunos de ellos al referirse al derecho al honor²⁵³, intimidad, propia imagen y protección de la juventud e infancia. En lo atinente a la relación laboral, las manifestaciones de una parte respecto de la otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que se derivan de dicha relación, ya que el contrato genera:

... un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación²⁵⁴.

Sin embargo, aunque la relación laboral tiene como efecto típico la supe-
ditación de ciertas actividades a los poderes empresariales, no basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales

²⁵¹ STC 4/1996.

²⁵² STC 192/1999.

²⁵³ También del empresario, como ha aclarado la STS [Sala Primera] 511/2016, de 20 julio, RC 3165/2014.

²⁵⁴ STC 120/1983.

del trabajador, dada la posición prevalente que estos alcanzan en nuestro ordenamiento en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona y fundamentos del propio Estado democrático, previstos en los arts. 10.1 y 1 CE, respectivamente²⁵⁵. Por lo tanto, no cabe defender la existencia de un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales²⁵⁶.

En virtud de lo expuesto, la jurisprudencia constitucional impone a las resoluciones judiciales la obligación de preservar «el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito –modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente– de su libertad constitucional»²⁵⁷, sin olvidar que dicha modulación tendrá lugar solo «en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva»²⁵⁸.

Mención especial requiere la STC 4/1996, relativa a un trabajador que remitió cartas a distintos periódicos describiendo la existencia de numerosas irregularidades y criticando determinadas políticas empresariales. Esta sentencia comienza haciendo referencia a ambos derechos, a cuyo efecto señala que:

Nuestra Constitución ha consagrado por separado la libertad de expresión [art. 20.1 a)] y la libertad de información [art. 20.1 d)]. La primera tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor; la segunda, la libre comunicación y recepción de información sobre hechos, o más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud (STC 107/1988) y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación (STC 223/1992), que condiciona, sin embargo, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional que ha añadido al término «información» del art. 20.1 d) el adjetivo «veraz».

²⁵⁵ STC 151/2004.

²⁵⁶ STC 186/1996.

²⁵⁷ STC 6/1988.

²⁵⁸ STC 99/1994. En este ámbito, la jurisprudencia constitucional se ha referido, entre otros, al deber de secreto respecto de determinados datos de empresa que pueden quedar excluidos del conocimiento público, aunque no resulte ilimitado (STC 213/2002) o al desarrollo de la prestación del trabajo en empresas de tendencia ideológica (STC 106/1996), precisando que los derechos fundamentales del trabajador no amparan la imposición unilateral de modificaciones contractuales (STC 19/1985) ni el incumplimiento de los deberes laborales (STC 129/1989).

Y, a continuación, analiza la problemática de discernir en la práctica el ámbito de aplicación de los mismos:

En la realidad, sin embargo, su deslinde no es nítido, pues la expresión de la propia opinión necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende casi siempre algún elemento valorativo, una vocación a la formación de una opinión (SSTC 6/1988, 107/1988, 143/1991, 190/1992 y 336/1993). Por ello, en los supuestos en que se mezclan elementos de una y otra significación debe atenderse al que aparezca como preponderante o predominante para subsumirlos en el correspondiente apartado del art. 20.1 C. E. (SSTC 6/1988, 105/1990, 172/1990, 123/1993, 76/1995 y 78/1995).

No obstante, de forma llamativa, la STC analizada concluye considerando vulnerados ambos derechos, lo que permite prever hasta qué punto en numerosas ocasiones podrán presentarse estrechamente conectados en el ámbito de los conflictos laborales.

Por último, y en cuanto a los criterios que deben ser valorados para el ejercicio de tales derechos fundamentales, se ha prestado una especial atención al ámbito de difusión, señalándose que:

La libertad de expresión se interpreta por parte de la jurisprudencia de una forma más restringida cuando se dirige al ámbito exterior a personas ajenas a la empresa o a la opinión pública, que cuando se emplea dentro de la empresa, entre compañeros o representantes de los trabajadores, debido al mayor riesgo que ello entraña para el prestigio de la empresa²⁵⁹.

En cuanto a la libertad de expresión en el marco del contrato de trabajo, se verá constreñida no solo por los límites generales anteriormente apuntados, sino también por los derivados del vínculo laboral²⁶⁰. Dicha modulación, como se ha expuesto, será la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin²⁶¹, y derivará de las circunstancias de que la propia naturaleza del trabajo

²⁵⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, y VALENCIANO SAL, Antonio: *Derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores*. Albacete: Bomarzo. 2016, p. 105.

²⁶⁰ STC 106/1996. Al respecto, véase también DEL REY GUANTER, Salvador: «La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión e información en la relación laboral: extensión y límites». En: José Fernando Lousada Arochena y Matías Movilla García (coords.), *Derechos fundamentales y contrato de trabajo. 1.ª Xornadas de Outono de Dereito Social*, pp. 33-43. Granada: Comares. 1998.

²⁶¹ STC 6/1982. Al respecto, véase también SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.

contratado exija la restricción del derecho o de la acreditada necesidad o interés empresarial (no bastando con la mera invocación)²⁶². Tales limitaciones deberán someterse en todo caso a un juicio de ponderación²⁶³, «de manera que las restricciones que hayan de aplicarse habrán de ser adecuadas, imprescindibles y proporcionales a la protección de la libertad de empresa»²⁶⁴. Al objeto de efectuar dicho juicio de ponderación, habrá que atender a criterios tales como la difusión de las expresiones, su vinculación con la relación laboral y la existencia de perjuicio para la empresa²⁶⁵.

Respecto del derecho a la información en el ámbito de la relación laboral, y en cuanto a la exigencia de veracidad de la información, debe tenerse en cuenta que el deber de diligencia exigible a un trabajador no puede ser el mismo que le correspondería a un profesional de la información²⁶⁶. En este sentido, no resulta necesario que los datos hayan sido autorizados por parte de la empresa ni que haya existido un previo contraste con la misma, ni mucho menos un deber de preaviso²⁶⁷. Además, habrá que analizar si la difusión de información interna de la empresa se produce en el marco de un debate que afecte al interés general o si se encuentra al margen de ello, especialmente cuando la difusión se efectúe a través de mecanismos abiertos al exterior de la empresa²⁶⁸. Obviamente, también habrá que atender a si la información transmitida tiene interés general, en cuyo caso además gozará de prioridad sobre los derechos al honor, intimidad o propia imagen del empleador²⁶⁹; si bien, como se ha señalado, no existe sustento normativo para entender que la ausencia de dicho interés implique la inexistencia de protección constitucional.

²⁶² STC 99/1994. En este mismo sentido, véase LÓPEZ BALAGUER, Mercedes: «Libertad de expresión y redes sociales: ¿es posible sancionar al trabajador por publicaciones de contenido privado ajenas al trabajo?». *Temas Laborales*, 146, pp. 95-120. 2019.

²⁶³ Al respecto, véase VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: «Una aproximación al juicio de ponderación utilizado por el TC». *Derecho de Las Relaciones Laborales*, 9, pp. 941-952. 2018.

²⁶⁴ STC 198/2004.

²⁶⁵ STC 181/2006.

²⁶⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, e IGARTUA MIRÓ, María Teresa: «Libertad de información y contrato de trabajo. El problema de sus límites. A propósito de la STC 57/1999, de 12 abril». *Aranzadi Social*, 15, pp. 945-974. 1999.

²⁶⁷ STC 6/1988.

²⁶⁸ BLASCO PELLICER, Ángel Antonio: «Los derechos fundamentales inespecíficos...» (Bibl. cit.).

²⁶⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, e IGARTUA MIRÓ, María Teresa: «Libertad de información y contrato de trabajo...» (Bibl. cit.).

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS

En este capítulo se realiza un análisis de la figura de la garantía de indemnidad centrado en los cuatro criterios definidos por Ferrajoli ¹, a los cuales se añade con carácter previo una revisión de la normativa internacional y europea que resulta de aplicación en la materia que nos ocupa. En primer lugar, pues, se presentan las principales líneas esbozadas en los distintos textos legales aprobados por la OIT y la UE, respectivamente. En segundo lugar, se repasan los distintos fundamentos jurídicos y la evolución jurisprudencial que precedieron al surgimiento de la figura (criterio histórico). En tercer lugar, se estudia la regulación normativa de la institución en el momento de su aparición (criterio técnico). En cuarto lugar, se delimita la singularidad de la garantía de indemnidad respecto del resto de derechos fundamentales, así como las conexiones existentes entre ellos (criterio teórico). En quinto y último lugar, se justifica la necesidad y vigencia de la garantía de indemnidad en el ámbito de los derechos fundamentales (criterio axiológico).

1. CONTEXTO NORMATIVO INTERNACIONAL Y EUROPEO

El ámbito normativo internacional y europeo ha generado una serie de textos legales que constituyen una referencia inexcusable cuando se aspira a dar cuenta de los distintos aspectos de la figura de la garantía de indemnidad. Veamos brevemente cuáles son las líneas que quedan establecidas por medio

¹ FERRAJOLI, Luigi: Los fundamentos de los derechos fundamentales. (Bibl. cit.).

de este corpus normativo. En primer lugar, repasaremos la normativa correspondiente a la regulación internacional del ámbito laboral, analizando, en segundo lugar, la relativa al espacio europeo.

1.1 Regulación internacional

El primer organismo al que debemos hacer mención para dar cuenta de la regulación existente en materia laboral es, lógicamente, la OIT. Desde el momento de su constitución, esta organización ha ido consensuando y aprobando numerosos textos normativos referidos a los más diversos aspectos que debían regir las relaciones laborales. Ahora bien, dependiendo de la naturaleza de dichas normas, estas tienen una eficacia vinculante distinta. Así, la Constitución de la OIT establece que los convenios constituyen tratados internacionales que, una vez ratificados, son de obligado cumplimiento para los estados integrantes (art. 19.5). Mientras tanto, las recomendaciones no están sujetas a la ratificación y se instrumentan a través de la normativa interna (art. 19.6). En consecuencia, las obligaciones incluidas en los convenios son textos invocables directamente ante los tribunales desde el momento en que se incorporan al ordenamiento interno (además, por aplicación del art. 10.2 CE, servirán de criterio hermenéutico respecto de la interpretación de los derechos fundamentales²). Las recomendaciones, por otra parte, son textos orientativos, sin eficacia vinculante. No obstante, pueden operar como criterios de interpretación o aclaración de los convenios³.

Los textos de la OIT más relevantes para nuestro objeto de estudio son aquellos que hacen referencia a la terminación del contrato de trabajo. Este supuesto fue abordado ya por la Recomendación núm. 119 de la OIT, de 1963, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Esta recomendación establece que queda excluida como causa justificada para la finalización del contrato la «presenta[ci]ón de buena fe [de] una queja o participar en procedimientos entablados contra un empleador por razón de violaciones alegadas de la legislación» (art. 3.c). Además, si el organismo de arbitraje correspondiente (en el caso de España, los tribunales) concluye que la terminación de la relación laboral no fue justificada, la OIT considera que este organismo debe tener la potestad de «ordenar que el trabajador interesado, de

² A este respecto, cobra especial importancia el papel de la DUDH, como señala PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: «La interpretación de la Constitución». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169, 2014, pp. 41 y siguientes.

³ STC 38/1981.

no ser reintegrado en su empleo, pagándole, cuando proceda, el salario no percibido, reciba una indemnización adecuada, o bien una reparación de otro género [...], o bien una combinación de ambas» (art. 6)⁴.

La citada recomendación supone un antecedente de suma importancia de la que se constituyó posteriormente como la norma central en materia de finalización del contrato laboral. Nos referimos al Convenio núm. 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador⁵. Este convenio establece las exigencias de causalidad para la terminación de la relación laboral, debiendo esta causalidad sustentarse en la capacidad o conducta del trabajador y en las necesidades de la empresa⁶. Los arts. 5 y 6 del Convenio articulan los motivos que en ningún caso pueden constituir causa justificada para proceder al cese del trabajador⁷.

Las circunstancias que incluye el art. 5 son aquellas que están vinculadas directamente con el catálogo de derechos fundamentales recogido en la CE o que obtienen una especial protección en el ámbito de la legislación vigente: afiliación sindical (art. 5.a); ejercicio de labores representativas (art. 5.b); discriminación por raza, sexo, religión, etc. (art. 5.d); o maternidad (art. 5.e). El despido de un trabajador sustentado en cualquiera de estas causas tendrá en nuestra legislación vigente la consecuencia de nulidad, por resultar lesivo de derechos fundamentales (o de improcedencia cualificada, en tanto que los representantes de los trabajadores ostentan el derecho de opción, ex. art. 56.4 ET y 110.2 LRJS). Es decir, se trata de actuaciones que se encuentran ampliamente protegidas y que no pueden constituir un fundamento sobre el que un empresario pueda decidir unilateralmente que un trabajador pierda su empleo.

Por su parte, el art. 6 hace referencia al despido por enfermedad o lesión que, en la legislación española vigente, conduce directamente a la declaración

⁴ Tras la aprobación del Convenio núm. 158 de la OIT, la Recomendación núm. 119 de la OIT, de 1963, fue reemplazada por la núm. 166 de la OIT, de 1982, que ya no hace referencia expresa a la prohibición de despedir como consecuencia de la existencia de reclamaciones previas. No obstante, esto se debe a que remite al texto del referido convenio, por lo que debe entenderse que la previsión continúa absolutamente vigente.

⁵ En aplicación de los arts. 96.1 CE y 1.5 CC, este convenio se incorpora al ordenamiento interno tras su ratificación y posterior publicación, que tuvo lugar el 29 de junio de 1985. Su importancia crucial para nuestro trabajo queda reafirmada por el hecho de que es citado en el pronunciamiento del TC que hace la primera referencia explícita a la garantía de indemnidad (STC 14/1993), al cual haremos referencia más adelante.

⁶ Respecto de este convenio y de su valor inspirador (seguridad en el empleo), véase MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Actualidades y críticas del convenio 158 OIT en los derechos europeos: ¿El renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo)?». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. extra (Ejemplar dedicado a: *Commemoración del Centenario de la OIT*), pp. 124-180. 2019.

⁷ En todo caso, debe destacarse que el citado Convenio no prohíbe el despido, sino tan solo la arbitrariedad: MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Actualidades y críticas del convenio 158 OIT...» (Bibl. cit.).

de improcedencia, salvo que exista algún elemento adicional que permita cualificar la enfermedad (como por ejemplo una duración especialmente larga o la concurrencia de algún factor de segregación), en cuyo caso se reconduciría a la protección correspondiente al despido discriminatorio⁸.

La diferenciación entre las causas contenidas en los arts. 5 y 6, respectivamente, no resulta casual, pues obedece a la existencia de distintos niveles de gravedad, lo cual provoca a su vez que las vulneraciones de los derechos correspondientes a cada artículo se amparen en mecanismos tuitivos diferenciados⁹.

Expuesto lo anterior, lo que resulta significativo es que junto a los supuestos recogidos en el art. 5 –vinculados, como hemos dicho, con los derechos fundamentales o, en todo caso, recibiendo una relevante protección– encontramos también otro que nos interesa especialmente: nos referimos a la actuación del trabajador consistente en «presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes» (art. 5.c). Este apartado nos indica dos cuestiones importantes.

⁸ Esta conclusión no fue alcanzada de forma sencilla ni pacífica. Es fruto de una reflexión dilatada en el tiempo y que encontró un punto decisivo en la STJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15, caso Daouidi, que otorgó protección a estos supuestos en el ámbito de la protección a la discapacidad. En este mismo sentido, véase CARRIZOSA PRIETO, Esther: «Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 1, pp. 202-231. 2016. Esta reflexión se ha construido sobre el conflicto existente en torno al rechazo del despido por enfermedad, hasta el punto de que la doctrina ha descrito el intento de construir una vertiente de la garantía de indemnidad derivada del ejercicio del derecho a acogerse a la baja médica o a la situación de incapacidad temporal. Al respecto, véase GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier: «¿Es el absentismo un criterio de selección jurídicamente seguro en los despidos económicos?». *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2019/04/es-el-absentismo-un-criterio-de.html>. Publicado el 12.04.2019. Recuperado el 09.06.2020. Sin embargo, esta cuestión fue finalmente rechazada, como señala FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Lucía: «El despido de los trabajadores ‘con procesos de larga duración’: cambio jurisprudencial a raíz de la doctrina Daouidi». *Quaderns de ciències socials*, núm. 43, pp. 4-31. 2020.

⁹ LÓPEZ ÁLVAREZ, María José: «A vueltas con la calificación del despido por enfermedad». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 209, pp. 183-211. 2018. El art. 10 de este mismo convenio regula así las consecuencias para los incumplimientos de todos los supuestos referidos: «[si los tribunales] llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada». De este modo, puede apreciarse que el citado convenio prevé en un principio la posibilidad de la readmisión para la totalidad de los supuestos, inclinándose por esta opción, mientras que atiende solo subsidiariamente a la posibilidad de indemnizar al trabajador u ordenar reparación de otro tipo. No obstante, la respuesta final queda supeditada al ordenamiento jurídico y la doctrina jurisprudencial de cada estado. Sin embargo, se ha destacado los problemas que esta regulación plantea, al establecer que «más allá de impedir que pueda flexibilizarse tanto como para devenir despido *ad nutum*, conlleva un alto riesgo de antinomia entre las leyes nacionales y la norma social internacional»: MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Actualidades y críticas del convenio 158 OIT...» (Bibl. cit.), p. 146.

Por un lado, no solamente queda reafirmada la prohibición de despedir al trabajador por interponer una queja o reclamación (recogida ya en la Recomendación núm. 119 de la OIT, de 1963), sino que, además, la incardinación de este supuesto en el articulado del convenio permite deducir que estas actuaciones se consideran merecedoras de una especial protección. Una trasposición al derecho nacional de este convenio que establezca niveles muy diferentes de protección para los distintos supuestos previstos en el art. 5 de la norma confrontaría con la interpretación sistemática de dicha norma.

Por otro lado, puede apreciarse ya que la protección no se limita al ejercicio de una demanda judicial contra el empresario, sino que se incluyen otras actuaciones distintas, como la mera presentación de una queja, la participación en un procedimiento (sin especificación de la condición en que este tiene lugar) o el recurso ante autoridades administrativas¹⁰.

Como podemos observar, la OIT ha dedicado bastante atención a los distintos aspectos que rodean a la finalización del contrato de trabajo. Pero esta no es la única temática que encuentra acomodo en la normativa internacional y que nos sirve para analizar, desde un enfoque amplio como pretendemos, la garantía de indemnidad. Otro aspecto que resulta de interés es el examen de reclamaciones frente a la empresa, que queda establecido en la Recomendación núm. 130 de la OIT, de 1967. Este instrumento establece lo siguiente:

Todo trabajador que juzgue tener motivos para presentar una reclamación, y que actúe individualmente o junto con otros trabajadores, debería tener derecho: (a) a presentar dicha reclamación sin que pueda resultar para el interesado o los interesados ningún perjuicio por el hecho de haberla presentado (art. 2.a).

En cuanto al ámbito al que pueden corresponder dichas reclamaciones, este no se encuentra limitado más que por la exigencia de que estén vinculadas a condiciones laborales y de que tengan en cuenta el principio de buena fe (art. 3).

Por otra parte, esta misma recomendación apuesta por lo que puede considerarse una desjudicialización del conflicto, al establecer que, si se articulan mecanismos de resolución de reclamaciones a través de instrumentos normativos colectivos, deberá «alentarse» (art. 5) a las partes a acudir a tales mecanismos para solucionar sus conflictos. Asimismo, hace referencia a la necesidad de diseñar y aplicar una «sana política de personal» (art. 7.1) que atienda los

¹⁰ A este respecto, hay que señalar que el derecho nacional no prevé las mismas consecuencias para distintos tipos de actuaciones: establece la nulidad para el supuesto de las reclamaciones judiciales, mientras que las reclamaciones informales tan solo conllevan improcedencia. Consideramos que se trata de una interpretación criticable y como tal la abordaremos en el apartado correspondiente (Capítulo IV, apartado 1.3).

derechos de los trabajadores, así como la conveniencia de resolver las reclamaciones dentro del ámbito de la empresa a través de mecanismos que garanticen completamente a las partes la objetividad del procedimiento (art. 8). Además, se prevé que deberá prestarse especial atención para evitar limitaciones del derecho reconocido de los trabajadores a reclamar, ya sea ante la autoridad en materia laboral, ya sea en el ámbito judicial (art. 9).

En cuanto a los procedimientos de reclamación dentro de la empresa, se establece que esta debe tratarse de resolver directamente entre el trabajador y su jefe inmediato, cuando esto sea posible. Cuando dicha posibilidad no quepa, deberá tratarse de solventar en uno o varios niveles superiores (art. 10). Además, se reconoce el derecho de las partes de comparecer asistidas o representadas por cualquier otra persona de su elección, debiendo estas personas en consecuencia ostentar la misma protección que el trabajador reclamante (art. 13.3 en relación con el art. 2.a). Finalmente, se detalla que los procedimientos de examen de reclamaciones deben tender a la sencillez y rapidez, reduciéndose en la medida de lo posible las formalidades (art. 12).

Debe destacarse que esta recomendación no ha tenido una traducción normativa al derecho interno español, siendo la construcción jurisprudencial de la garantía de indemnidad la que ha ejecutado su papel¹¹.

Un repaso de la normativa internacional en la que puede verse sustentada la institución de la garantía de indemnidad no puede darse por finalizado sin mencionar otros dos documentos que también han analizado la prohibición de represalias por llevar a cabo una determinada actuación, si bien esta no consistía en la presentación de una reclamación por parte de un trabajador. Nos referimos, en primer lugar, al Convenio núm. 98 de la OIT, de 1 de julio de 1949, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, cuyo art. 1.2 prohibía adoptar represalias contra un trabajador por el ejercicio de actividades sindicales. En segundo lugar, también el Convenio núm. 135 de la OIT, de 23 de junio de 1971, relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, establecía en su art. 1 la prohibición de sufrir represalias fruto de dicha actividad representativa. Estos supuestos, si bien se limitan a circunstancias muy determinadas del trabajador (en el ámbito de su actuación sindical o de su labor representativa), también aportan luces para esclarecer algunos aspectos de la figura que estamos analizando.

¹¹ Este es uno de los motivos por los que, tal y como veremos, la figura de la garantía de indemnidad no se encuentra necesariamente vinculada por las fronteras del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: al contrario, para asegurar una protección efectiva, puede y debe trascender los límites de dicho derecho.

1.2 Regulación europea

A nivel europeo, también han sido varias las normas que se han aprobado para regular la prohibición de adoptar represalias contra un trabajador que había ejercido sus derechos. No obstante, esta protección siempre se articulaba en torno a derechos concretos; fundamentalmente, en torno al principio de igualdad.

Es el caso de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. Esta Directiva preveía la obligación de que los Estados miembros tomaran «las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra todo despido que constituya una reacción del empresario a una queja formulada a nivel de empresa, o a una acción judicial encaminada a hacer respetar el principio de igualdad de retribución» (art. 5). La misma indicación, formulada de manera casi idéntica, volvió a ser recogida en el art. 7 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976¹², relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

No obstante, también se ha previsto la prohibición de sufrir represalias en otros ámbitos distintos al de la igualdad entre hombres y mujeres: por ejemplo, el ámbito del origen racial. Así, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, indicaba que:

Los Estados miembros adoptarán en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a las personas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato (art. 9).

Finalmente, también debe destacarse la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta Directiva centra su objeto en la lucha «contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del

¹² Posteriormente, esta Directiva fue modificada por la Directiva 2002/73 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002.

empleo y la ocupación» (art. 1). Para ello, obliga a que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros incluyan medidas dirigidas a:

... proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por parte del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato (art. 11).

A pesar de esta progresiva apertura del abanico de supuestos que han ido encontrando acomodo en la protección contra represalias, lo cierto es que el panorama normativo resultante sigue limitándose a proteger aquellos supuestos en que las reclamaciones judiciales y administrativas se formulen contra situaciones lesivas del derecho de igualdad de trato¹³. De modo que el marco legal europeo sigue sin ofrecer cobertura a todas las situaciones en que un trabajador pueda verse perjudicado por ejercer su derecho a reclamar.

Además, aunque las referidas directivas hacen referencia a la necesidad de que la legislación que trasponga sus mandatos incluya las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, no especifican el mecanismo jurídico de reparación que procede establecer para proteger al trabajador cuyo derecho ha sido lesionado, ni ofrecen pauta alguna acerca de la calificación que debe recibir la actuación empresarial que vulnere lo dispuesto por estas normas. No permiten interpretar si basta con que se fije una compensación pecuniaria o una sanción para el empleador, o si se requiere una compensación de mayor grado –la cual, en nuestro derecho interno, equivaldría a la nulidad de la actuación. La alternativa adoptada por el legislador español ante esta disyuntiva ha sido la nulidad de la medida, por considerarse esta opción «la más adecuada a nuestra propia idiosincrasia jurídica»¹⁴. No obstante, esta decisión obedece más al ordenamiento interno (en concreto, las consecuencias que este establece para las actuaciones lesivas de derechos fundamentales) que a una exigencia de las citadas directivas.

¹³ VICENTE PALACIO, María Arántzazu, y GARCÍA NINET, José Ignacio: «Efecto directo horizontal de las Directivas comunitarias. Medidas de represalia adoptadas por el empresario como reacción al ejercicio de una acción judicial por discriminación sexual». *Revista Del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 22, pp. 13-32. 2000. La excepción se encuentra en los supuestos protegidos por la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, en cuanto al ámbito de los denunciantes de irregularidades y que establece supuestos protegidos por el derecho a comunicar información veraz. No obstante, esta cuestión será abordada con mayor amplitud en el epígrafe del presente trabajo destinado a analizar las denuncias «altruistas» (*whistleblowers*), incluido en el Capítulo IV, apartado 1.2.2.

¹⁴ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «La tutela del trabajador frente a represalias empresariales por el ejercicio de acciones o reclamaciones sobre igualdad de trato». *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales. Actas del XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lleida, 29 y 29 de mayo de 2004*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. 2005, p. 1084.

La interpretación de dichas normas por parte de los tribunales europeos ha confirmado esta postura. A este respecto es de destacar la STJCE de 10 de abril de 1984, asunto 14/83, caso Von Colson y Kamann. En esta sentencia se aprecia que «corresponde al órgano jurisdiccional nacional, agotando el margen de apreciación que su Derecho nacional le concede, dar a la Ley adoptada para ejecutar la Directiva una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del Derecho comunitario». En este sentido, y siempre y cuando las disposiciones adoptadas respeten el marco legal europeo, se «deja a los Estados miembros la libertad de elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para realizar su objeto», que en el caso que nos ocupa sería el de sancionar la violación de la prohibición de discriminar con la nulidad de la medida. Esta misma sentencia, no obstante, matiza a su vez que, en caso de optar por el establecimiento de una indemnización, esta no puede limitarse a un carácter simbólico, pues de esa manera no se aseguraría su eficacia sancionadora y su efecto disuasorio.

No obstante, recientemente ha tenido lugar un hecho de notable importancia: la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Esta Directiva regula el derecho de los trabajadores a ser informados sobre sus condiciones laborales y, en lo que nos atañe, su art. 17 establece, por primera vez, una protección que se desvincula de forma clara del principio de igualdad, concerniendo a las actuaciones realizadas por los trabajadores que reclamen contra el empleador para hacer cumplir los derechos establecidos en la directiva¹⁵. Pero, lo que resulta más relevante, el siguiente art. 18.1 prevé la prohibición de adoptar represalias contra los trabajadores que ejerciten tales derechos¹⁶, añadiendo el art. 19 que las sanciones para el caso de incumplirse tales previsiones deberán ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias»¹⁷.

¹⁵ Concretamente, el art. 17 señala que «los Estados miembros introducirán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos aquellos trabajadores que representan a los trabajadores, contra cualquier trato desfavorable por parte del empleador o contra cualesquiera consecuencias desfavorables resultantes de la interposición de una reclamación contra el empleador o de cualquier procedimiento iniciado con el objetivo de hacer cumplir los derechos establecidos en la presente Directiva».

¹⁶ El art. 18.1 establece que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir el despido o su equivalente, así como cualquier acto preparatorio para el despido de trabajadores, por haber ejercido los derechos establecidos en la presente Directiva». Lo anterior se refuerza con el art. 18.3 del mismo texto, que extiende a tales supuestos las mismas reglas de inversión de la carga de la prueba de los procesos donde se alega la vulneración de derechos fundamentales.

¹⁷ Sin lugar a duda, entendemos que la trasposición de dicha Directiva a nuestro derecho interno deberá pasar por la declaración de nulidad (y no mera improcedencia) de las actuaciones empresariales que vulneren lo expuesto. Llegamos a este convencimiento desde la comprensión de que otra solución no podría cumplir satisfactoriamente con los requisitos previstos en el art. 19, ya aludidos.

2. FUNDAMENTO HISTÓRICO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Tal y como ya hemos adelantado, la garantía de indemnidad no se encuentra regulada legalmente de forma expresa. En lugar de ello, se trata de una elaboración propia de la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, la forma en que esta jurisprudencia la aborda no puede entenderse bien si no se pone en relación con cuestiones presentes en otros ámbitos: nos referimos, por un lado, a determinados textos normativos que precedieron e inspiraron su aparición y, por otro, a ciertas reflexiones que venían produciéndose con anterioridad en el seno de la jurisprudencia del TS. Las ideas planteadas desde ambas esferas no cumplieron un papel meramente circunstancial, sino que constituyeron presupuestos necesarios y establecieron las bases para la aparición de la garantía de indemnidad. Por ello, antes de adentrarnos del todo en el ámbito de la garantía de indemnidad, se hace necesario examinar estos dos conjuntos de antecedentes, pues nos proveen de claves imprescindibles para una completa y cabal comprensión de la figura jurídica que nos ocupa.

2.1 Tratamiento de la prohibición de represalias en los textos preconstitucionales

Antes incluso de la aprobación del Convenio núm. 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982, en el ámbito normativo interno español existía un precedente que hacía referencia a la prohibición de despedir a un trabajador por el hecho de haber formulado una reclamación. En concreto, el RDLRT, disponía en su art. 32.c que en ningún caso tendría la consideración de causa justificada para proceder al despido la presentación de quejas o la intervención en procedimientos seguidos frente al empresario por sus incumplimientos en materia laboral o de Seguridad Social. El mismo artículo, a su vez, señalaba otros supuestos en los que se afirmaba asimismo la inexistencia de justificación: pertenencia a asociación sindical o participación en sus actividades legales (art. 32.a), ostentar la condición de representante de los trabajadores o actuar en dicha calidad (art. 32.b) o cualquier motivo racial, sexual, religioso, etc. (art. 32.d).

Ese precepto incluía los denominados despidos legalmente discriminatorios¹⁸, siendo de aplicación incluso en los supuestos en que no era la causa

¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales». En: Tomás Sala Franco, Juan Manuel Ramírez Martínez y Efrén Borrajo

formalmente alegada por el empresario. Así ocurre, por ejemplo, en la STS de 14 de junio de 1982¹⁹, referida al caso de una trabajadora que formuló una reclamación frente a su empresario (denuncia ante la autoridad laboral) por presuntos maltratos de obra, siendo despedida posteriormente por supuestas ausencias al trabajo. Coincidió, sin embargo, que durante el período señalado el empresario consintió la actuación de la trabajadora e incluso le continuó abonando un premio de puntualidad y asistencia. En este caso, el TS apreció que la actuación empresarial constituía abuso de derecho y, por lo tanto, el despido no estaba conforme con el ordenamiento vigente²⁰.

El referido art. 32.c, a diferencia del actual art. 17 ET o de las directivas vigentes en aquel momento, no reservaba sus efectos a las quejas formuladas en materias donde se encontrase afectado el principio de igualdad, sino que los extendía a cualesquiera incumplimientos empresariales en materia laboral o de Seguridad Social. Además, no se limitaba a las quejas articuladas por vía administrativa o judicial, sino que ampliaba su ámbito de aplicación a todo tipo de reclamaciones. Por otra parte, sin embargo, limitaba sus efectos a los despidos y no los aplicaba al resto de actuaciones empresariales que podían suponer un perjuicio para el trabajador (como por ejemplo las sanciones, las modificaciones de condiciones de trabajo, etc.).

En cuanto a las calificaciones para el despido, el art. 36 RDLRT, establecía tres posibilidades. «Cuando quedare acreditada la concurrencia de la causa justa alegada por el empresario en la comunicación escrita», se declararía la procedencia; mientras que «en los demás casos» la decisión de la empresa resultaría improcedente. La tercera posibilidad era calificar el despido como nulo, lo cual ocurría en los supuestos en que no se cumpliesen los requisitos de forma (comunicación por escrito e indicación de la fecha de efectos) o en que el despido no se comunicase previamente a los representantes de los trabajadores, en caso de que el trabajador despedido fuese un representante sindical. No obstante, la nulidad del despido producía los mismos efectos que la improcedencia (como expresamente se preveía en el párrafo tercero del artículo): a

Dacruz (Eds.), *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*, pp. 635-662. Madrid: La Ley. 2003.

¹⁹ Pese a dictarse la STS tras la aprobación del ET/1980, hace referencia a un supuesto previo a la misma. Conviene indicar que la disposición transitoria primera del ET/1980 establecía que «toda extinción de la relación laboral producida con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se regirá en sus aspectos sustantivo y procesal por las normas vigentes en la fecha en que aquélla hubiera tenido lugar». Por este motivo, dicha sentencia analiza el supuesto aplicando la normativa contenida en el RDLRT.

²⁰ No obstante lo anterior, el despido es declarado improcedente, y no nulo, al ser esta última una calificación judicial que la norma de aplicación reservaba para los despidos discriminatorios, como más adelante se explica.

saber, la readmisión y el abono de salarios de tramitación. En caso de no producirse esto, se declararía la extinción indemnizada de la relación laboral (art. 37, apartados 2 y 3 RDLRT).

De este modo, el despido adoptado como consecuencia de la interposición de una queja sería calificado como improcedente²¹. Debe tenerse en cuenta que, hasta esa fecha, las causas de nulidad eran exclusivamente las reguladas legalmente, según jurisprudencia muy consolidada²².

2.2 Aprobación de la Constitución Española y cambio de paradigma

El panorama jurídico cambió radicalmente con la aprobación de la CE. Como se ha señalado:

La Constitución no se limitó a establecer un nuevo orden jurídico político, a garantizar un sistema democrático representativo, a diseñar una estructura territorial de poderes descentralizada y a consagrar derechos y libertades fundamentales frente a los poderes públicos. Además, estableció los cimientos y fundamentos del nuevo orden jurídico privado, suministrando unas «pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles» (STC 55/1996) que han supuesto cambios y transformaciones en todo el Derecho privado para el que la Constitución ha significado un necesario punto de referencia²³.

Dentro del texto constitucional ocupa un papel especialmente destacado el novedoso catálogo de derechos fundamentales, que van a tener una trascendencia especial en los diversos ámbitos jurídicos, incluido el del Derecho del Trabajo. Además, como consecuencia de la aprobación de la Carta Magna fueron apareciendo otras tantas normas que también contribuyeron a modificar sustancialmente el sistema normativo laboral.

En primer lugar, el RDLRT, fue derogado por la disposición final tercera, apartado 15, ET/1980. Solo unos meses después se aprobó la LPL/1980. Este texto legal, en su art. 102, hacía referencia a las posibles calificaciones judiciales del despido, en términos muy similares a los de su precedente: se declararía la procedencia del despido cuando resultase acreditado el incumplimiento del trabajador alegado por el empresario en la carta de despido, su improcedencia cuando esto no ocurriese y su nulidad cuando no se cumpliesen los requisitos

²¹ STS de 14 de junio de 1982.

²² STS de 16 de abril de 1952.

²³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, y CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Derecho de las relaciones laborales y Constitución». *Derecho de las Relaciones Laborales*, 11. 2018, p. 1169.

de forma (comunicación escrita con los hechos que justifican el despido e indicación de la fecha de efectos), aunque también merecería la calificación de nula la finalización de un contrato que se encontrase suspendido (cuando no se apreciase la procedencia del despido) y «en los demás casos establecidos por la Ley».

Un dato reseñable es, pues, el hecho de que tanto el ET/1980 como la LPL/1980 ya sí establecen una diferenciación entre la declaración de la improcedencia del despido y la de su nulidad. En el caso de declararse la improcedencia, el empresario debería indemnizar o readmitir al trabajador, a su opción, abonándole en todo caso los salarios dejados de percibir (art. 56 ET). Cuando, en cambio, se declarase la nulidad, la readmisión sería la única consecuencia posible, debiendo abonar igualmente los salarios de tramitación (art. 55.4 ET). En los mismos términos se pronunciaba el art. 103 LPL/1980.

Aunque dichos textos legales no incluían ninguna referencia expresa a los despidos lesivos de derechos fundamentales y al tratamiento que estos debían recibir, esta cuestión no tardó en encontrar respuesta con la STC 38/1981, que hacía referencia al despido de unos trabajadores del Sindicato Andaluz de Trabajadores, tras ser elegidos en unas elecciones sindicales. Esta sentencia fue la primera que declaró la existencia de un despido nulo por vulnerar derechos fundamentales, disponiendo que debía restablecerse «a los recurrentes en la integridad de su derecho o libertad, para lo cual deberán ser admitidos en la empresa, con todo lo demás que procede en los casos de despido nulo, con nulidad radical». Así, y pese a que la normativa vigente no establecía de forma expresa la nulidad del despido para estos supuestos, el TC se encargó de resolver esta cuestión, desarrollando la figura del llamado despido discriminatorio (aunque no vinculado necesariamente al art. 14 CE), que era calificado de radicalmente nulo por lesionar los derechos fundamentales del trabajador²⁴.

2.3 Protección contra las represalias a través de la figura del despido en fraude de ley

Una vez expuesto el nuevo marco normativo que se configura tras la aprobación de la Constitución y de los textos legales subsiguientes, veamos cómo afectaba a los despidos adoptados como represalias contra un trabajador que formulase reclamaciones frente a su empresa.

²⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias...» (Bibl. cit.).

Pues bien, el citado ET/1980 no incorporó en su articulado ningún tipo de norma referente a la prohibición de despidos así motivados. Es cierto que en su art. 17 se calificaban como nulas las decisiones empresariales discriminatorias (recogiendo en buena parte el contenido del art. 32 RDLRT), pero no tenía acomodo en él la decisión empresarial consistente en despedir a un trabajador por el hecho de haber presentado una queja o reclamación. Por ello, este tipo de actuaciones del trabajador no encontraban protección como despido anticonstitucional (salvo que la queja afectase a un derecho fundamental específico).

Un despido causado por la presentación de quejas solía terminar declarándose ilícito, pero con la consecuencia de ser calificado improcedente. Sin embargo, la improcedencia no parecía una consecuencia adecuada para los despidos adoptados como represalia por la interposición de quejas. Se percibía que un despido adoptado en dichas circunstancias incluía un plus de injusticia que no se veía resarcido por esta calificación judicial. La improcedencia no evitaba de forma plena el efecto represivo al que aspiraba el empresario, ya que el trabajador terminaba perdiendo su puesto de trabajo y abandonando la empresa²⁵, lo cual no terminaba de quedar totalmente compensado por mucho que finalmente pudiese obtener una indemnización derivada de la declaración de improcedencia del cese²⁶. La mera declaración de improcedencia, pues, no satisfacía la lesión del derecho y la jurisprudencia constitucional así lo señalaba reiteradamente: «[la improcedencia no] repara la lesión sufrida al confirmar, por el juego de la indemnización sustitutoria de la readmisión, la eficacia extintiva de aquella facultad»²⁷. Por otra parte, tampoco se lograba resarcimiento suficiente por medio de la declaración de nulidad ordinaria del despido en aquellos casos en que no se apreciase la lesión del derecho fundamental²⁸.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «La garantía de indemnidad del trabajador...» (Bibl. cit.).

²⁷ STC 88/1985.

²⁸ Debe tenerse en cuenta que la LPL/1980 establecía dos mecanismos de ejecución de las sentencias de despido. El primero (regulado en los arts. 208 a 211) se refería a los supuestos de despido improcedente en que se optase por la readmisión y a los de despido nulo (el art. 208 establecía que este procedimiento era de aplicación «cuando el empresario haya optado por la readmisión, o ésta hubiere de tener lugar por ministerio de la Ley...») y desembocaba en la celebración de un incidente en el que –salvo que se demostrase la regularidad de la readmisión– se terminaría extinguiendo la relación laboral con derecho a una indemnización. El segundo mecanismo (establecido en los arts. 212 y 213) se aplicaba en los supuestos de readmisión de los representantes unitarios y consistía en la ejecución de la sentencia en sus propios términos, por lo que se preservaba la pervivencia de la relación laboral. Precisamente, la jurisprudencia constitucional declaró que la protección de los despidos discriminatorios debería sobreponerse a la literalidad de los arts. 212 y 213 LPL/1980, de forma que no fuesen «un obstáculo a la plena efectividad del derecho o libertad conculcada, pues aunque se concreten a los delegados o miembros del Comité de Empresa, constituye un cauce análogicamente aplicable a los supuestos de nulidad *ab radice*, sanción que comporta la violación de los derechos constitucionales fundamentales» (STC 38/1981). En este sentido, véase CARRATALÁ TERUEL, José Luis: «La garantía de indemnidad. Nulidad de los despidos lesivos de

Esta situación no terminaba de considerarse razonable. En consecuencia, la doctrina judicial intentó ofrecer algún tipo de respuesta. Para ello, optó por acudir al tratamiento otorgado a los despidos en fraude de ley, a los que se calificaba como radicalmente nulos, en términos similares a los relativos a vulneración de derechos fundamentales. Fue precisamente el ya citado art. 102 de la LPL/1980 el que abrió la vía para esta interpretación, al incluir entre los motivos de la nulidad una cláusula abierta: «en los demás casos establecidos por la Ley». A partir de ahí fue donde se acudió a la figura del fraude de ley (art. 6.4 CC)²⁹.

Este tipo de despidos consistía en utilizar el poder disciplinario empresarial con una finalidad distinta de la reconocida y amparada por la normativa. La STS de 9 de mayo de 1986 los calificaba como aquellos en los cuales la actuación empresarial tendía a evitar que la ley se aplicase de acuerdo con la finalidad para la que está prevista, produciendo «unos efectos no queridos por el ordenamiento jurídico al ser contrarios a la realización de la justicia, al sentido ético y contenido objetivo de la norma legal».

No obstante, la calificación de nulidad radical por fraude de ley se interpretaba de manera restrictiva. La STS de 11 de abril de 1990, por ejemplo, señalaba que debía quedar reservada como figura excepcional y extrema para aquellos supuestos en que «concurran unas dosis elevadas de arbitrariedad y capricho en la actuación de la empresa, no bastando que esa actuación sea ilícita o contraria a la ley». Eran, pues, aquellos despidos que entrañaban un fraude claro y patente, sin que existiese base alguna para la imputación y no

derechos fundamentales». *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 27, pp. 44-46. 1993. Esta misma interpretación ha permeado hasta nuestro tiempo, siendo buen ejemplo de ello la STS de 17 de julio de 2013, RCU 2350/2012, que apuntó que «la protección de los derechos fundamentales ha de actuar con carácter prioritario sobre cualquier otra garantía de rango legal, de ahí que al titular del derecho invocado haya de dársele satisfacción mediante un análisis razonado de la afectación que sobre el mismo pueda tener la conducta de la parte demandada, con independencia de que la actuación empresarial se haya ajustado o no las formalidades legales exigidas para llevar a cabo la concreta decisión (...). No puede afirmarse que las consecuencias para el trabajador sean idénticas sea cual sea la motivación de la calificación de nulidad del despido». Al respecto, véase ROJO TORRECILLA, Eduardo: «Nulidad del despido por vulneración de derecho fundamental. Necesidad de pronunciamiento aunque exista nulidad formal. Nota a la sentencia del TS de 16 de marzo de 2016». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <http://www.eduardo-rojotorrecilla.es/2016/05/nulidad-del-despido-por-vulneracion-de.html>. Publicado el 13.05.2016. Recuperado el 30.05.2020.

²⁹ Estos despidos quedan descritos, por ejemplo, por la STS de 20 de febrero de 1989, que atribuye a este tipo de despido la calificación de radicalmente nulo. También es de interés la STS de 21 de diciembre de 1987, que analiza la posibilidad de declarar nulo un despido derivado del ejercicio de acciones judiciales por parte de un trabajador, no solo civiles, sino también penales e, incluso, meramente administrativas. No obstante, este pronunciamiento descarta –con el respaldo del Ministerio Fiscal– que exista propósito represivo en tanto que considera que la empresa despidió al trabajador en el convencimiento de que el ejercicio de sus derechos se venía realizando con carácter abusivo.

bastando para ello la existencia de deficiencias en la carta de despido (que podrían justificar, en todo caso, la nulidad ordinaria), sino que se requería un plus adicional, acreditándose la total inexistencia de motivo para despedir y así el fraude³⁰.

Estos requisitos planteaban una limitación seria al objetivo de proteger contra represalias a trabajadores reclamantes, dado que:

[El] acento en la causa ficticia o inexistente dejó de lado el carácter especialmente ‘odioso’ y peligroso del despido motivado por la discrepancia o reacción del empresario frente a una previa acción judicial o frente a una denuncia del incumplimiento de la normativa laboral³¹.

Por otra parte, la declaración de nulidad por fraude de ley no dejaba de ser una construcción jurisprudencial, pues en el ET no se recogía esta posibilidad. En consecuencia, se hacía necesario encontrar otra salida. Pero, además, esta necesidad quedó definitivamente confirmada ante un nuevo acontecimiento: la aprobación de la siguiente ley procesal, que supuso una transformación radical del panorama normativo.

La LPL/1990 amplió a cinco las causas de nulidad del despido. En la nueva norma, el art. 108.2 establecía que el despido sería nulo: en los supuestos de incumplimiento de los requisitos formales (art. 108.2.a); en caso de incumplimiento u omisión de los requisitos legales o convencionales del despido disciplinario (art. 108.2.b); en caso de despedir a un trabajador afiliado sin dar audiencia a su sindicato (art. 108.2.c); en caso de fundamentarse en alguna de las causas de discriminación previstas legal o constitucionalmente, o de conllevar la vulneración de derechos fundamentales (art. 108.2.d); y, finalmente, en caso de hallarse el contrato en suspensión, salvo que se declarase la procedencia del despido (art. 108.2.e).

Como puede observarse, la nueva ley eliminó la cláusula abierta que se incluía en la norma precedente. De esta manera, desapareció por completo la posibilidad de recurrir a la figura del fraude de ley para declarar un despido radicalmente nulo. En consecuencia, si antes ya era insuficiente la tutela del

³⁰ Se reserva esta figura, en consecuencia, no tanto para «la causa ilícita o torpe», sino para «los supuestos de «inexistencia absoluta de causa», en los que el empresario no persiga más que «deshacerse del trabajador», como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias...» (Bibl. cit.), p. 643. No obstante, no se califica de esta manera a otros despidos, por ejemplo, aquellos fundamentados en discrepancias de criterio sobre el carácter temporal o indefinido de la relación laboral (STS de 7 de noviembre de 1989), limitándose en este caso a la calificación de nulidad ordinaria.

³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias...» (Bibl. cit.), p. 642.

despido adoptado como represalia tras la formulación de quejas o reclamaciones frente a la empresa, a partir de la aprobación de la nueva ley este despido se quedó totalmente desprotegido. Ya solo quedaba abierta una forma de brindarle a este supuesto la protección que merecía: esta se hallaba en la tutela al amparo del derecho fundamental.

2.4 Protección en el marco del derecho a no sufrir discriminación

Tal y como vemos, terminó surgiendo una clara necesidad de poder plantear la nulidad del despido al amparo de los derechos fundamentales. Ahora bien, no hay una única vía por la que esto puede hacerse, pues no hay un único derecho fundamental con el cual esta situación puede relacionarse. Una opción factible habría sido vincular el supuesto del despido como represalia con el derecho a no ser discriminado. Para comprobar hasta qué punto es así, hagamos una brevísima incursión en el Derecho Comparado; concretamente, veamos cómo se resuelve esta cuestión en el marco normativo de EE. UU.³².

En el ordenamiento jurídico estadounidense, la norma de referencia es *Civil Rights Act*, aprobada en el año 1964 por *Equal Employment Opportunity Commission*. Este texto legal aborda el principio de igualdad en el ámbito laboral y para ello tipifica numerosas actuaciones como constitutivas de discriminación (*title VII*). En primer lugar, analiza los supuestos de discriminación por motivos de raza, religión, sexo y origen nacional (*title VII, sec. 403*). Pero a continuación contiene otro apartado, denominado «*Other unlawful employment practices*» (*title VII, sec. 404*), que incluye entre sus cláusulas una referencia a posibles prácticas de un empleador tendentes a discriminar a sus trabajadores (o solicitantes de empleo) por el hecho de que estos se opongan a alguna actuación discriminatoria o ilegal, y también porque acusen, testifiquen, apoyen o participen de alguna manera en una investigación, procedimiento o audiencia contra el empresario (*title VII, sec. 404.a*).

Esta norma, pues, regula dos situaciones diferentes. La primera es conocida por la doctrina como «cláusula de oposición» (*opposition clause*), y declara la ilegalidad de las actuaciones empresariales de discriminar a un traba-

³² No es objetivo de este trabajo realizar un análisis comparativo sistemático de las distintas posibilidades de articular una protección efectiva del trabajador reclamante ante revanchas empresariales. Nos limitaremos a exponer un solo ejemplo de tratamiento foráneo de la cuestión: el correspondiente al marco normativo estadounidense. Escogemos este contexto porque presenta un alto grado de elaboración de la alternativa que aquí nos interesa, que es la vinculación de la protección del despido por represalia con la tutela antidiscriminatoria.

jador por oponerse a una práctica discriminatoria, pero también cuando dicha práctica es sencillamente ilegal; y la segunda es la denominada «cláusula de participación» (*participation clause*), que considera ilegal la conducta empresarial tendente a discriminar a un trabajador por acusar, testificar, asistir o participar de cualquier manera en una investigación, proceso o audiencia contra el empresario. Sin duda, ambas cláusulas son perfectamente subsumibles en la garantía de indemnidad, y «ambas cumplen con la misma función de prevenir revanchas empresariales»³³, si bien no descansan sobre el mismo derecho. Las cláusulas citadas se amparan en la prohibición de actuaciones discriminatorias en el empleo, mientras que la garantía de indemnidad, tal y como veremos, se ampara en el derecho a la tutela judicial efectiva³⁴.

Aunque ubicado en un momento mucho más reciente, podemos encontrar también otro paralelismo con el funcionamiento de la garantía de indemnidad. Nos referimos a una decisión tomada por la Corte Suprema de EE. UU. por la cual quedó ampliada expresamente la protección contra represalias también a aquellos supuestos en que la oposición de los trabajadores a una actuación discriminatoria no se hubiese producido por ninguna vía formal (como, por ejemplo, la formulación de una denuncia o activación de una investigación).

Se trata del caso *Crawford v. Metropolitan Government of Nashville and Davidson City*, resuelto el 26 de junio de 2009. El hecho desencadenante fue la iniciación por parte de la empresa de una investigación interna sobre un trabajador por rumores de acoso sexual. En el marco de esta, tres trabajadoras declararon en el interrogatorio interno haber sido víctimas de dicho acoso. Dicha investigación finalizó sin consecuencias contra el trabajador investigado; sin embargo, la empresa despidió a las tres trabajadoras que habían testificado contra él, alegando distintos incumplimientos legales. Una de estas trabajadoras demandó a la empresa, denunciando que el despido se adoptó como represalia por el testimonio que había prestado en la citada investigación interna. Los sucesivos pronunciamientos judiciales desestimaron su reclamación,

³³ MARTÍNEZ MERINO, Gonzalo: «La garantía de indemnidad en Chile: análisis normativo y comparativo desde el Derecho Comparado y el Common Law». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 19 (2), 2012, pp. 341 y 342.

³⁴ Además, tal y como señala CÁMARA BOTÍA, «la lógica de esta norma es muy distinta a la de la garantía de indemnidad construida por el Tribunal Constitucional: mientras esta opera en un sistema de despido causal, aquella se inserta en un régimen de despido libre» (CÁMARA BOTÍA, Alberto: «Libertad de contratación y garantía de indemnidad (Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva [garantía de indemnidad] al no contratar como represalia por haber pleiteado contra el empresario). Comentario a la STC 87/2004, de 10 de mayo». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*. Tomo XXII, Cizur Menor: Civitas. 2004, p. 192).

considerando que su actuación fue informal, pues no se instrumentó a través de denuncia alguna, y por tanto no merecía protección. Sin embargo, la Corte Suprema declaró que dicha protección debía otorgarse sin necesidad de realizar ninguna actuación formal. La protección debía activarse por el mero hecho de haberse opuesto a la práctica discriminatoria y una comunicación verbal debía considerarse suficiente a efectos de la «cláusula de oposición»³⁵.

Como podemos observar, la tutela discriminatoria presenta múltiples posibilidades como potencial anclaje de la garantía de indemnidad. A pesar de ello, esta opción no encontró acomodo en la jurisprudencia española, que ha elaborado un concepto de discriminación distinto, que limita su prohibición a supuestos específicos. En concreto, se ha señalado que el art. 14 CE establece dos prescripciones: el principio de igualdad y la prohibición de la discriminación, considerada esta última como «una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado»³⁶. A continuación, dicha sentencia explica que:

Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y [...] se toman en consideración condiciones que, como la raza, el sexo, el nacimiento y las convicciones ideológicas o religiosas, han estado ligadas históricamente a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. De ahí el distinto alcance de estos principios, porque mientras que el principio de igualdad –en la Ley y en la aplicación de la Ley– vincula a los poderes públicos, y al convenio colectivo [...], no sucede lo mismo con la tutela antidiscriminatoria, que por la especial intensidad de su protección se proyecta en el ámbito de las relaciones privadas³⁷.

En virtud de la doctrina expuesta, no se ha encontrado acomodo a la prohibición de represalias dentro de la tutela antidiscriminatoria prevista en el art. 14 CE³⁸.

³⁵ MARTÍNEZ MERINO, Gonzalo: «La garantía de indemnidad en Chile...» (Bibl. cit.), pp. 341 y 342.

³⁶ STS de 24 de noviembre de 2005, RC 110/2004.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Debe destacarse el importante matiz que incluye la normativa estadounidense al establecer, junto a las causas de discriminación por raza, religión, sexo y origen, la circunstancia de haber formulado una reclamación, que no necesariamente tiene que encontrar fundamento en materias vinculadas con aquellas causas. La relevancia de ese reconocimiento se aprecia sin dificultad al contrastar esa normativa con la española (en concreto, el art. 17 ET, al que más adelante se regresará) que establece expresamente una protección específica para las reclamaciones, si bien solo cuando se encuentran conectadas con el princi-

Significativamente, la reciente STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, caso Hakebrandt y otros³⁹, se pronuncia en un sentido muy próximo a la línea seguida por la doctrina estadounidense. Esta sentencia hace referencia a una trabajadora despedida como represalia por denunciar informalmente que una aspirante no había sido contratada por encontrarse embarazada. Un dato muy reseñable es la conclusión de que el principio del control jurisdiccional efectivo quedaría privado de eficacia si no incluyera también actuaciones informales aparte de actuaciones estrictamente judiciales. Pero lo que nos interesa destacar sobre todo es que el fallo se apoya en este caso en el principio de igualdad de trato, si bien conectado con el derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁰.

Puede concluirse que, en definitiva, la incardinación de la tutela contra las represalias empresariales en el seno de uno u otro derecho fundamental constituye una opción legislativa que habrá de adoptarse en el marco de cada sistema jurídico, obviamente conectado con su tradición normativa.

De todas maneras, si la opción de vincular la protección del despido por represalia con la tutela discriminatoria finalmente encontrará acomodo en la jurisprudencia española, es una historia aún por escribir. Centrémonos por tanto en aquella historia que ya está escrita: a saber, el anclaje de la posibilidad de declarar la nulidad del despido en el derecho a la tutela judicial efectiva.

2.5 Protección en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva

En el momento en que aparece la LPL/1990, la posibilidad de que el despido como represalia por el ejercicio de acciones judiciales pudiese resultar lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva ya no era ninguna novedad. La desaparición de la figura del despido en fraude de ley resultó decisiva para que la vinculación con el art. 24 CE ganase de pronto un peso definitivo y terminase por instalarse. Pero, en realidad, la jurisprudencia ya había ido explorando y acogiendo esta vía paralelamente a la otra alternativa analizada.

Pueden encontrarse varios pronunciamientos representativos de esta interpretación. Por ejemplo, la STS de 8 de julio de 1986, que declara la nulidad

pio de igualdad. Esto ha generado un amplio debate en torno a la voluntad del legislador de proteger actuaciones reivindicativas relativas a materias conectadas con otros derechos, al no constar con claridad que ese fuese su propósito.

³⁹ En este sentido, véase VELASCO PORTERO, María Teresa: «La protección de los trabajadores que apoyan a una víctima de discriminación laboral por razón de sexo». *Temas Laborales*, núm. 149, pp. 195-200. 2019.

⁴⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, y FOLGOSO OLMO, Antonio: «Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa: STJUE (Sala Tercera) de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18)». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5. 2019.

de un despido disciplinario realizado a una trabajadora a la que se le imputaba haber ofendido a la empresa por las expresiones vertidas en un recurso de alzada (redactado por su abogado frente a la administración) en un asunto de reclamación de determinados derechos laborales. También declara la nulidad la STS de 17 de junio de 1988, al apreciar la existencia de una represalia en el despido a un trabajador que había formulado demanda frente a la empresa por la imposición de una sanción. En ambos casos, pues, la declaración de nulidad se sustentaba en la consideración de que los despidos se habían producido como represalia por acciones judiciales emprendidas por el trabajador y, por tanto, vulneraban el derecho a la tutela judicial efectiva.

No obstante, donde más claramente podemos ver reflejado este planteamiento es en otro pronunciamiento, que no resuelve a favor del trabajador. Nos referimos a la STS de 21 de marzo de 1989, en la que se descarta expresamente la incardinación de la actuación del trabajador en el art. 17.1 ET. Dicha actuación consistió en el ejercicio de una acción judicial frente a la empresa, invocándose en el recurso el art. 24.1 CE y solicitando la calificación del despido como nulo por lesionar este derecho fundamental. El TS, sin embargo, resuelve que la tutela judicial efectiva no quedó mermada en su consideración estricta con el despido, en tanto que la acción ejercitada se desarrolló sin obstáculos. Se descarta así de forma expresa que la actuación empresarial lesionase el derecho fundamental, destacando que no puede apreciarse la existencia de represalia en tanto que la empresa demostró que los hechos imputados tuvieron lugar realmente. Ahora bien, la citada STS añade que:

... si el acto del despido hubiera obedecido a móvil de represalia, de alguna manera tal derecho a la tutela judicial, en sus consecuencias posteriores, se vería perjudicado con implicaciones negativas para el derecho que como básico proclama el artículo 4.2 g) del referido cuerpo estatutario.

Esta apreciación resulta clave, pues da a entender claramente que la represalia sí puede suponer una vulneración del derecho fundamental. Se ha señalado que, con este pronunciamiento, el TS vino a reconocer explícitamente:

... la conexión del despido por represalia con la tutela judicial efectiva, incluyendo [esta] entre los derechos fundamentales que dan lugar a despidos radicalmente nulos por conculcar derechos garantizados por la CE [como es] el de tutela efectiva de Jueces y Tribunales del art. 24.1 CE⁴¹.

⁴¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias...» (Bibl. cit.), pp. 644 y 645.

A este pronunciamiento se regresará más tarde, por su especial significación.

Por citar algunos ejemplos posteriores a esta fecha, mencionemos la STS de 16 de mayo de 1990, que confirma la nulidad de un despido disciplinario adoptado sin justificación alguna y cuyo fundamento real resultó ser la interposición de denuncias ante la Inspección de Trabajo; o la STS 19 de julio 1990, que declara la nulidad por apreciar que el despido se había adoptado como consecuencia de que los trabajadores acudieron a los tribunales (aunque también se invoca el art. 28.2 CE, dado que los trabajadores habían ejercitado el derecho a la huelga).

Puede concluirse, por lo tanto, que la prohibición a la empresa de adoptar represalias contra el trabajador por el ejercicio de una acción judicial ya había sido esbozada por el TS con anterioridad a que el TC hiciese explícita la garantía de indemnidad. Igualmente meritorio resulta que el TS, también en fecha muy anterior a que lo hiciese el TC, haya extendido esta protección a otras actuaciones no estrictamente jurisdiccionales, tales como denuncias ante la Inspección⁴².

Ahora bien, en el mismo horizonte temporal podemos encontrar ya algunos pronunciamientos del TC que también comenzaban a explorar esta vía. Es el caso de la STC 32/1986, en la que se aborda el supuesto de una letrada que denunció irregularidades en cuanto a la gestión de los fondos del turno de oficio que hacía el Colegio de Abogados de Madrid, interponiendo una querrela frente a los componentes de la Junta de Gobierno del citado Colegio y anunciando una rueda de prensa para hacer pública la situación. La querrela resultó inadmitida, tras lo cual el Colegio de Abogados de Madrid impuso a la actora una sanción colegial, quien la impugnó ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Finalmente, el Tribunal Supremo consideró que el derecho a querrelarse no es concebible sin un cauce que limite su utilización, valorando que su ejercicio de forma arbitraria puede originar perjuicios. En consecuencia, y deduciendo de la inadmisión de la querrela su falta de base, apreció la procedencia de la sanción (si bien rebajando esta), con fundamento en los perjuicios a la honorabilidad de los miembros de la Junta de Gobierno. La letrada recurrió en amparo, denunciando la vulneración del derecho a comunicar información veraz (art. 20.1.d CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El TC concluyó que no procede una sanción por haber acudido a la jurisdicción. Consideró que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la

⁴² TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco Javier: «La garantía de indemnidad en el ejercicio de los derechos laborales: sentencia TC 14/1993 de 18 de enero». En: Joaquín García Murcia y Diego Álvarez Alonso (coords.), *Derechos del trabajador y libertad de empresa: 20 casos de jurisprudencia constitucional*, pp. 647-692. Cizur Menor: Aranzadi. 2013.

jurisdicción, puede verse sometido a limitaciones y finalidades que justifican su existencia, si bien estas deben venir fijadas legalmente y respetar el contenido esencial del derecho⁴³.

Por otra parte, la STC 206/1987 hace referencia a una trabajadora a la que se impuso una sanción de suspensión de empleo y sueldo de diez días, que la actora impugnó judicialmente. La sentencia desestimó la demanda e impuso una suspensión de empleo y sueldo de quince días: esto es, de mayor entidad que la que había sido impuesta por la empresa. De este modo, la acción judicial emprendida por la trabajadora se tradujo en un claro perjuicio para ella⁴⁴. La trabajadora acudió al TC en amparo, planteando que dicha actuación lesionaba su derecho de acceso a la jurisdicción, dado que «la agravación del acto impugnado contra el accionante origina el temor de acudir a la vía judicial, coaccionando la libre voluntad de los titulares del derecho a la tutela judicial efectiva». La sentencia concedió el amparo, entendiendo que:

... la agravación de la sanción impuesta por la Empresa es realmente una medida disuasoria o paralizante del acceso a la justicia por los trabajadores sancionados, como lo es, en general, el empeoramiento de la situación del demandante como consecuencia de su propia acción impugnatoria. Es tal empeoramiento una posibilidad siempre realizable cuando medie pretensión de contrario por vía adecuada (verbigracia, la reconversión), pero este caso, justificado por facilitar el ejercicio de derechos fundamentales a esa otra parte del proceso, no es el de autos.

Las dos sentencias citadas constituyen importantes antecedentes por parte del TC que vinculan las consecuencias de una reclamación interpuesta por un trabajador con la tutela judicial efectiva. Además, aunque ninguna de ellas nombre aún la garantía de indemnidad como tal, ambas se adelantan ya al análisis de algunos aspectos que resultarán imprescindibles: ¿qué ocurre cuando por el hecho de ejercitar el derecho a la tutela judicial efectiva se obtiene un perjuicio por un tercero? ¿Y qué sucede si el ejercicio de dicho derecho termina situando al actor en una situación peor que la precedente? Estos temas seguirán debatiéndose posteriormente y se terminarán consolidando como supuestos inalienables de la futura institución de garantía de indemnidad.

⁴³ Es cierto que el asunto que aborda esta sentencia no pertenece al ámbito laboral; no obstante, las reflexiones y conclusiones que plantea son claramente extrapolables a este.

⁴⁴ Es verdad que el perjuicio en este caso fue causado por el órgano judicial y no por la empresa. Sin embargo, que sea posible por parte del órgano judicial abrir vía a que también lo sea por parte de la empresa. Esta posibilidad, de hecho, no tardará en emerger en pronunciamientos futuros y contribuirá significativamente al proceso de configuración de la garantía de indemnidad.

Estos pronunciamientos del TC y las posibilidades que plantean se suman a otros dos componentes clave del escenario que se configuró en los primeros años de la década de los noventa: el cierre de la vía del despido nulo por fraude de ley y la exploración por parte del TS de la vinculación del despido por represalia con el derecho a la tutela judicial efectiva. Delimitada la necesidad y abierta la nueva vía, el campo quedaba sembrado para el surgimiento de la garantía de indemnidad. Esta, como se verá a continuación, no tardó demasiado en aparecer.

3. GÉNESIS Y CARACTERIZACIÓN TÉCNICA

Una vez esclarecidos los precedentes de la garantía de indemnidad, estamos en condiciones de retratar su aparición formal. Dedicaremos el apartado segundo al estudio de esta cuestión.

En primer lugar, repasaremos cómo se forjó la figura en el seno de la jurisprudencia constitucional. A la vista de que carece de regulación expresa, prestaremos atención especial a la fundamentación técnica sobre la que se sustenta su utilización.

A continuación, se hará referencia a otras manifestaciones contenidas en la ley de la prohibición de adoptar represalias contra un trabajador. Se incluirá asimismo un análisis crítico de la calificación que se otorga a tales actuaciones.

3.1 Primeros pronunciamientos del TC

La primera enunciación formal de la garantía de indemnidad tuvo lugar en la STC 14/1993, de 18 de enero⁴⁵. No obstante, la misma idea había sido abordada también por la STC 7/1993, dictada en el mismo día, si bien no alcanzó a emplear esta denominación. Dada esta casuística particular, para poder concretar con precisión la aparición formal de esta institución resulta conveniente realizar un análisis conjunto de ambas sentencias.

En estas dos sentencias, el TC se plantea por vez primera qué consecuencia debe desprenderse de la actuación de un empresario que adopta una medida de represalia contra el trabajador que ha planteado una acción judicial en su contra. Se da a dicha cuestión una respuesta novedosa, cuidándose mucho el TC

⁴⁵ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús: «Un nuevo caso de despido radicalmente nulo, ahora por violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Comentario a la STC 14/1993, de 18 de enero». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XI*, pp. 59-63. Madrid: Civitas. 1993.

de no acudir para ello a la vía de recuperar la doctrina sobre el despido nulo en fraude de ley⁴⁶.

La STC 7/1993⁴⁷ se dictó en relación con la STS de 21 de marzo de 1989, que fue recurrida en amparo, denunciándose la vulneración del art. 24.1 CE. En su respuesta definitiva, el TC sostiene que:

... represaliar a un trabajador con el despido por haber intentado el ejercicio de la acción judicial representa una conducta vulneradora de la tutela judicial efectiva que habrá de ser sancionada por los Tribunales con la nulidad radical de tal medida.

Además, la sentencia declara que la prohibición del despido por el ejercicio de los derechos del trabajador se desprende también del art. 5.c del Convenio núm. 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982, y de la vulneración del derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato, reconocido en el art. 4.2.g ET.

A pesar de ello, dicha sentencia finalmente deniega el amparo tras considerar que en el supuesto analizado la empresa había acreditado los hechos imputados al trabajador, quedando así justificado el despido disciplinario⁴⁸.

La especial relevancia de esta sentencia radica en ser la primera que reconoce la existencia de la garantía de indemnidad (si bien no la nombra como tal de forma expresa, tan solo la enuncia de manera implícita) y declara que la consecuencia de su vulneración lleva aparejada la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los Jueces y Tribunales en defensa de derechos o intereses legítimos. Su consecuencia, debe ser, por tanto, la nulidad:

... si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción de las demandadas por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación de tal sanción sería la de radicalmente nula.

⁴⁶ CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad (El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional)». En: María Emilia Casas Baamonde, Jesús Cruz Villalón y Federico Durán López (coords.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, pp. 695-744. 2006.

⁴⁷ Al respecto, véase GALIANA MORENO, Jesús María: «Despido presuntamente discriminatorio y actividad probatoria suficiente. Comentario a la STC 7/1993, de 18 de enero». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XI*, pp. 45-48. Madrid: Civitas. 1993.

⁴⁸ No podemos dejar de señalar que esta sentencia analiza de manera muy superficial la licitud del despido. Por ejemplo, no entra a analizar que los hechos que se le imputaban al trabajador estaban muy claramente prescritos, lo cual ya era suficiente para demostrar la total falta de fundamento de la decisión extintiva.

Como hemos señalado, la primera enunciación explícita de la garantía de indemnidad se produce en el mismo horizonte temporal, pero en otro pronunciamiento. Reproducimos a continuación el párrafo correspondiente de la STC 14/1993, por la indudable significación que ostenta:

El art. 24.1 C. E. reconoce el derecho de los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales y a obtener una decisión fundada en Derecho, esto es, a ‘una prestación que corresponde (proporcionar) al órgano jurisdiccional, de acuerdo con la naturaleza del proceso y la ordenación legal del mismo’ (SSTC 165/1988 y 151/1990). Pero dicho derecho no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad. Esto significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos.

En esta sentencia, a diferencia de la anterior, sí se otorga el amparo. En este supuesto, la actora venía prestando servicios como redactora para el Ministerio de Educación y Ciencia, si bien no se reconocía que su vinculación con el mismo fuese laboral. Por ese motivo, formuló sucesivas reclamaciones exigiendo dicha condición, a lo que la administración le comunicó el cese, tras considerar que su pretensión resultaba improcedente y que, además, su actuación insistente vulneraba la buena fe contractual. Si bien la Magistratura de Trabajo número Siete de Madrid declaró la nulidad del despido, el TCT consideró que el litigio se limitaba a una discrepancia en cuanto a la naturaleza de la vinculación entre las partes, rebajando la calificación del despido a la de improcedente.

La STC 14/1993, en cambio, concluyó que la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no se produce exclusivamente ante la existencia de irregularidades procesales que priven a la parte de sus garantías procesales, sino que también tendrá lugar cuando el ejercicio del derecho produzca una posterior sanción represiva por parte del empleador. Y con esta afirmación es como el TC instituye la garantía de indemnidad.

Pero no se agota en ello la relevancia de este pronunciamiento. Y es que, previamente a emitir el fallo, el TC se ve obligado a resolver una cuestión fundamental que afecta al ámbito de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Esta cuestión ya había sido analizada por la jurisprudencia constitucional, que había decidido apostar por la plena vigencia de los derechos

fundamentales entre particulares⁴⁹. No obstante, en el presente supuesto se daba una circunstancia particular, relativa al derecho fundamental cuya aplicación se debatía: frente a los pronunciamientos precedentes, en esta ocasión se analizaba la eficacia horizontal del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. A diferencia de otros derechos fundamentales, en cuyo caso la eficacia horizontal puede deducirse fácilmente del propio contenido del derecho (como la libertad sindical o el derecho a la huelga), la propia redacción del derecho que ahora nos ocupa arrojaba dudas en cuanto a si su ámbito de eficacia se constreñía al Estado (a través de su Administración de Justicia). En otras palabras, la cuestión por dilucidar consistía en si se trataba de un derecho meramente prestacional que podía permitir a los ciudadanos exigir su cumplimiento a los órganos jurisdiccionales, pero no a los particulares.

Esta sentencia reafirma la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, confirmando además que el ejercicio de la jurisdicción también puede resultar vulnerado por particulares: «se produce un desplazamiento de gran calado del sujeto vulnerador en origen del derecho fundamental (los órganos encargados de impartir justicia) [...] a un sujeto completamente distinto, el empleador»⁵⁰. Por añadidura, resuelve otras cuestiones de interés. Por ejemplo, se da la circunstancia de que la represalia se adopta no por el ejercicio de la acción judicial en sentido estricto, sino por el planteamiento de una reclamación administrativa previa. Asimismo, apunta ya al carácter expansivo de la garantía de indemnidad, aclarando *obiter dicta* que esta no debía afectar exclusivamente a los supuestos en que la represalia fuese el despido, sino a cualesquiera otras actuaciones empresariales perjudiciales para el trabajador. E, incluso, esta misma sentencia aclara que la actuación anticonstitucional no tiene por qué limitarse a los supuestos que dificulten el acceso al proceso, sino también en los que se ejecute tras el ejercicio de tal derecho, como reacción al mismo. Así, esta misma sentencia deja ya sentadas las bases de otra gran transformación que no hará más que consolidarse:

[Otro desplazamiento que se produce es el del] ámbito en que la violación se puede producir (el curso procesal) [...] a un marco absolutamente alejado de aquel, puesto que la violación puede tener lugar en cualquier momento posterior al ejercicio del derecho, incluso, en ocasiones, cuando el trabajador ya ha obtenido una resolución judicial, sea favorable o no, a sus intereses⁵¹.

⁴⁹ STC 18/1984.

⁵⁰ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), p. 25.

⁵¹ *Ibidem*, p. 25.

No vamos a ahondar ahora en las cuestiones del sujeto y el ámbito de aplicación de la garantía de indemnidad, pues los analizaremos detenidamente en los apartados correspondientes. Baste por ahora con estas pinceladas para dar cuenta de la magnitud de los cambios a los que abren la vía estos dos pronunciamientos fundacionales de la garantía de indemnidad.

Como podemos comprobar, las dos sentencias expuestas constituyen el núcleo originario de la institución jurídica que nos ocupa y contienen ya la semilla de profundas transformaciones en el abordaje jurisprudencial de las represalias a los trabajadores. En efecto, las dos sentencias dieron lugar al surgimiento de una doctrina que supuso un auténtico revulsivo en las relaciones laborales en el Estado español, sentando las bases de una de las herramientas más efectivas de la que disponen actualmente los trabajadores a la hora de hacer valer sus derechos frente a sus empresarios.

3.2 Vinculación con la tutela judicial efectiva

Tal y como hemos explicado, en el Derecho español se ha considerado que la garantía de indemnidad nace del derecho a la tutela judicial efectiva y, más en concreto, de una de sus facetas: el derecho de acceso a la jurisdicción. Por este motivo, se ha considerado a la tutela judicial efectiva como el «derecho madre»⁵² de la garantía de indemnidad.

Ahora bien, recordemos un dato que no deja de ser relevante: este derecho fue pensado inicialmente para ser exigido frente a los poderes públicos (así lo enuncia de forma expresa la STC 18/1984). Es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un carácter eminentemente procesal, integrándose por un conjunto de derechos que garantiza el acceso a los tribunales, la ejecución de resoluciones judiciales, etc. No obstante, tal y como ya hemos adelantado, una de las principales particularidades de la garantía de indemnidad radica en que se irradian «sus efectos *ad extra* del curso procesal»⁵³. En otras palabras, la garantía de indemnidad se aleja de algunos parámetros que son consustanciales al derecho a la tutela judicial efectiva: su naturaleza prestacional y su vinculación con los órganos judiciales. De este modo, aunque la figura se incardina

⁵² MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave en la progresiva configuración autónoma de la misma (1999-2010)». En: Antonio Pedro Baylos Grau, Jaime Cabeza Pereiro, Jesús Cruz Villalón y Fernando VALDÉS DAL-RÉ (Eds.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010: libro homenaje a María Emilia Casas*. Madrid: La Ley. 2015, p. 872.

⁵³ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), p. 22.

esencialmente dentro de la tutela judicial efectiva, desde su mismo principio conlleva la superación del mecanismo tradicional de este derecho⁵⁴.

Así, en realidad, la garantía de indemnidad se configura como una versión sustantiva del citado derecho fundamental, como una rama complementaria y especular en relación con la rama preexistente, en tanto que logra desplegar sus mismos efectos en las relaciones entre particulares, las cuales no habían sido contempladas hasta ese momento. A partir de ahí es cuando el derecho a la tutela judicial efectiva puede presentarse a través de una doble vertiente: una activa o procesal, que permite acudir a los tribunales reclamando protección de los derechos e intereses legítimos, y otra pasiva o material, que impide que se puedan sufrir perjuicios por ello. Una vez instauradas, parece lógico que para lograr un pleno desarrollo y efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva ambas vertientes resultan absolutamente necesarias⁵⁵.

Finalmente, hemos de señalar que esta contradicción interna presente en la base de unión entre ambas vertientes ha provocado un intenso debate acerca de si la garantía de indemnidad es realmente una rama más de la tutela judicial efectiva o si, por el contrario, tiene entidad suficiente como para erigirse en un derecho autónomo.

Hay autores que sostienen que no se trata de un nuevo derecho, sino meramente de «la extensión de la construcción sobre la ineficacia de los actos lesivos de derechos fundamentales a un supuesto antes no considerado: las represalias empresariales por el ejercicio de la tutela judicial efectiva»⁵⁶.

Otros estudiosos, por el contrario, defienden que la garantía de indemnidad adquiere autonomía respecto del propio derecho fundamental, ya que presenta características que la singularizan y dotan de contornos propios. Esta segunda postura no tiene por qué estar reñida con el hecho de que dicha figura no se encuentre explícitamente positivizada en el texto constitucional. Tal y como afirma González Campos, en determinadas ocasiones no ha resultado necesario regular de forma expresa algunos derechos para que pudieran ser reconocidos, ya que «o bien era innecesario consagrarlos en atención a ciertos principios constitucionales, o bien se ha producido su reconocimiento a partir de otros derechos constitucionalmente reconocidos»⁵⁷. Lo mismo opina Nogueira Guastavino: «existen derechos fundamentales implícitos que se derivan

⁵⁴ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «¿Garantía o garantías de indemnidad? Los diversos cauces de tutela del trabajador frente a represalias del empresario». *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 269-270, pp. 3-74. 2005.

⁵⁵ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.).

⁵⁶ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.), p. 17.

⁵⁷ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio: «Las normas internacionales sobre Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y Libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)». En: Pedro Cruz

necesariamente de la existencia de otros y que terminan por ser reconocidos expresamente en algún momento por el TC»⁵⁸.

Desde nuestro punto de vista, y tal y como se verá más adelante, esta última postura es la más acertada. Esta conclusión se fortalece a la vista de la interpretación que ha ido realizando la jurisprudencia constitucional, apostando progresivamente por la desvinculación de la garantía de indemnidad del derecho a la tutela judicial efectiva (sin perjuicio de mantener el reconocimiento de su protección constitucional). Además, solo esta consideración permite desarrollar las potencialidades de la garantía de indemnidad en los términos necesarios para cumplir con su finalidad.

3.3 Garantía de indemnidad legal

Como venimos señalando, en la legislación española no hay ninguna norma que establezca de forma expresa la prohibición de adoptar represalias contra un trabajador por ejercitar su derecho de acceso a la jurisdicción. Existen, no obstante, varias regulaciones legales que pueden conectarse con esta institución de manera indirecta. A continuación, procedemos a recopilar algunas de ellas y analizar las insuficiencias que presentan para el objetivo de asegurar una protección adecuada del trabajador que presente reclamaciones de ámbito laboral.

Quizás el supuesto más próximo sea el regulado en el art. 17 ET. Este artículo prevé la nulidad de las actuaciones que perjudiquen a un trabajador como reacción ante una reclamación presentada en la empresa o una acción administrativa o judicial. No obstante, la norma vincula este supuesto explícita y exclusivamente a los casos en que se ejercite el derecho a no ser discriminado o a no recibir un trato desigual, sin permitir su aplicabilidad para el resto de las situaciones⁵⁹:

Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción

Villalón, Julio Diego González Campos y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Eds.), *Tres lecciones sobre la Constitución*. Sevilla: Mergabum, Edición y Comunicación SL. 1999, p. 40.

⁵⁸ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «El binomio 'acción-reacción': evolución y últimas tendencias sobre la garantía de indemnidad». *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 132. 2006, p. 911.

⁵⁹ En algunas ocasiones, la ausencia de una regulación explícita de la garantía de indemnidad ha sido vista como uno de los motivos de la amplia flexibilidad de esta figura, llegando a presentarla casi como un derecho ilimitado. En este sentido, véase TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco Javier: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.). Sin embargo, el citado art. 17 ET permite apreciar que la prohibición legal de sufrir represalias en el ámbito del trabajo se limita a las reclamaciones derivadas de la aplicación del principio de igualdad de trato. De este modo, la aplicabilidad de la garantía de indemnidad prevista en dicha norma resulta muy reducida frente a lo que sugieren tales consideraciones.

ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación (art. 17.1 2.º ET)⁶⁰.

Este hecho resulta lógico si se enfoca su origen. Dicha norma fue introducida a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Tal y como se señalaba en el apartado tercero de su exposición de motivos, la norma se dictó en el ámbito de la trasposición de dos directivas europeas que ya hemos citado anteriormente: la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que se había aprobado con el objetivo de luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual (art. 1). De este modo, resulta comprensible que la finalidad del 17 ET se conecte con el principio de igualdad de trato y no discriminación, y no con supuestos que se encuentren fuera de ese ámbito.

En cuanto al ámbito de aplicación, es cierto que esta norma no limita su efectividad a los supuestos en que se formule una acción judicial o administrativa, sino que expande sus efectos a otro tipo de reclamaciones, como son las efectuadas en el ámbito interno de la propia empresa. Sin embargo, como se ha señalado, este precepto no da una respuesta que permita su identificación plena con la institución de la garantía de indemnidad. Esto se debe a un doble motivo. El primero es que los efectos siguen quedando constreñidos –al menos de partida– a las reclamaciones vinculadas con el derecho a ser tratado de forma desigual y a no ser discriminado. El segundo es que queda establecida una protección de carácter legal y no de carácter constitucional; esto es, la protección no se vincula a ningún derecho fundamental (pese a que en ocasiones pueda canalizarse a través del art. 14 CE). Y esto es algo que tiene sustanciales consecuencias en la práctica. Por ejemplo, una actuación de este tipo no tendría garantizado el acceso al recurso y no podría recibir protección por vía de

⁶⁰ En relación con al art. 17 ET, debe hacerse referencia también al art. 8.12 LISOS, que tipifica como muy grave la actuación consistente en incumplir lo preceptuado en la norma anteriormente citada; y también la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece que «también se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres» (art. 9). Estos no son los únicos supuestos en que la legislación vigente establece la prohibición de sufrir represalias, si bien todos ellos –igual que el aludido 17 ET– se enmarcan en el ámbito de normas de carácter ordinario.

amparo (como sí ocurriría si estuviese afectado un derecho fundamental, art. 191.3.f LRJS). La conclusión que se desprende de todo esto, pues, es que la garantía de indemnidad sigue sin estar contemplada en nuestro ordenamiento jurídico⁶¹, llegando a hablarse de una recepción legal de la doctrina del TC, «cuanto menos, incompleta o defectuosa»⁶².

La norma que estamos analizando ha recibido contundentes críticas, que han apuntado al error precisamente de haber ajustado el texto legal al principio de igualdad de trato y haber excluido al resto de los supuestos, poniendo en tela de juicio la extensión de la tutela a las reclamaciones no conectadas con dicho principio⁶³.

Ante la mencionada abundancia de detracciones y teniendo en cuenta que han transcurrido ya más de quince años desde la aprobación de este artículo, resulta llamativo que la redacción no se haya corregido. La consecuencia natural de ello es que este texto legal ha resultado absolutamente desbordado por los sucesivos avances que han ido asentándose en el ámbito de la garantía de indemnidad, el cual, lógicamente, no pudo haberse anclado y limitado a aplicar esta norma.

Así, y pese a recibir algunas críticas que podrían alertar de un cierto «activismo judicial», la jurisprudencia constitucional no ha dudado de la necesidad de trascender el texto de la normativa vigente, en aras de garantizar de manera efectiva la indemnidad de los trabajadores que reclaman frente a su empresa (por supuesto, esta tendencia de la jurisprudencia no se ha limitado al art. 17 ET, pues no es el único que resulta problemático en la práctica). Por otra parte, también es cierto que esta doctrina no ha sido enmendada en ningún momento por el legislador, el cual ha tolerado su evolución más allá de la letra de la norma –y podría añadirse incluso que contrariamente a esta⁶⁴.

⁶¹ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario». *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, pp. 423-458. 2005.

⁶² ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.), p. 25.

⁶³ En este sentido, se ha señalado que «... resulta un tanto criticable que, llevado de su obsesivo afán de fidelidad a la letra de la Directiva, el legislador haya ceñido la protección frente a represalias a las acciones o reclamaciones relacionadas con el principio de igualdad y no discriminación, dejando fuera del ámbito protegido aquellas otras relacionadas con otros derechos o intereses legítimos. Con ocasión de esta trasposición, el legislador podría haber incluido en el Estatuto una disposición expresa sobre protección del trabajador que litiga o reclama, sin más, sin vincular dicha protección en exclusiva a un derecho o interés concreto, como ha ocurrido en relación con el principio de igualdad. Se habría evitado así la desafortunada lectura *contrario sensu* que ofrece el precepto comentado al señalar que serán nulas las decisiones empresariales represivas de una acción o reclamación “destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”». ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «La tutela del trabajador frente a represalias...» (Bibl. cit.), p. 1084.

⁶⁴ Lo anterior podría ser interpretado como una oposición por parte del legislador a aceptar esta institución en aquellos supuestos en que se aparte del principio de igualdad. Otra interpretación plausible

Sea como fuere, lo cierto es que se ha producido una auténtica congelación normativa, que no parece en absoluto razonable y que aconseja una actuación positiva al objeto de asentar la doctrina de manera definitiva⁶⁵. Esta cuestión podría resolverse por una vía tan simple como la supresión del inciso final del párrafo segundo del primer apartado del art. 17 ET, que actualmente restringe la protección a los supuestos de igualdad, en tanto que establece que se encuentra únicamente «destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación». En caso de que no existiese esta distinción legal de supuestos, y por aplicación del aforismo latino *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, quedaría cerrado el debate en torno al distinto nivel de protección que deben merecer los distintos tipos de represalias⁶⁶. La redacción actual, sin embargo, conduce a un inevitable equívoco en torno a qué actuaciones deben ser tuteladas (y, en consecuencia, cuáles otras no), por aplicación del otro aforismo latino *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit*.

En sentido opuesto, debe destacarse la prohibición a las empresas de imponer unilateralmente a sus trabajadores la novación unilateral del contrato a

es que el legislador considere que la jurisprudencia constitucional ha colmado las necesidades de tutela frente a este tipo de actuaciones y que, por tanto, no es necesario ningún tipo de intervención normativa. Sin embargo, tal y como se ha expuesto, esta última posibilidad dista mucho de la realidad: tanto por la multitud de cuestiones que se siguen planteando en el ámbito de esta institución, como por su continua evolución.

⁶⁵ En este mismo sentido se pronuncia BOGONI, Milena: «Garantía de indemnidad y tutela antidiscriminatoria...» (Bibl. cit.)

⁶⁶ Idéntica crítica merece la redacción del apartado duodécimo del art. 8 LISOS, que califica como muy graves las actuaciones descritas en el apartado anteriormente referido del art. 17 ET. De este modo, nuevamente parece que solo se encuentran protegidas las reclamaciones formuladas al amparo del principio de igualdad y esto, en virtud del principio de tipicidad del procedimiento sancionador, impedirá la imposición de sanciones frente a las represalias empresariales contra otro tipo de reclamaciones.

Sin embargo, la insuficiencia de la LISOS merece sin duda un comentario aparte. Este texto ha quedado bastante atrasado en cuanto a la evolución jurisprudencial en varios ámbitos (puede observarse, de forma bastante significativa, la muy deficiente regulación de otras infracciones, tales como la contenida en el art. 8.10 LISOS, apartado que ignora absolutamente la muy importante evolución jurisprudencial en cuanto a los numerosos supuestos de vulneración del derecho de huelga, limitándose a tipificar los actos de esquirolaje externo y manteniendo incólumes, por ejemplo, los de esquirolaje interno –STC 33/2011–, tecnológico –STS de 5 de diciembre de 2012, RC 265/2011– o impropio –STS de 20 de abril de 2015, RC 354/2014–). Este panorama deja fuera de su protección a numerosos derechos fundamentales, estableciéndose niveles distintos de tutela en función del derecho lesionado. Sin duda, resultaría necesario llevar a cabo una amplia revisión que concluyese con la tipificación de todas las actuaciones empresariales que resultasen finalmente lesivas de derechos fundamentales y, específicamente, de la garantía de indemnidad. Esta reforma contribuiría a reforzar la faceta preventiva a la que se ha hecho referencia en el presente trabajo, disuadiendo a los empleados que se decidan a «castigar» a los trabajadores que se limiten a formular reclamaciones en el ámbito de la empresa.

tiempo completo en uno a tiempo parcial⁶⁷, estableciendo el párrafo primero del art. 12.4.e ET lo siguiente:

... la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a). El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c), puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Sin embargo, la jurisprudencia, lejos de realizar una interpretación estricta de la norma, ha optado por una especialmente flexible y que difícilmente puede conectarse con el contenido literal del texto legal⁶⁸.

El mencionado art. 12.4.e ET, además, presenta otro problema añadido. Como podemos observar, esta norma establece de forma expresa la prohibición de adoptar represalias por la negativa del trabajador a la conversión propuesta por el empresario. No obstante, la consecuencia que viene atribuyéndole la doctrina judicial al supuesto en que efectivamente el empleador adopte la represalia es la declaración de la improcedencia del despido, por encontrarse la nulidad reservada a actuaciones lesivas de derechos fundamentales⁶⁹. Pues bien, esta interpretación arroja serias dudas, en tanto que la citada norma parece redundante al no aportar su redacción realmente nada. De hecho, si esta norma no existiese, no parece que la consecuencia de adoptar una represalia frente al trabajador que se niega a convertir su contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial pudiese ser otra que la improcedencia de la medida.

Este hecho permite concluir que la protección que actualmente viene otorgando la jurisprudencia no es lo suficientemente amplia; al menos no tan

⁶⁷ Respecto de la contratación a tiempo parcial y de los problemas inherentes a dichas relaciones laborales, resulta fundamental el trabajo de ESPÍN SÁEZ, Maravilla: «El contrato a tiempo parcial ¿la conciliación en los tiempos de la precariedad?». *Revista de información laboral*, núm. 2, pp. 23-46. 2016.

⁶⁸ Es el caso de la STS de 7 de octubre de 2011, RCUUD 144/2011, que declaró que la reducción de jornada (vinculada a causas productivas, esto es, en el marco de una medida de flexibilidad interna) era ajustada a Derecho. Para ello tuvo en cuenta especialmente que no constaba su carácter permanente, valoración que resulta bastante llamativa ya que no consta en modo alguno que se impusiese la medida para un periodo temporal concreto. Cfr. MURCIA CLAVERÍA, Ana: «La reducción de jornada como modificación sustancial de condición de trabajo, el principio de voluntariedad del contrato a tiempo parcial y la garantía de indemnidad». *Nueva Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 203, pp. 271-278. 2017, que plantea cuestiones de gran interés, como la aplicación de la prohibición de reducción de jornada ex. art. 12.4.e ET a los supuestos de contratos a tiempo completo en los que existe una reducción de jornada por guarda legal o de los contratos a tiempo parcial cuya jornada se reduzca de manera abusiva.

⁶⁹ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio. «Los principios de voluntariedad e igualdad en el trabajo a tiempo parcial». *Documentación Laboral*, 110, pp. 77-92. 2017.

amplia como el espíritu de la norma pretendía conseguir. Estamos, pues, ante un motivo de peso por el que el legislador debería aspirar a ofrecer una protección mayor –una protección que realmente garantice la indemnidad del trabajador. Y es que no se puede esperar que la declaración del carácter injustificado de la actuación en términos de legalidad ordinaria sea suficiente para disuadir al empresario que opte por adoptar una represalia por esta causa.

Pero prosigamos ahora con el análisis de otro artículo del ET en el que puede fundamentarse actualmente la aplicación de la garantía de indemnidad y que, contrariamente al artículo expuesto antes, sí logra establecer protección adecuada, si bien limitada a un elemento subjetivo determinado. Nos referimos al art. 68 ET, significativamente rubricado «garantías» y alusivo a los representantes de los trabajadores. Esta norma establece que:

Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: [...] c) no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que esta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54. Asimismo no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación.

Se establece, de este modo, otro supuesto de indemnidad, aunque referido solamente a los representantes legales de los trabajadores y conectado exclusivamente con su función representativa. En este supuesto, además, dicha garantía se ve complementada con el art. 56.4 ET, que aumenta la eficacia de la protección al especificar así las consecuencias del despido improcedente en el caso de los trabajadores referidos:

Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2.

A esta medida se suman, asimismo, otras que tratan de garantizar la prioridad de permanencia del representante de los trabajadores en el ámbito de adopción de medidas de flexibilidad externa (art. 51.5 y 52.c ET) y que reservan la calificación de nulidad a los supuestos en que no se respeten dichas prioridades de permanencia (art. 124.13.a.4.^a y b.3.^a LRJS). En este supuesto,

pues, se amplía el ámbito de protección, asegurando que el empleador no pueda prescindir de un representante de los trabajadores por la mera vía de abonar una cantidad económica más o menos elevada. Sin duda, se trata de garantías de suma importancia, puesto que articulan:

... una singular protección para el representante, favoreciendo su continuidad en la empresa en supuestos de reestructuración, suspensión o reducción de plantilla. Con ello, se evita que el empresario pueda sentir la tentación de utilizar esta vía para deshacerse de trabajadores ‘incómodos’ que, debido al cargo representativo que ostentan, se han significado por su carácter reivindicativo o mayor combatividad. E, igualmente, se tutela un interés colectivo, asegurando, en estos casos, la pervivencia en la empresa de estructuras representativas de los trabajadores⁷⁰.

Ahora bien, optar por una regulación específica y medidas más garantistas en este supuesto deja al descubierto la absoluta insuficiencia de las soluciones previstas por la normativa ordinaria para responder a medidas empresariales no ajustadas a Derecho. De esta manera, el legislador viene a reconocer –cuanto menos, de manera implícita– que las consecuencias previstas en el ámbito de la legalidad ordinaria no resultan suficientes para garantizar la efectiva indemnidad de un trabajador.

Además de las anteriores, existen también otras normas que vienen a completar el panorama de la denominada garantía de indemnidad legal. Es el caso, por ejemplo, del art. 21.4 LPRL, que establece que «los trabajadores o sus representantes no podrán sufrir perjuicio alguno derivado de la adopción de las medidas a que se refieren los apartados anteriores», refiriéndose a la interrupción de la actividad laboral ante la existencia de riesgos graves e inminentes; o, también, del art. 30.4 LPRL, que estipula que «los trabajadores [designados para tareas preventivas] no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de riesgos laborales en la empresa»⁷¹. En estos supuestos, sin embargo, la protección otorgada por la normativa es nuevamente de carácter meramente ordinario, calificándose las actuaciones empresariales que la vulneren como improcedentes y no como

⁷⁰ VILA TIERNO, FRANCISCO: «Despido nulo y vulneración del derecho a la representación de los trabajadores. Libertad sindical y prioridad de permanencia». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 209. 2018, p. 253.

⁷¹ «Esta garantía general advierte de que el cumplimiento de las actividades preventivas dentro de su cometido laboral pudiera llevar a estos trabajadores a chocar con los intereses económicos del empresario y les garantiza una esfera de incolumidad para cumplir con sus objetivos»: LARRAZABAL ASTIGARRAGA, EIDER, y URRUTIKOETXEA BARRUTIA, MIKEL: «Garantías de los trabajadores designados para las labores preventivas». *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 30. 2014, p. 123.

nulas⁷². Además, estas normas vuelven a resultar redundantes, por los mismos motivos ya aludidos en cuanto al art. 12.4.e ET.

Otro supuesto destacable para los objetivos de este apartado es el correspondiente a los trabajadores que se encuentran ejercitando sus derechos de conciliación. Estos trabajadores gozan de una protección particular que les otorgan los arts. 53.4 y 55.5 ET, los cuales reservan la calificación de nulidad, y no improcedencia, para aquellos despidos que no demuestren suficientemente las causas objetivas para la decisión extintiva del contrato.

El repaso del panorama normativo que acabamos de realizar nos permite concluir que existen determinados supuestos que el legislador ha considerado merecedores de protección, a pesar de que se sitúen al margen de los supuestos de lesiones directas de derechos fundamentales: es el caso de los derechos de conciliación (con la nulidad de la medida) o de los derechos de los representantes de los trabajadores (con una improcedencia cualificada). Sin embargo, no existe una regulación que asegure de forma estructural y sistemática la protección ante represalias del trabajador que reclame sus derechos en el ámbito laboral, por el mero hecho de hacerlo.

Por otra parte, constatamos la existencia de algunas iniciativas del legislador que no vienen a otorgar ninguna protección especial (es el caso del art. 12.4.e ET). Esto plantea una clara disyuntiva: o el legislador ha pretendido ser reiterativo en su regulación, o la jurisprudencia no está siendo lo suficientemente protectora en dichos supuestos. Esta última posibilidad no es descartable en absoluto; de hecho, consideramos que la jurisprudencia debería optar por una interpretación más tuitiva de la norma en numerosos supuestos. Pero dejamos el análisis de esta cuestión para el apartado correspondiente⁷³.

Por último, cabe hacer mención a la LOLS que, ya en su redacción inicial (de 1985), introdujo una cláusula de indemnidad sindical en términos muy próximos a los del actual art. 17 ET (si bien se encuentra redactada de forma más genérica), y a través de la que se trataban de evitar los perjuicios sufridos «por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales» (art. 12 LOLS). En este caso, sin embargo, resulta claro que la actuación protegida lo sería en el ámbito del derecho fundamental a la libertad sindical.

⁷² Salvo que la resistencia pueda conectarse al ejercicio de otros derechos fundamentales, como a la integridad física (art. 15 CE). Sin perjuicio de ello, debe destacarse que a los delegados de prevención se les extenderán las garantías de los representantes unitarios de los trabajadores (art. 37.1 LPRL), con lo que se les asegura un nivel más elevado de protección frente a represalias.

⁷³ Se aborda esta cuestión en el Capítulo IV de la presente obra.

3.4 Desarrollo jurisprudencial

La inexistencia de una regulación legal específica de la garantía de indemnidad no ha supuesto ningún impedimento para la expansión de esta figura. Esto ha sido posible porque el hecho de estar sustentada en un derecho fundamental permite su aplicación directa y sin necesidad de previo desarrollo legal⁷⁴. En consecuencia, el desarrollo de esta institución ha sido eminentemente jurisdiccional.

Ahora bien, ha sido fundamentalmente el TC quien ha ostentado un papel decisivo en la articulación jurisprudencial de la garantía de indemnidad, pues debe recordarse que cualquiera de sus pronunciamientos (salvo los relativos a la estimación subjetiva de un derecho) tendrán plenos efectos frente a todos (art. 164.1 CE), además de que la totalidad de los órganos judiciales se encontrará vinculada por la interpretación que realice el TC de la normativa vigente según los preceptos constitucionales (art. 5.1 LOPJ).

Anteriormente hemos mencionado que fueron precisamente dos sentencias del TC las que sentaron las bases de la prohibición explícita de adoptar represalias contra trabajadores reclamantes por el mero hecho de ejercitar su derecho a la tutela judicial efectiva: una primera (STC 7/1993) que apuntó por primera vez a dicha garantía, si bien «no como una realidad sino tan solo como una posibilidad»⁷⁵; y una segunda (STC 14/1993), que contiene la primera referencia explícita a la garantía de indemnidad denominada como tal.

Ahora bien, con este reconocimiento primigenio de la garantía de indemnidad, el problema no se agotó sino, más bien, comenzó a plantearse, pues se hacía necesario definir y concretar la garantía en cuestión⁷⁶, especialmente teniendo en cuenta que no se encontraba regulada de forma expresa en la CE. La tarea que se presentaba no era nada fácil; de hecho, puede afirmarse que, más de veinticinco años después, aspectos tan cruciales para la aplicación de esta garantía como su contenido, su alcance o sus límites continúan sin ser plenamente definidos.

⁷⁴ TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, y VALENCIANO SAL, Antonio: *Derechos fundamentales...* (Bibl. cit.). Debe recordarse que la CE establece numerosas garantías para los derechos fundamentales, como por ejemplo la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE), que se traduce en la necesidad de un relativo consenso para su regulación; la prohibición de regularlos mediante real decreto-ley (art. 86.1 CE), lo que excluye la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda afectar a su contenido; o la posibilidad de su aplicación directa (derivada del art. 53.2 CE). Ante las reticencias del legislador para positivizar la figura que nos ocupa, esta última posibilidad es la que ha jugado un papel fundamental en su desarrollo.

⁷⁵ TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco Javier: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.), p. 653.

⁷⁶ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «El binomio “acción-reacción”...» (Bibl. cit.).

Es cierto, no obstante, que el desarrollo jurisprudencial ha permitido ir dando respuesta a las sucesivas cuestiones que han ido planteándose. También hay que destacar que la jurisprudencia ha sabido adaptarse en este sentido al carácter peculiar del Derecho del Trabajo que, como ya hemos señalado, se encuentra en una permanente transformación, debida tanto a la evolución propia de las relaciones laborales como a la práctica constante de actualización y revisión de las propias normas⁷⁷. La evolución progresiva de la jurisprudencia, por tanto, ha contribuido a que la interpretación de la garantía de indemnidad pudiera ir ajustándose al momento histórico y a la realidad social de su tiempo (lo que no deja de ser parte del mandato legal del art. 3.1 CC).

De esta manera, la garantía de indemnidad ha podido ir extendiéndose de forma paulatina, alcanzando numerosos supuestos en los que inicialmente no se había contemplado su vigencia. Esta evolución no se ha limitado a introducir matices respecto de la doctrina previa; por el contrario, en algunos casos se han llegado a revisar en profundidad los criterios asumidos y aplicados anteriormente. Por este motivo puede afirmarse que, a la luz de la actual doctrina, los primeros pronunciamientos del TC podrían calificarse incluso de inseguros y vacilantes. No obstante, no debe caerse en el error de analizarlos con sesgo retrospectivo (especialmente a la vista de que la garantía de indemnidad fue impulsada exclusivamente por la jurisprudencia, sin prácticamente apoyo legal).

Naturalmente, las magnitudes de esta transformación también han propiciado ciertas críticas. Si por una parte la señalada evolución ha sido aplaudida por haber permitido ampliar y definir la garantía de indemnidad, por otra parte también ha sido vilipendiada, acusándose de «desfigurar los contornos que con trazo firme había dibujado en su primigenia doctrina»⁷⁸, y de desembocar en un cierto «desbordamiento de sus iniciales y naturales fronteras»⁷⁹.

Finalmente, ha de admitirse que la actuación de la jurisprudencia también ha provocado no pocos problemas en el desarrollo de la garantía de indemnidad. Por ejemplo, es innegable que algunos pronunciamientos han resultado especialmente polémicos, motivando así críticas por la falta de unanimidad o contundencia de sus numerosos votos particulares (es el caso, por ejemplo, de la doctrina contenida en la STC 75/2010, relativa a los supuestos de subcontratación) y por el excesivo peso otorgado a los matices del supuesto concreto⁸⁰. No obstante, volvemos a insistir en que todos estos problemas se reducirían si

⁷⁷ CRUZ VILLALÓN, Jesús. «La metodología de la investigación...» (Bibl. cit.).

⁷⁸ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «El binomio “acción-reacción”...» (Bibl. cit.), p. 952.

⁷⁹ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), p. 25.

⁸⁰ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.).

existiese una regulación legal más amplia y técnica, que facilitase desde un primer momento la resolución de muchas de las dudas que la aplicación de la garantía de indemnidad plantea, eximiendo así a la jurisprudencia del protagonismo absoluto en la cuestión y de la consiguiente inevitabilidad de experimentación.

4. ANÁLISIS TEÓRICO

En el presente apartado se realiza un análisis terminológico de la garantía de indemnidad. Para ello, resulta imprescindible trazar su conexión con la indemnidad propia del resto de derechos fundamentales, así como discernir las notas que caracterizan a la institución estudiada frente a las demás.

Asimismo, y pese a que el origen de la garantía de indemnidad se conecta necesariamente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se analiza la progresiva desconexión que se fue produciendo entre ambos. Este hecho se debe ubicar en el contexto del dinamismo propio de la institución analizada, que supone a su vez un requisito fundamental para su eficacia.

4.1 Examen terminológico

El Diccionario de la Real Academia Española define garantía con numerosas acepciones. Entre ellas, nos interesa destacar la primera: «efecto de afianzar lo estipulado»; pero también la tercera, que hace referencia a la «cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad». Por su parte, indemnidad queda definida como «estado o situación de indemne», adjetivo este que equivale a «libre o exento de daño».

La acogida de esta institución por parte de la jurisprudencia constitucional no ha sido todo lo clara que cabría esperar. De hecho, podemos encontrarnos con denominaciones distintas, refiriéndose a la misma figura en ocasiones como «garantía de indemnidad»⁸¹, como «derecho a la indemnidad»⁸² e incluso como «derecho a la garantía de indemnidad»⁸³.

⁸¹ STC 14/1993.

⁸² STC 128/2002. En estos términos se sigue pronunciando en ocasiones el propio TS en fechas muy recientes (STS 36/2019, de 22 de enero, RCU 3701/2016).

⁸³ STC 55/2004.

En este punto, resulta necesario destacar la diferencia entre derecho y garantía. El término garantía es una expresión clásica del vocabulario técnico-jurídico, que designa a «cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo». A ello debe añadirse que estas técnicas de garantía consisten en «un conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes –públicos y privados– que eviten flagrantes vulneraciones de aquellos derechos»⁸⁴. En este sentido, huelga recordar las palabras de Bobbio⁸⁵, quien insistía en que «el problema de fondo de los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos».

Partiendo de la consideración de garantía como las obligaciones correspondientes a un determinado derecho subjetivo⁸⁶, se ha calificado a la garantía de indemnidad como la prohibición de causar (y sufrir) perjuicios como consecuencia del ejercicio del derecho de acudir a la jurisdicción en defensa de sus intereses legítimos. No obstante, alguna posición doctrinal ha definido el mecanismo descrito no como una garantía, sino como un auténtico derecho subjetivo, de carácter negativo⁸⁷.

Además, como puede apreciarse, se utiliza el verbo «causar», pues dicha garantía está dirigida al tercero (ajeno al sujeto y a los tribunales) que provoca el daño a raíz de un primer proceso. A su vez, se permite a la persona que ha sufrido el daño que se dirija a los tribunales para solicitar su protección, lo que tendrá lugar en un segundo proceso.

En cuanto a su estructura y dinámica, se ha considerado la necesidad de concurrencia de tres elementos: la actuación del trabajador que suponga una manifestación de su derecho de acceso a la jurisdicción; la presencia de un acto empresarial perjudicial para el trabajador, con independencia de la forma que adopte; y la existencia de una relación de causa-efecto entre las dos anteriores⁸⁸. Este particular será analizado de forma más extensa en los apartados correspondientes del presente trabajo⁸⁹.

⁸⁴ MARÍN MARÍN, José: «La garantía de indemnidad del trabajador en el ejercicio de sus derechos». En: Juan José Nicolás Guardiola (coord.), César Augusto Giner Alegría (coord.), Víctor Meseguer Sánchez (dir.), Manuela Avilés Hernández (dir.) y Pascual Martínez Ortiz (pr.), *Empresas, Derechos Humanos y RSC: Una mirada holística desde las Ciencias Sociales y Jurídicas*. Navarra: Aranzadi. 2016, pp. 392-393.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema. 1991, p. 61, cit. en CONTRERAS AGUIRRE, Sebastián Antonio: «Ferrajoli y los derechos fundamentales». *Revista de La Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)*, 6, 2012, p. 122.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi: *Democracia y Garantismo*. Madrid: Trotta. 2008.

⁸⁷ MARÍN MARÍN, José: «La garantía de indemnidad del trabajador en el ejercicio...» (Bibl. cit.).

⁸⁸ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «Garantía de indemnidad y decisiones discrecionales...» (Bibl. cit.).

⁸⁹ Estas cuestiones se abordan en los Capítulos IV y V de la presente obra.

En cuanto a su blindaje, aspira a ser «universal, en un doble sentido»⁹⁰. El primero de estos sentidos afecta a la naturaleza de los perjuicios sufridos: la garantía de indemnidad no se limita a proteger frente al despido. A este respecto (y pese a que la garantía de indemnidad se haya conectado tradicionalmente con el Convenio núm. 158 de la OIT, que hace referencia exclusivamente a los supuestos de terminación de la relación laboral), ya la STC 14/1993 (que aludía al mismo convenio) dejaba claro que la protección correspondiente debía extenderse «a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial». El segundo sentido aludido hace referencia al derecho ejercitado por el trabajador: este no se limita a los supuestos vinculados al principio de igualdad de trato, como es el caso de las prohibiciones de represalias reflejadas en las diversas directivas comunitarias dictadas al efecto. En su lugar, se amplía la protección a cualquier otro derecho que sea ejercitado, incluso aunque no sea de naturaleza intrínsecamente laboral (sería el caso de la STC 55/2004, en que el derecho ejercitado se relacionaba con la propiedad intelectual).

No obstante, debe puntualizarse que la garantía de indemnidad solo protege algunas de las actuaciones del trabajador en defensa de sus derechos: en concreto, las acciones judiciales planteadas por el trabajador frente al empresario (si bien esto ha sido bastante matizado, como se señalará más adelante). Quedan al margen, por tanto, otros derechos fundamentales que pueden ser puestos en conexión con el mismo fin y que, a pesar de ello, se encuentran excluidos del ámbito de la garantía de indemnidad (el derecho a la huelga, a la libertad sindical, a la libertad de expresión, el derecho de reunión, etc.)⁹¹.

4.2 Garantía de indemnidad amplia y estricta. Singularización frente al resto de los derechos fundamentales

La locución garantía de indemnidad ha sido utilizada en referencia a la protección que merece el ejercicio de cualquiera de los derechos fundamentales. Ahora bien, esta forma de referirse a ella conlleva una trampa, ya que puede inducir a pensar que la garantía de indemnidad resulta en cierto modo distinta y ajena a dichos derechos y su ejercicio, que viene a arroparlos y

⁹⁰ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.), p. 30.

⁹¹ CABEZA PEREIRO, Jaime: «Derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador: la garantía de indemnidad». En: José Fernando Lousada Arochena y Matías Movilla García (coords.), *Derechos fundamentales y contrato de trabajo. Ias. Jornadas de Otoño de Derecho Social*, pp. 171-187. Granada: Comares. 1998. No referimos en esta ocasión a la garantía de indemnidad en su sentido estricto. Aclaremos las diferencias entre la concepción estricta y amplia de esta figura en el siguiente apartado.

sostenerlos como una capa protectora externa. Pero esta imagen conceptual es imprecisa, pues la garantía de indemnidad es absolutamente consustancial a esos derechos, se enraíza en el epicentro mismo del derecho fundamental.

Esto es así porque la propia fundamentalidad de estos derechos exige la certeza de que su ejercicio legítimo no conllevará perjuicios innecesarios. No en vano, la jurisprudencia constitucional ha establecido de forma contundente que «el legítimo ejercicio de un derecho fundamental nunca puede ser objeto de sanción»⁹². Lo contrario implicaría que podría resultar más cómoda la abstención que el propio ejercicio. Esto confrontaría con el fundamento mismo de tales derechos, que son considerados valores inherentes a la persona y que merecen ser respetados, conservados y protegidos, en tanto que encuentran la justificación de su existencia en la propia dignidad humana, como camino para alcanzar la libertad, la justicia y la paz⁹³.

Siguiendo esta lógica, se ha considerado que el ejercicio de tales derechos debe gozar de un respeto absoluto e, incluso, debe ser promovido. Mucho menos, por tanto, deberá encontrar obstáculos innecesarios e ilegítimos, como podrían ser perjuicios derivados para quien los ejercitase. En estos términos es, pues, como nace la denominada garantía de indemnidad: como elemento esencial y determinante de los derechos cuyo ejercicio viene a garantizar, previniendo que dicho ejercicio suponga la existencia de daños para su titular. A esto se ha denominado doctrinalmente «eficacia justificante» de los derechos fundamentales. Sin ella, resultaría bastante sencillo condicionar su ejercicio. De hecho, se puede sostener que en casi la totalidad de situaciones las reclamaciones judiciales derivadas de la vulneración de un derecho fundamental en el ámbito de una relación laboral se dirigen contra represalias adoptadas frente al ejercicio de tales derechos⁹⁴.

Como consecuencia de lo anterior, la garantía de indemnidad se ha predicado en relación con diversos derechos. En el ámbito de la jurisdicción social, uno de los más frecuentemente abordados ha sido el derecho a la libertad sindical. La jurisprudencia ha analizado reiteradas veces las consecuencias que el ejercicio de este derecho tenía para sus titulares, tratando de perseguir y poner coto a las limitaciones que podían aparecer. Sin ánimo de exhaustividad podría aludirse a la imposibilidad de que el ejercicio del derecho se traduzca en una

⁹² STC 11/1981.

⁹³ Así es como queda reflejada la concepción de los derechos fundamentales en el preámbulo de la DUDH.

⁹⁴ LOUSADA AROCHENA, José Fernando: «Represalias sindicales en acceso al empleo, y carga de su prueba. Comentario de la STC 183/2017, de 10 de septiembre». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, (2), pp. 139-148. 2009.

merma injustificada de derechos retributivos (la denominada indemnidad retributiva), a la imposibilidad de sufrir limitaciones a la hora de promocionar profesionalmente por el hecho de haber dedicado el trabajador una parte de su tiempo a la actividad sindical, etc.

Pero la libertad sindical no es el único derecho respecto del que pueden encontrarse pronunciamientos en el ámbito de la jurisdicción social tendentes a su protección. También debe hacerse alusión a otros derechos como el derecho a la huelga, a la libertad de expresión, a la libertad de comunicar información veraz, a la libertad ideológica, etc. Respecto de todos ellos, los tribunales se han visto obligados a pronunciarse una y otra vez para proteger el estatus jurídico de trabajadores y evitar así que sufrieran perjuicios a raíz del ejercicio del derecho o su manifestación pública.

Teniendo en cuenta todas estas situaciones, así como el hecho de que la prohibición de adoptar cualquier medida perjudicial para el trabajador se aplica al ejercicio de todos los derechos fundamentales, se ha llegado a plantear que existe una garantía de indemnidad de todos y cada uno de estos derechos. Sin embargo, utilizar indistintamente la misma denominación tanto para la protección que tienen todos los derechos fundamentales, como para la protección vinculada al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (como plantea, por ejemplo, Fernández López⁹⁵) puede provocar una confusión terminológica que induzca fácilmente al error. Por este motivo, se ha propuesto reservar el término garantía de indemnidad⁹⁶ para aquella relativa al derecho a la tutela judicial efectiva y, para referirse a la protección por el ejercicio del resto de los derechos, escoger otras opciones, tales como «inmunidad» o «indemnidad genérica»⁹⁷, o acompañarlas del adjetivo correspondiente (como sería el caso de la «garantía de indemnidad sindical»).

Ahora bien, los acuerdos terminológicos que se adopten no nos eximen de realizar un análisis propiamente conceptual y responder primero a la si-

⁹⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: «La garantía de indemnidad». *La Ley Digital*, 4099. 2010.

⁹⁶ La garantía de indemnidad vinculada a la tutela judicial efectiva ha sido denominada también de otras maneras, por ejemplo «indemnidad por litigiosidad», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias...» (Bibl. cit.), p. 649, o «garantía de indemnidad en sentido estricto», en ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.). En este trabajo optamos por emplear, simplemente, la locución «garantía de indemnidad», pues es la opción que goza de más acomodo.

⁹⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias...» (Bibl. cit.), p. 649. Aludiremos a esta necesidad de una protección universal para el ejercicio de los derechos fundamentales como «inmunidad», para distinguirla de la garantía de indemnidad propiamente dicha. Esta terminología ha permeado en la doctrina judicial, que ha terminado empleándola. En este sentido, entre otras muchas, véase la STSJ Andalucía/Granada 1456/2015, de 29 de junio, rec. 2352/2014 o la STSJ Cantabria 260/2016, de 15 de marzo, rec. 1065/2015.

guiente pregunta: ¿es la llamada inmunidad conceptualmente idéntica a la garantía de indemnidad (en sentido estricto)? ¿O, al contrario, existe alguna diferencia concreta entre ellas que permita afirmar la sustantividad propia de la garantía de indemnidad aquí estudiada?

Una primera pista que invita a intuir la naturaleza divergente de ambas es el hecho de que la garantía de indemnidad ha obtenido una cierta autonomía respecto del resto de supuestos en que concurre la inmunidad⁹⁸.

Por otra parte, hay que decir que, de forma generalizada, se ha señalado que la inmunidad es propia de todos los derechos fundamentales, siendo adjetiva de los mismos⁹⁹. De hecho, se ha entendido que el ejercicio efectivo de cualquier derecho depende de la protección jurisdiccional que se le otorgue. En consecuencia, la inmunidad tendrá la consideración de derecho adjetivo de todos los derechos del trabajador, fundamentales u ordinarios¹⁰⁰. Frente a ello, numerosos autores han postulado la naturaleza sustantiva de la garantía de indemnidad. Es el caso de Casas Baamonde¹⁰¹, Nogueira Guastavino¹⁰² o Mercader Uguina¹⁰³. Sin embargo, debe señalarse que no existe consenso científico en la materia, pues otros tantos autores han defendido el carácter adjetivo de la misma –es el caso de Valle Muñoz¹⁰⁴ o Alzaga Ruiz¹⁰⁵–, sustentándose en su «carácter netamente jurisdiccional»¹⁰⁶, lo que la colocaría en una posición similar al del resto de inmunidades.

Para responder a la cuestión que se nos plantea es necesario enfocar el análisis de la naturaleza de la garantía de indemnidad hacia su vinculación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. A este respecto, se parte

⁹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias...» (Bibl. cit.).

⁹⁹ NICOLÁS FRANCO, Alberto: «La garantía de indemnidad. Breve comentario con ocasión de la STC 265/2000, de 13 de noviembre». *Aranzadi Social*, 4, pp. 3045-3050. 2000.

¹⁰⁰ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: «La repercusión de la garantía de indemnidad en el marco de los derechos ciudadanos del trabajador». *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 236-237, pp. 8-20. 2010.

¹⁰¹ CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Tutela judicial efectiva y garantía...» (Bibl. cit.).

¹⁰² NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «El binomio “acción-reacción”...» (Bibl. cit.).

¹⁰³ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «La tutela judicial como derecho fundamental sustantivo: la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional». En: José Luis Gil y Gil, José Manuel del Valle Villar y Juan Antonio Sagardoy Bengoechea (Eds.), *El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, pp. 461-492. Madrid: Cinca. 2009.

¹⁰⁴ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

¹⁰⁵ ALZAGA RUIZ, Icíar: «Garantía de indemnidad del trabajador y extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 5, pp. 481-485. 2004.

¹⁰⁶ ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko: «La garantía de indemnidad en cuanto a construcción del Tribunal Constitucional y su contribución a la mejora del derecho de acción en el derecho jurisdiccional laboral». En: Juan Luis Gómez Colomer, Silvia Barona Vilar, María Pía Calderón Cuadrado (coords.) y Juan Montero Aroca (hom.), *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango: Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012, p. 651.

del siguiente supuesto paradigmático: trabajador que formula una demanda ante los tribunales y, posteriormente, se ve represaliado por dicho motivo. En este caso, el derecho se ejercita de forma absoluta, sin encontrar limitaciones. Es decir, el trabajador puede presentar la demanda, obtener un pronunciamiento favorable, formular los recursos que estime oportunos, solicitar la correspondiente ejecución, etc. El perjuicio se produce a continuación del ejercicio del derecho, una vez que este ha tenido lugar. De este modo, puede afirmarse que:

... la tutela no se produce frente a una injerencia ad intra del contenido del derecho, es decir, una lesión u obstaculización efectiva de su ejercicio, toda vez que el derecho de acceso a la justicia se satisfizo precisamente mediante la substanciación del proceso causante de la represalia subsiguiente¹⁰⁷.

En otras palabras, «no se trata de impedimentos que hayan obstaculizado el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que, al contrario, el ejercicio del derecho constituye precisamente el presupuesto de la reacción represiva»¹⁰⁸.

En estas circunstancias, se configura la garantía de indemnidad como:

... una especie de tutela preventiva (desde el punto de vista de la evitación de efectos disuasorios del acceso a la justicia) o reparadora (desde el punto de vista de la prohibición de represalias del ejercicio de derechos fundamentales al margen de las vicisitudes y resultados del proceso del que trae causa la conducta de represalia, ya que lo relevante es esta última en sí misma)¹⁰⁹.

Evidentemente, esta caracterización no es suficiente por sí misma para apreciar una sustantividad característica de la garantía de indemnidad, dado que no se trata de una cualidad exclusiva de la misma. Pueden encontrarse sin gran dificultad otros supuestos en que la lesión del derecho tampoco se produce en el momento de su ejercicio pleno, sino con posterioridad (como sería el supuesto del trabajador despedido tras afiliarse a un partido político, hacer uso de su libertad de expresión, etc.). No obstante, hay otra implicación que sí resulta indicativa para dilucidar la cuestión que nos ocupa.

Existen determinados derechos que, por su propia naturaleza, permiten deducir que nacieron con una cierta vocación horizontal (como la libertad sindical o el derecho de huelga). No resultaría razonable limitar el ejercicio de estos derechos a los supuestos en que el empleador sea la Administración: deben atañer también a las relaciones laborales mantenidas con sujetos privados.

¹⁰⁷ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.), p. 44.

¹⁰⁸ *Ibidem*, 52.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 59 y 60.

En cambio, no cabe duda de que el derecho a la tutela judicial efectiva inicialmente no se encontraba pensado para ser ejercitado frente a particulares. Este derecho fundamental es un derecho de naturaleza prestacional, que permite al ciudadano acudir a los tribunales y exigirles unos determinados servicios. Por lo tanto, se dirige *ab initio* frente a los poderes públicos y, en concreto, frente a aquellos órganos a los que se atribuye la potestad jurisdiccional, permitiendo exigir a estos el cumplimiento de una determinada obligación (de hacer), que tendrá virtualidad en el ámbito del proceso judicial.

Ahora bien, a diferencia de este derecho del que nace, la garantía de indemnidad sí que surte efectos frente a terceros, los particulares, a los que se puede exigir el cumplimiento de un deber de abstención o, si se quiere, de una obligación (de no hacer). Es decir, irradia al ámbito de unas relaciones en que los jueces y tribunales no toman parte directamente¹¹⁰. Precisamente en este punto radica una de las particularidades clave de la garantía de indemnidad. Pues, si bien deriva del derecho de acceso a los tribunales:

... se superpone a él llevándolo hasta sus últimas consecuencias, vedando, no solo los actos impeditivos, disuasorios o sancionadores del acceso a la justicia provenientes de los poderes públicos, sino también los menoscabos o perjuicios que pudieran irrogarse a quien ejerce tal derecho por parte de personas físicas o jurídicas privadas¹¹¹.

Es decir, a diferencia de otros supuestos de inmunidad, en cuyo caso «la garantía frente a represalias se desprende de forma natural del “derecho matriz”, sin incorporar nada nuevo a su contenido clásico»¹¹², la garantía de indemnidad se constituye como «una vertiente singular y con cierta autonomía»¹¹³ respecto del derecho del que nace, pues «supone la atribución al derecho a la tutela judicial efectiva de unos efectos en las relaciones entre particulares y fuera del proceso que antes le eran desconocidos»¹¹⁴.

Esto es lo que explica por qué la garantía de indemnidad, a pesar de mantener un fundamento común con la tutela judicial efectiva, haya requerido de la elaboración de un cuerpo doctrinal específico y de una afirmación expresa de su existencia y naturaleza por parte de la jurisprudencia constitucional. Y esto es también lo que apoya la conclusión de quienes sostienen la existencia de diferencias sustanciales entre la garantía de indemnidad y la inmunidad.

¹¹⁰ CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Tutela judicial efectiva y garantía...» (Bibl. cit.).

¹¹¹ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.), p. 58.

¹¹² *Ibidem*, p. 60.

¹¹³ *Ibidem*, p. 60.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 60.

Si se asume que no hay una diferencia sustancial entre ambas, la confusión terminológica podría tener consecuencias desafortunadas, en tanto que conllevaría su equiparación material. Así lo advierte, por ejemplo, Santiago Redondo¹¹⁵. El autor valora el resultado que surgiría si, para analizar la prohibición de adoptar represalias frente al trabajador que reclama frente a la empresa, se partiese de la doctrina relativa a la prohibición empresarial de sancionar el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores (es decir, que el supuesto se incardinase dentro de la inmunidad en lugar de la garantía de indemnidad). La conclusión alcanzada es que, pese a que ambas instituciones coinciden en el presupuesto de que debe haber relación entre la medida lesiva empresarial y el previo ejercicio del derecho fundamental, hay también una diferencia importante que marcaría escenarios resultantes distintos. En concreto, en el ámbito de la garantía de indemnidad, la mera conexión entre ejercicio de la acción y represalia ya implica la lesión del derecho; en cambio, en el caso de la inmunidad, no basta con la correlación temporal, sino que se exige además que exista un atentado efectivo contra el contenido del derecho, esto es, una interferencia funcional o material en el derecho fundamental sustantivo. Se exige, en otras palabras, que no solamente haya una intención de perjudicar al trabajador, sino que el perjuicio se produzca de hecho como consecuencia de las actuaciones realizadas.

No obstante, este planteamiento no constituye una respuesta definitiva a la cuestión, pues hay autores que no terminan de ver suficientemente sólida esta argumentación. Ha habido quien ha calificado la distinción en cuestión como artificial, planteando que cualquier desconocimiento de la garantía de indemnidad supondría, de forma indirecta, una lesión de los derechos laborales, tanto ordinarios como constitucionales (si bien partiendo de la consideración de la garantía de indemnidad como un derecho adjetivo de cada uno de esos otros derechos laborales)¹¹⁶. De modo que, tal y como ya hemos señalado al principio, la cuestión sigue sin estar resuelta definitivamente.

4.3 Evolución divergente respecto del derecho a la tutela judicial efectiva

En el epígrafe anterior hemos aludido a que, pese a vincularse con el derecho a la tutela judicial efectiva, la garantía de indemnidad ha motivado el

¹¹⁵ SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel: «Garantía de indemnidad o inejecución anticipada de Sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos (comentario a las SSTC 196, 197 y 199/2000)». *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, pp. 691-704. 2000.

¹¹⁶ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

desarrollo de un cuerpo doctrinal propio. En el presente apartado vamos a detenernos en esta cuestión, pues contribuye a arrojar luz sobre la naturaleza y la especificidad de esta figura.

Como se ha explicado, la garantía de indemnidad es definida por la jurisprudencia constitucional a partir del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, los primeros pronunciamientos del TC en los que es mencionada la vinculan necesariamente a ese derecho, a raíz de los perjuicios sufridos (generalmente, el despido) por algunos trabajadores tras acudir a la jurisdicción para hacer valer sus derechos. En este sentido, se ha señalado que:

El derecho de libre acceso a la jurisdicción entraña la prohibición de medidas coactivas, impeditivas o disuasorias que excluyan o condicionen el libre acceso a la justicia. Y dicha proscripción no se refiere solo a aquellos obstáculos que dificulten a priori el acceso a los jueces y tribunales, sino también a las sanciones o perjuicios que pudiera llevar aparejado a posteriori el recurso a la vía judicial¹¹⁷.

En estos casos, la jurisprudencia constitucional no incardina la lesión del derecho fundamental en el ámbito de la afectación de las garantías procesales o existencia de obstáculos al proceso, sino en «los posibles efectos disuasorios o inhibitorios del acceso a los órganos judiciales que pueden producir decisiones judiciales como la anulada, de forma que se viene a establecer así una especie de efecto preventivo de la tutela judicial efectiva»¹¹⁸.

No obstante, la garantía de indemnidad ha ido progresivamente trascendiendo esta inicial (y primaria) posición, entendiéndose que el derecho de acceso a los tribunales que merece ser tutelado no se limita al mero acto de interponer una demanda. Existen otras tantas actuaciones que, por su utilidad, y pese a resultar tangenciales al derecho (entendido en términos estrictos), pueden ser merecedoras de protección constitucional.

Un ejemplo son las actuaciones preceptivas previas (tales como la conciliación administrativa). A pesar de tratarse de actuaciones ajenas a una interpretación estricta del derecho, el TC consideró ya desde sus primeros pronunciamientos que eran merecedoras de la misma protección, pues de esta manera se lograba evitar que el empresario pudiera evadir la protección constitucional adelantándose a la interposición de la demanda (por ejemplo, apresurándose a despedir al trabajador durante la fase previa preceptiva).

Ahora bien, dicha protección se extiende mucho más allá de este tipo de actuaciones que, aunque no son estrictamente judiciales, sí siguen vinculadas

¹¹⁷ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.), pp. 55 y 56.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 57.

al proceso judicial. Nos referimos, por ejemplo, a las denuncias ante organismos públicos. El motivo es que, a pesar de no tener carácter jurisdiccional, pueden ser determinantes para el desarrollo posterior del proceso (o, incluso, para su evitación¹¹⁹). El supuesto prototípico son las denuncias ante la Inspección de Trabajo, a través de las que se pueden articular pasos convenientes y previos al acceso a la jurisdicción (de hecho, con bastante frecuencia las actas de la Inspección de Trabajo resultan fundamentales para acreditar los hechos sobre los que se fundamentan las pretensiones planteadas ante los tribunales)¹²⁰.

Del mismo modo, se han entendido merecedoras de protección constitucional las actuaciones que no persiguen acceder al proceso, sino precisamente lo contrario: es decir, evitarlo. Es el caso del trabajador que trata de evitar el litigio de forma amistosa acudiendo a otras vías tales como el diálogo previo con la empresa, etc. Estas vías resultan claramente beneficiosas, en tanto que aminoran la carga judicial y permiten la obtención de resultados relativamente armoniosos con las pretensiones contrapuestas de las partes en conflicto.

No cabe duda de que las actuaciones aludidas cada vez se alejan más del núcleo del derecho de acceso a la jurisdicción e, incluso, parecen dirigirse en una dirección opuesta (tratando de evitar su ejercicio). El TC ha emprendido un camino en el que, lejos de ceñir la protección constitucional a los actos nucleares del derecho, ha apostado por una interpretación claramente expansiva del mismo.

Esto es algo que ha reforzado indudablemente la posición de los trabajadores, que reciben protección constitucional en supuestos en los que una actuación judicial puede no ser inmediata. No obstante, también ha generado importantes inseguridades en cuanto a los límites de dicha protección. Precisamente en torno a estos límites es donde se encuentran los supuestos más novedosos y complejos de la garantía de indemnidad, que merecen ser estudiados en profundidad.

Además, esta evolución de la protección que supone la garantía de indemnidad también ha recibido importantes críticas, llegando a ser calificada como una «expansión desmesurada de la misma, sobrepasando sus límites o fronteras naturales y en especial su vínculo con el derecho a la tutela judicial efectiva»¹²¹.

¹¹⁹ Analizaremos este aspecto con más profundidad en el epígrafe destinado a analizar la «extensión de la protección a las actuaciones no jurisdiccionales a la luz de la STC 55/2004», incluido en el Capítulo IV, apartado 1.3.

¹²⁰ Por supuesto, también podría pensarse en otros tipos de denuncias públicas, a las que haremos referencia en el epígrafe referido a las «denuncias públicas extrajudiciales», incluido en el Capítulo IV, apartado 1.2.

¹²¹ ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.), p. 654.

Estas posturas se han reflejado también en algunos votos particulares de las distintas SSTC que han ido dando pasos en el ámbito de la garantía de indemnidad. Es el caso, entre otros, del voto particular formulado por el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas a la STC 16/2006. En este, manifestó su:

... preocupación intelectual respecto a la línea jurisprudencial que viene consolidándose en este Tribunal en cuanto a la garantía de indemnidad de los trabajadores, que prácticamente viene convirtiéndose en un derecho fundamental autónomo de éstos, cada vez más desvinculado del derecho fundamental propiamente dicho (en este caso el de tutela judicial efectiva) del que en cada caso concreto pueda manifestarse como contenido. En una línea evolutiva, de la que la actual Sentencia puede considerarse nuevo eslabón, se va alejando cada vez más la tutela de la llamada garantía de indemnidad del derecho fundamental sustantivo con el que dice conectarse.

Este voto particular se suma a la línea de otros anteriores, que han mostrado su preocupación ante lo que han considerado un riesgo de «trivialización» de los derechos fundamentales (voto particular formulado por el Magistrado don Pedro Cruz Villalón a la STC 191/1998)¹²².

En todo caso, resulta claro que hace ya bastante tiempo que el TC decidió que la garantía de indemnidad debía emprender su propio camino, en el que en ocasiones no debería andar cogida de la mano del derecho fundamental de acceso a los tribunales. Paradójicamente, parece que esta sería la mejor manera de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva ya que, sin duda, el establecimiento de unos mecanismos más garantistas permitirá una mayor efectividad del derecho ejercitado.

4.4 Dinamismo de la institución

Al igual que el resto de los derechos fundamentales, la garantía de indemnidad se encuentra en constante construcción, elaboración y desarrollo, siendo este dinamismo imprescindible para asegurar su propia efectividad.

A este respecto, cabe señalar dos posiciones que pueden poner en riesgo la propia efectividad de la garantía de indemnidad. Por un lado, la posición de considerar que la mera consagración de dicha garantía es suficiente para aca-

¹²² Alerta de este mismo peligro, en su comentario a dicha sentencia, MONTROYA MELGAR, Alfredo: «Un nuevo caso de interpretación desmedida del alcance de los derechos fundamentales: el enjuiciamiento de una cuestión retributiva desde la óptica de la libertad sindical». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Tomo XVI*, pp. 263-268. Madrid: Civitas. 1999.

bar con las represalias empresariales. Por otro lado, la intención de establecer límites rígidos a la misma, con el propósito de aclarar su ámbito conceptual. Estos límites pueden muy fácilmente suponer un freno a su evolución natural.

El primer aspecto tendría como resultado caer en lo que Ferrajoli denomina «falacia garantista, [esto es,] la idea de que basten las razones de un derecho bueno, dotado de sistemas avanzados y actuables de garantías constitucionales, para contener al poder y poner a los derechos fundamentales a salvo de sus desviaciones»¹²³. Esta consideración, que constituye «una tentación recurrente»¹²⁴ entre los juristas, no solamente es falsa, sino también peligrosa; y es que «tomar la imagen legal del ordenamiento por su funcionamiento real [induce a] mecerse en la ilusión de que el sistema jurídico es una representación del sistema político y social»¹²⁵. Se ha considerado que esta confusión de la normatividad de los derechos con su efectividad tiene origen en «la propia estructura garantista del estado de derecho»¹²⁶. Sin embargo, como apunta el propio Ferrajoli, «la experiencia enseña que ninguna garantía jurídica puede sostenerse exclusivamente sobre las normas [y que] un sistema jurídico, incluso técnicamente perfecto, no puede por sí solo garantizar nada»¹²⁷. Un buen ejemplo de lo anterior es la insuficiencia de la amplia regulación del principio de igualdad para asegurar la erradicación de situaciones efectivas de discriminación entre hombres y mujeres.

Sin duda, en el ámbito del Derecho del Trabajo la existencia de situaciones injustas puede verse agravada por el hecho de que las relaciones entre particulares no se producen en términos de absoluta horizontalidad, en tanto que el trabajador se encuentra sometido al poder directivo y organizativo del empresario. En este contexto, y en el marco de relaciones laborales cada vez más flexibles (especialmente en momentos de crisis económica, en los que tiende a acudir a este tipo de políticas laborales), la posición empresarial se hace cada vez más fuerte, pudiendo permitirse establecer condiciones laborales que se encuentran absolutamente alejadas del ámbito normativo vigente. A su vez, el trabajador con frecuencia se verá obligado a aceptar dichas imposiciones o, cuanto menos, se encontrará altamente mediatizado por las mismas. Abunda en lo anterior el «carácter *quasialimenticio* del crédito laboral»¹²⁸,

¹²³ FERRAJOLI, Luigi: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal... (Bibl. cit.), p. 941.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 941.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 941.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 941.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 942.

¹²⁸ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: «Un requisito previo para la igualdad en el proceso: la garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones como premisa para conseguir la igualdad real en el seno del proceso laboral». *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*.

viéndose obligado el trabajador a «inactuar aquellos derechos tan grandilocuentemente proclamados en el Ordenamiento»¹²⁹.

El segundo aspecto mencionado resulta igualmente determinante. Lejos de considerarse que el diseño técnico jurídico de estos derechos se encuentra resuelto de forma plena, lo cierto es que los numerosos cambios que vienen ocurriendo en los distintos ámbitos (económico, social, tecnológico, etc.) determinan que el debate dogmático sobre los derechos fundamentales y su efectividad en el ámbito de las relaciones de trabajo no pueda darse por finalizado. Al contrario, se encuentra en constante evolución. Asimismo, resulta habitual que dichos cambios no se incorporen a través de la revisión o actualización de los textos constitucionales (por su tradicional rigidez) sino a través de los mecanismos interpretativos (como sería, en el caso español, la jurisprudencia constitucional), así como a través del impacto que provoca en el ámbito interno la aprobación de los sucesivos textos legales de ámbito supranacional¹³⁰.

Este incesante flujo de cambios, tanto laborales como normativos, se suma al hecho de que la garantía de indemnidad (igual que los derechos laborales específicos) ya de por sí tiene una especial relevancia en el marco de las situaciones de conflicto. Esto provoca que, ante los intereses naturalmente enfrentados de las contrapartes de la relación laboral, continuamente traten de avanzarse posiciones con el objeto de vaciar de contenido los derechos de la otra parte o, al menos, aminorar los perjuicios que estos derechos puedan implicar para los propios intereses.

De este modo, resulta obvio que los empresarios con frecuencia tratarán de encontrar lagunas, espacios vacíos o puntos muertos a los que los derechos fundamentales de los trabajadores no puedan alcanzar. Esa constante búsqueda —que será tan amplia, profunda y variada como la propia creatividad humana— exigirá que, a su vez, los trabajadores se vean obligados a encontrar asideros en los que sustentar los avances de sus propios derechos. En definitiva, podemos concluir que la protección de la garantía de indemnidad tiene un contenido dialéctico, no definido, en constante crecimiento, en tanto que confronta con la inabarcable imaginación represiva empresarial.

En estas condiciones, el establecimiento de un límite rígido a dicha garantía implicaría que al instante posterior las lesiones se desarrollarían inmediatamente a partir del mismo. Por lo tanto, puede apreciarse que la propia vigencia de la garantía de indemnidad, así como del resto de derechos funda-

Actas del XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lleida, 29 y 29 de mayo de 2004, Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. 2005, p. 1209.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 1209.

¹³⁰ CRUZ VILLALÓN, Jesús. «Oportunidades y desafíos de los derechos...» (Bibl. cit.).

mentales, exigirá su continuo desarrollo, al objeto de asegurar que la identificación de espacios de impunidad pueda desembocar inmediatamente en su neutralización y desaparición. No obstante, dicha evolución deberá ser igualmente cuidadosa, para evitar que quede desbordado el contenido propio de los derechos fundamentales, y de esta manera dichos derechos resulten banalizados.

En el marco de la garantía de indemnidad, esta evolución se puede apreciar con bastante nitidez. Ya hemos señalado que mientras que los primeros pronunciamientos del TC hacían referencia a la necesidad de proteger las actuaciones judiciales en sentido estricto, en los pronunciamientos posteriores la tutela se ha ido ampliando paulatinamente a otras actuaciones tales como las denuncias ante la Inspección de Trabajo o las reclamaciones privadas, alcanzando así posiciones que en un primer momento eran inimaginables. Exactamente igual ocurrirá en cuanto a su ámbito subjetivo, tanto en el lado de los sujetos que merecen protección, como en el de aquellos que provocan la represalia¹³¹.

Existe, finalmente, un último aspecto que merece ser destacado y que, sin duda alguna, ha contribuido a la progresiva expansión de la garantía de indemnidad.

Partiendo del tradicional conflicto entre capital y trabajo, resulta previsible que cada una de las partes acuda a los medios que tenga a su disposición para hacer valer su posición. A este respecto, hay que recordar que la reivindicación de unas mejores condiciones laborales tradicionalmente se realizaba mediante las herramientas colectivas, que se articulaban principalmente a través del ámbito sindical y de los derechos de manifestación o huelga. Sin embargo, en la actualidad asistimos a un progresivo debilitamiento de la fuerza colectiva de los trabajadores, lo cual puede observarse claramente en la disminución de la afiliación sindical (vinculada al descrédito de organizaciones sindicales, a la individualización de las relaciones sociales, así como a la atomización de las relaciones laborales¹³²). La paulatina difuminación de los sujetos sindicales y la notable reducción de las luchas obreras implica que los trabajadores se encuentran cada vez más solos en sus enfrentamientos con los empresarios. En este contexto, la garantía de indemnidad encuentra su espacio natural como mecanismo de defensa, pues constituye una herramienta individual que viene a cubrir las necesidades que antes se satisfacían a través de los me-

¹³¹ Todas estas situaciones y sus perspectivas de evolución serán analizadas y comentadas a lo largo del presente trabajo.

¹³² ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «La “atomización” del trabajo». *Página abierta*, núm. 249-250, marzo-abril, pp. 47-49. 2017.

canismos colectivos. Por ello, la consecuencia más previsible es que esta institución jurídica continúe expandiéndose.

5. FUNDAMENTO AXIOLÓGICO

A continuación, se estudia la garantía de indemnidad en el contexto de su interconexión con el resto de los derechos fundamentales. Asimismo, se analiza su vinculación con el derecho a la dignidad en el ámbito laboral. Para esto último, se enfoca su doble vertiente, reparadora y preventiva.

5.1 Relación con otros derechos

Como venimos insistiendo, la institución de la garantía de indemnidad está vinculada primordialmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, esto no significa que esté aislada del resto del ordenamiento jurídico. Muy al contrario, en numerosas ocasiones podemos encontrar su interconexión con otros derechos fundamentales. Este hecho, no obstante, implica que deberá analizarse con detenimiento el derecho fundamental que se considera vulnerado en cada supuesto. Llevar a cabo este discernimiento es una tarea que a menudo no resulta nada sencilla.

La clave esencial radica en no confundir la represalia adoptada contra la garantía de indemnidad del trabajador (es decir, una represalia motivada por la existencia de una reclamación en defensa de un derecho concreto, fundamental o no), con aquella otra actuación lesiva adoptada contra cualquier otro derecho fundamental o en represalia contra su ejercicio. En este último caso, la protección en el ámbito del derecho fundamental concreto absorberá a la que pudiera derivarse de cualquier tipo de actuación reivindicativa del trabajador¹³³.

Así, en caso de existir represalias frente a reclamaciones, no puede caerse en el error de acudir automáticamente a la tutela de la garantía de indemnidad, ya que esta puede no constituir el fundamento de la protección en determinados supuestos. Es el caso, por ejemplo, de las represalias adoptadas frente a las reclamaciones formuladas por un delegado sindical: si se considera que la reclamación se incardina dentro la acción sindical de dicho delegado, merecerá protección al amparo del derecho fundamental a la libertad sin-

¹³³ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: «La repercusión de la garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

dical (art. 28.1 CE)¹³⁴. Una resolución idéntica tendría que adoptarse en el supuesto de que un representante sindical fuese discriminado por el hecho de serlo: en este caso, el derecho fundamental vulnerado sería igualmente el regulado en el art. 28.1 y no el del art. 14 CE. Asimismo, un representante sindical sancionado por hacer uso de su libertad de expresión para articular una denuncia en materia laboral encontraría protección en el ámbito del art. 28.1, y no en el del 14, ni en el 20.1.a CE¹³⁵.

A la misma conclusión puede llegarse con respecto a aquellas reclamaciones vinculadas a la protección del principio de igualdad. En este particular, se han dictado numerosas normas que han establecido una amplia protección para aquellos trabajadores que dirigen una reclamación a la empresa. La protección en el ámbito de este principio es muy anterior al nacimiento de la doctrina acerca de la garantía de indemnidad, habiendo gozado ya antes de su aparición de un amplio desarrollo normativo y jurisprudencial. Su proceso de evolución, si bien se encuentra ceñido al ámbito del principio de igualdad de trato, sin duda ha abierto un camino que posibilita establecer pautas de desarrollo futuro también de la garantía de indemnidad.

En cuanto a su sustento normativo, la prohibición de represalias derivadas del ejercicio de derechos fundamentales distintos del derecho de acceso a la jurisdicción tiene sus orígenes en el ámbito del principio de igualdad. Recordemos la regulación contenida en la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, a la que ya hemos hecho mención anteriormente¹³⁶.

De lo anterior se extrae la existencia de una *vis attractiva* de los derechos fundamentales sustantivos, no exclusivamente respecto de las represalias soportadas por su ejercicio, sino también por las lesiones que se originan en otros

¹³⁴ De igual manera, no debe caerse en el error de enmarcar en el ámbito de la libertad sindical a las reclamaciones formuladas por los representantes unitarios de los trabajadores, cuyas reclamaciones merecerán protección al amparo de la institución que aquí analizamos. Al respecto, véase SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, y FOLGOSO OLMO, Antonio: «Extensión de la doctrina de la discriminación por asociación a otros derechos fundamentales: STSJ de Las Palmas de Gran Canaria-SOC núm. 882/2019, de 29 de agosto». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6. 2019.

¹³⁵ En cuanto a la libertad de expresión como instrumento de la función representativa, se ha señalado el efecto expansivo de dicha libertad sería prácticamente equiparable a la de los profesionales de la información. Al respecto, véase SÁEZ LARA, Carmen: «Libertad de expresión de los trabajadores, tutela internacional y protección en España de los *whistleblowers*». *Temas Laborales*, núm. 145. 2018, p. 272.

¹³⁶ En concreto, en el Capítulo II del presente trabajo, apartado 1.2.

derechos fundamentales conexos (es el caso ya señalado de la libertad de expresión utilizada como herramienta sindical) ¹³⁷.

Por el mismo motivo, y siguiendo esta misma doctrina, cuando el derecho fundamental sustantivo es la prohibición de sufrir represalias por formular una reclamación frente a la empresa, podrán actuar como funcionales de ese derecho otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la libertad de expresión, el derecho a comunicar información veraz o el derecho no ser discriminado. Así, un despido adoptado por los términos concretos en que se plantea una reclamación frente a la empresa no deberá encontrar protección en la libertad de expresión, sino en la garantía de indemnidad ¹³⁸.

Esto será así salvo que la reclamación formulada verse sobre una materia vinculada a otro derecho fundamental, en cuyo caso la doctrina constitucional ha sido la de atender al derecho distinto de la garantía de indemnidad. Se considera de esta manera que la vulneración de la indemnidad queda subsumida en el derecho fundamental sustantivo tutelado, cuando es otro distinto ¹³⁹.

No obstante, debe reconocerse que esta posición inicial no es inconcusa, pues existen pronunciamientos en los que se ha adoptado un criterio distinto ¹⁴⁰. Es el caso de la STC 5/2003 ¹⁴¹, en que se represalió a unas trabajadoras tras reclamar judicialmente en defensa de su derecho a no ser discriminadas por razón de sexo (art. 14 CE). Tras obtener un pronunciamiento favorable, la empresa adoptó la decisión de recurrir la sentencia, así como de comunicarles que iban a ser trasladadas. Las trabajadoras formularon solicitud de ejecución provisional, que fue estimada, con lo que se acordó dejar sin efecto la orden de traslado. La empresa, tras reponer a las actoras a su centro de trabajo de origen, les impuso nuevamente el traslado, por lo que las trabajadoras le solicitaron al órgano judicial que acordase requerir a la empresa para continuar abonando

¹³⁷ Uno de los supuestos ilustrativos de lo anterior es el caso de una trabajadora víctima de violencia de género que es despedida por ausentarse del trabajo para testificar en un juicio (asunto resuelto por la SJS 33 de Madrid de 24 de enero de 2018). En este supuesto, y si bien podría aludirse a la protección que merece dicha actuación de la trabajadora (ya sea en el ámbito de la garantía de indemnidad, ya sea en el del derecho a comunicar información veraz), finalmente se resolvió con fundamento en las normas que proscriben la discriminación, como señala ROJO TORRECILLA, Eduardo: «Protección radical de la trabajadora víctima de violencia de género, despedida por dicho motivo aunque no sea esta la alegación empresarial. Una nota a la sentencia del JS núm. 33 de Madrid de 24 de enero de 2018». *Eduardo Rojo Torrecilla*. <https://cutt.ly/uyegCgw>. Publicado el 09.02.2018. Recuperado el 17.05.2020.

¹³⁸ STC 55/2004.

¹³⁹ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «La tutela del trabajador frente a represalias...» (Bibl. cit.).

¹⁴⁰ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

¹⁴¹ Al respecto, véase MONTOYA MELGAR, Alfredo: «Sanción disciplinaria, ejecución de sentencia y tutela judicial efectiva. Comentario a la STC 5/2003, de 20 de enero». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XXI*, pp. 27 y siguientes. Madrid: Civitas. 2004.

sus retribuciones, sin obligación por parte de las trabajadoras de continuar la prestación de servicios. Pese a que el órgano judicial accedió a dicha petición, la empresa les impuso una sanción por no reincorporarse al trabajo, contra la que las actoras recurrieron, entendiéndose finalmente el TC que dicha sanción vulneraba su garantía de indemnidad.

Es cierto que, en este caso, la posición final del TC a favor de amparar tal situación en el ámbito de la garantía de indemnidad –y no del derecho a no ser discriminadas– se fundamenta en las particulares circunstancias del asunto concreto. La empresa adoptó una represalia tras acudir las trabajadoras a la defensa de sus derechos en el ámbito de la ejecución provisional, con lo que la lesión del derecho a no ser discriminadas se va difuminando progresivamente y la balanza se termina inclinando en favor de la garantía de indemnidad. Sea como sea, lo cierto es que este caso permite apreciar lo difusa que puede ser la línea que separe ambos derechos.

Otro caso destacable en que podemos observar cómo la lesión de un derecho fundamental se entremezcla con un intento por combatir la actuación obstructiva de las previas resoluciones judiciales y, con ello, por «hacer inefectiva una tutela judicial conseguida»¹⁴², queda reflejado en la STC 87/2004. Esta sentencia aborda el supuesto de una trabajadora que, tras formular demanda frente al Ayuntamiento para el que trabajaba, se ve preterida por este motivo en un posterior proceso de selección para el empleo. La resolución señalada entiende lesionada la garantía de indemnidad de la trabajadora, si bien no se queda ahí, y extiende igualmente el amparo al principio de igualdad, pese a que considera que esta vulneración «no constituye en este caso sino una consecuencia» derivada de la garantía de indemnidad. En este sentido, señala que:

Cuando la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad se materializa a través de la preterición de uno de los candidatos en un proceso selectivo de naturaleza competitiva para el acceso a un empleo público [...], ello implica necesariamente la vulneración, también, del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, dado que frente a los criterios objetivos y razonables previamente considerados para deshacer el empate se opta por un criterio diferente, vulnerador de los derechos fundamentales de uno de los candidatos y, en consecuencia, arbitrario y discriminatorio.

Por último, también debe hacerse mención a la STC 182/2005, que aborda el supuesto de una trabajadora que, tras su triple maternidad sucesiva, fue dis-

¹⁴² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio de poder disciplinario». *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2. 2003, p. 17.

criminada laboralmente a través de numerosas vías (cambio de puesto injustificado, desconsideración a su trabajo, etc.). En dicha sentencia se refleja que la trabajadora remitió también una carta a la empresa anunciando su voluntad de hacer efectivos sus derechos, incluso judicialmente. El TC reconoce que dicha actuación podría dar lugar, «en una consideración autónoma», a apreciar la vulneración de su garantía de indemnidad, al tratarse de una actuación muy similar a la protegida por la STC 55/2004. No obstante, concluye que no será preciso dicho examen por apreciar que los perjuicios que siguieron a dicha actuación se conectan con la vulneración del derecho a no ser discriminada. De esta forma, se considera superfluo el análisis acerca de la existencia de una vulneración de la garantía de indemnidad, ante los nítidos elementos concurrentes que conducen a apreciar una actuación discriminatoria. En este caso, pues, y frente a los anteriores, se opta por desechar la afectación de la garantía de indemnidad ante claras lesiones de otros derechos fundamentales. No podemos dejar de señalar que la posición que acabamos de exponer resulta claramente criticable, en tanto que podría parecer que la postura del TC ha sido la de ubicar este derecho en una posición subalterna del resto de derechos fundamentales.

Y eso es, precisamente, lo que constituye uno de los principales argumentos en cuanto a la necesidad de extender la tutela a las reclamaciones presentadas por el trabajador: no debe considerarse que la protección constitucional solo se produce cuando se ejercita una acción vinculada a otro derecho fundamental, porque esa actuación ya se encuentra protegida por ese otro derecho fundamental, como ya se ha señalado.

Por otra parte, se ha considerado que tratar de diferenciar nítidamente entre la lesión de un derecho fundamental y la lesión de la garantía de indemnidad con el objetivo de hacer prevalecer a una de ambas puede en ocasiones equivaler a:

... una distinción hasta cierto punto artificial si se tiene en cuenta que el propio conjunto de derechos laborales, tanto ordinarios como constitucionales, depende, en su ejercicio, de la eficaz garantía de protección jurisdiccional o si se quiere, del acceso a la tutela judicial efectiva¹⁴³.

¹⁴³ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La prohibición de discriminar al trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario: la garantía de indemnidad». *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales. Actas del XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lleida, 29 y 29 de mayo de 2004*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. 2005, p. 1226.

Por lo señalado, parece que la solución trasciende la obligación de seleccionar en exclusividad el derecho fundamental lesionado y debe considerarse que la actuación empresarial puede tener efectos plurilesivos, que justificaran un análisis holístico de la vulneración¹⁴⁴.

Este es el criterio adoptado por la doctrina del TJCE, primero, y del TJUE, después, con fundamento en tres resoluciones que permiten diseñar la estructura completa de esta doctrina.

La primera es la STJCE de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84, caso Johnston, que hace referencia al principio de control jurisdiccional efectivo¹⁴⁵. El supuesto de hecho refiere a una agente de policía del Reino Unido. La normativa vigente preveía que los policías no portarían armas de fuego en el ejercicio de sus funciones, pero, tras los numerosos atentados sufridos en Irlanda del Norte, no se podía mantener esta práctica. La consecuencia fue que se permitió a los agentes de policía portar armas de fuego, pero no así a las mujeres, que no recibirían adiestramiento para ello ni serían equipadas. A raíz de esto, se consideró que el número de mujeres policía en activo era suficiente para cumplir las tareas específicas que se confiaban específicamente a esos efectivos. En consecuencia, se acordó que en adelante solo se contrataría (o se renovarían contratos) a mujeres cuando fuese necesario para cumplir las tareas reservadas a estas, lo que ocurría en supuestos muy reducidos. Como consecuencia de lo anterior, la trabajadora, que hasta la fecha había cumplido eficazmente las tareas asignadas, vio sin renovar su contrato. En consecuencia, inició acciones judiciales contra dicha actuación por considerarla discriminatoria.

El TJCE comienza señalando que el art. 6 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al em-

¹⁴⁴ En este mismo sentido se pronuncia MOREIRA DELGADO, si bien en relación con otros derechos, al establecer que «si se quiere hacer un abordaje verdaderamente omnicompreensivo del despido vulnerador de derechos fundamentales, no se puede disociar o aislar el derecho eventualmente en juego de los derechos a la tutela judicial efectiva (24.1 CE), a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE) y al trabajo (art. 35.1 CE). Todos ellos convergen para la solución más adecuada del problema. Todos ellos dialogan entre sí y la garantía de indemnidad surge como un resultado práctico de ese diálogo»: MOREIRA DELGADO, Ubiratan: *Derecho al trabajo y garantía de indemnidad...* (Bibl. cit.), p. 288.

¹⁴⁵ Al respecto, se ha señalado que la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 47 CDFUE desarrolla «una función determinante en la tutela y protección de las demás situaciones jurídico-subjetivas reconocidas [...]. La proclamación de cualquier derecho, fuere cual fuere su contenido sustancial, sin la previsión de instrumentos jurídicos dirigidos a asegurar su efectividad, vacía de todo sentido ese reconocimiento y hace de ese derecho una mera declaración de principios, cuyo respeto descansa en la buena voluntad de los poderes públicos». MILIONE FUGALI, CIRO: «La interpretación del art. 47 CDFUE...» (Bibl. cit.), p. 657.

pleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, establece que:

Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato [...] pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes.

A raíz de dicha norma, se concluye que «los Estados miembros están obligados a adoptar medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de la Directiva y a hacerlo de tal manera que las personas afectadas puedan invocar efectivamente los derechos así conferidos ante los tribunales nacionales», vinculando el control jurisdiccional referido con los arts. 6 y 13 de la Directiva, relativos al derecho a un proceso equitativo y al derecho a un recurso efectivo, respectivamente (estando ambos derechos recogidos en el CEDH).

La segunda es la STJCE de 22 de septiembre de 1998, asunto C-185/1997, caso Coote, que analiza la aplicabilidad del citado principio de control jurisdiccional efectivo cuando tiene lugar una represalia adoptada contra una reclamación judicial en defensa del principio de igualdad y de su derecho a no ser discriminado por razón de sexo.

En esta ocasión, el TJCE vuelve a deducir del ya citado art. 6 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, el principio de control jurisdiccional efectivo, que describe como:

... la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que está igualmente consagrado por el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

En virtud de este principio, afirma que «todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo ante el órgano jurisdiccional competente contra aquellos actos que, en su opinión, vayan en contra de la igualdad de trato entre hombres y mujeres prevista por la Directiva». Por lo tanto, razona que dicho principio:

... quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que [...] puede llegar a adoptar un empresario como reacción a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales con el objeto de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato.

Por todo lo expuesto, se termina concluyendo que la actuación empresarial debe encontrar protección al amparo del principio de control jurisdiccional efectivo –que en este caso se conecta con el principio de igualdad de trato.

Por último, hemos de citar la STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, caso Hakelbracht y otros, que de nuevo regresa sobre el principio de control jurisdiccional efectivo en el caso de actuaciones lesivas de otros derechos, haciéndolo aplicable a supuestos en que no se ha ejercitado una previa reclamación judicial en defensa de los mismos.

En este caso, la demandante era gerente de una de las oficinas de la empresa. Ostentando esta condición, entrevistó a una aspirante para un puesto de trabajo. En dicha entrevista, la aspirante manifestó encontrarse embarazada. Pese a ser considerada una candidata idónea, la empresa descartó a la aspirante exclusivamente por hallarse en estado de gestación, lo que la demandante comunicó a la solicitante de empleo. Esta interpuso una queja ante el Instituto Belga para la Igualdad entre Hombres y Mujeres. Dicho Instituto lo comunicó a la empresa que, a su vez, reprochó a la actora ser la causante de dicha reclamación y la despidió, con fundamento en otras causas, que se demostraron inciertas.

Esta sentencia extiende el principio de control jurisdiccional efectivo a supuestos en que no se ha ejercitado una acción judicial previa en sentido estricto, siendo la actuación protegida una reclamación, sea formal o informal, en defensa de los intereses propios o de terceros. El TJUE apunta a que lo contrario implicaría infundir desaliento a la posibilidad de que los trabajadores pudieran ejercitar sus derechos fundamentales.

En este punto se encuentra una de las claves determinantes para resolver los principales interrogantes que surgen en cuanto a las fronteras de la garantía de indemnidad. No puede olvidarse que, si bien las sentencias comentadas se conectan todas con el principio de igualdad y no discriminación, su fundamentación jurídica (en concreto, su referencia a los arts. 6 y 13 del CEDH) no se sustenta necesariamente en tal principio. Por tanto, extienden la aplicación de la protección referida a todo tipo de derechos, incluso a aquellos de naturaleza ordinaria.

5.2 Relación con la dignidad humana

La jurisprudencia constitucional ha vinculado de manera clara la garantía de indemnidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, especialmente tras percatarse de lo susceptible que es este último de verse afectado por

aquellos sujetos que ostentan una condición predominante respecto de los titulares del derecho¹⁴⁶. Por este motivo, se ha considerado que la garantía de indemnidad ha tenido una especial incidencia en el ámbito del contrato de trabajo, como consecuencia de la superioridad inicial de la posición empresarial¹⁴⁷.

Sin embargo, la fundamentación axiológica de la garantía de indemnidad no se encuentra exclusivamente en el ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino también en otro valor constitucional: la dignidad de la persona (en consecuencia, también del trabajador)¹⁴⁸. Este derecho, que se encuentra previsto en el art. 10 CE, es considerado uno de los fundamentos del orden político y de la paz social¹⁴⁹, por cuanto implica toda una «cultura de derechos, de tolerancia, de debate abierto y de participación activa de los individuos y de los grupos en que aquellos se organicen»¹⁵⁰. La exigencia de respeto a la dignidad de la persona se dirige al objeto de «facilitar y garantizar el desarrollo integral de la persona y el ejercicio real y efectivo de su libertad, su autodeterminación y autorrealización»¹⁵¹; ese es el motivo por el que podemos encontrar impregnado de ella el derecho privado.

Por su fundamental importancia, el TC también ha hecho mención a la dignidad humana en distintas ocasiones. Ha aludido a ella como a «un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás»¹⁵², o en términos de «el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno»¹⁵³. Asimismo, ha señalado que la dignidad, al contrario

¹⁴⁶ SEGALÉS FIDALGO, Jaime: «Las garantías de indemnidad frente a los poderes...» (Bibl. cit.).

¹⁴⁷ MARÍN MARÍN, José: «La garantía de indemnidad del trabajador en el ejercicio...» (Bibl. cit.).

¹⁴⁸ A esta posibilidad ya hacía referencia ÁLVAREZ ALONSO, hace más de quince años, en una reflexión que, llamativamente, no ha perdido un ápice de vigencia. En esta, apostaba por la necesidad de recuperar «la vieja aspiración de humanizar el trabajo asalariado»: ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «¿Garantía o garantías de indemnidad? Los diversos cauces de tutela del trabajador frente a represalias del empresario». *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 269-270, 2005, p. 71.

¹⁴⁹ URESTE GARCÍA, Concepción Rosario: «Ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en la declaración de nulidad del despido disciplinario. Puntos críticos». En: *Encuentro de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con Magistrados/as de lo Social*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 2017.

¹⁵⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, y CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Derecho de las relaciones laborales y Constitución...» (Bibl. cit.), p. 1169.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² STC 53/1985.

¹⁵³ STC 192/2003.

que otros derechos fundamentales, no puede resultar afectada por la existencia de la relación laboral, debiendo:

... permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre [...], constituyendo, en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menoscabo para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona ¹⁵⁴.

Uno de los fundamentos filosóficos de los derechos humanos que se han destacado en los distintos textos internacionales ha sido su papel a la hora de constituirse como leyes de los más débiles frente a la ley del más fuerte, característica del estado de la naturaleza, donde los derechos no tienen cabida ¹⁵⁵. Por este motivo se establece la definición de derechos fundamentales, frente a la de otras situaciones jurídicas, como «aquellos derechos cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad» ¹⁵⁶.

Esto resulta especialmente relevante en el ámbito del trabajo; pues, como ya hemos señalado, las relaciones laborales se caracterizan de partida por la existencia de una subordinación jerárquica. Precisamente por ello resulta tan fundamental la promoción de valores como la dignidad de la persona en este contexto –porque la persona, en su condición de trabajadora, se debe considerar más que como mera fuerza de trabajo: «más allá de la relevancia económica del trabajo, la persona que trabaja ya no es un mero productor al servicio del sistema productivo, sino un ciudadano dotado de derechos y responsabilidades» ¹⁵⁷. Por este motivo hay que velar porque una relación de trabajo no se traduzca jamás en la degradación de la persona, ni en la limitación de determinados aspectos que se encuentran directamente vinculados con su dignidad. Esta necesidad es la que explica que el respeto a la consideración de una persona debida a su dignidad se encuentre positivizado como derecho en el art. 4.2.e ET. Y es también la causa que ha motivado toda una construcción doctrinal sobre el tema, cuya conclusión principal es que un trabajador no puede verse despojado de sus derechos por introducirse en el ámbito de una relación laboral.

¹⁵⁴ STC 120/1990.

¹⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi: «Derechos fundamentales, democracia...» (Bibl. cit.).

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi: «Derecho y razón. Teoría del garantismo penal...» (Bibl. cit.), p. 908.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, y CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Derecho de las relaciones laborales y Constitución...» (Bibl. cit.), p. 1169.

En las sociedades democráticas, esto no se traduce exclusivamente en la necesidad de que se vean respetados los derechos fundamentales de las personas que se sitúan en el ámbito de una relación laboral, sino también en la necesidad de que estos se vean potenciados y promocionados. Por ello, no basta con el mero reconocimiento de los derechos fundamentales, sino que debe aspirarse a que estos se desplieguen en su plenitud. Esto es lo que permitirá que el trabajo se convierta en un espacio de desarrollo personal y humano. En esta línea es donde hay que ubicar la Carta Social Europea (revisada), que, en su artículo rubricado «Derecho a la dignidad en el trabajo» establece el compromiso de las partes firmantes:

... a promover la sensibilización, la información y la prevención por lo que respecta a actos censurables o explícitamente hostiles y ofensivos dirigidos de manera reiterada contra cualquier trabajador en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo, y a adoptar todas las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores contra dichas conductas (artículo 26.2).

Resulta imprescindible que el trabajador encuentre en su lugar de trabajo un espacio en el que pueda expresarse con libertad, relacionarse socialmente, sentirse integrado, etc.¹⁵⁸. Al contrario, un espacio donde el trabajador se encuentre aislado y apartado de la toma de decisiones, o encuentre limitaciones para expresarse con libertad, difícilmente permitirá que pueda desarrollarse en condiciones aceptables. A este efecto, debe recordarse que «el trabajo es un elemento básico de la vida social y económica de las personas y el principal modo de vida de la mayoría de la gente, el principal instrumento de integración social»¹⁵⁹. Por todo ello, no puede restarse importancia al valor de la dignidad en el ámbito de las relaciones laborales, pues así es cómo se contribuirá a la promoción humana de los integrantes de la prestación de servicios –e, incluso, a un óptimo desarrollo empresarial.

Un espacio de relaciones humanas en el que el trabajador se vea atemorizado ante la posibilidad de expresarse en libertad, de compartir sus preocupaciones o inquietudes, etc., no podrá considerarse un espacio apto para el desarrollo humano. En otras palabras, difícilmente puede considerarse un espacio

¹⁵⁸ Un interesante análisis de la conexión de la dignidad humana con la necesidad de un trabajo decente, especialmente en el ámbito femenino, se encuentra en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina: «Trabajo femenino: la desigualdad como factor de precariedad». En: Carlos Ramón Fernández Liesa y Castor Miguel Díaz Barrado (dir.), y Diana Marcela Verdiales López (coord.), *El trabajo decente y las aportaciones de la Comunidad Internacional*, pp. 113-128. Editorial Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria. 2020.

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, y CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Derecho de las relaciones laborales y Constitución...» (Bibl. cit.), p. 1170.

digno aquel en el que una persona puede percatarse de la existencia de desigualdades, fallos o errores, sin tener la facultad de denunciarlos o interesarse por su corrección, viéndose obligada a asumirlos (incluidas las consecuencias negativas que puedan derivar para ella misma). Es claro que la apuesta del legislador no ha sido ni mucho menos por el control obrero de la producción, ni por la cogestión de la empresa¹⁶⁰. Pero esto no puede interpretarse tampoco como que la existencia del obrero en el centro de trabajo deba limitarse exclusivamente a la aportación de fuerza de trabajo, en términos similares a aquellos en que tradicionalmente se situaba a los animales de carga, privados de toda capacidad de reflexión y contestación a las exigencias empresariales.

En este sentido, pueden identificarse dos vertientes fundamentales de la dignidad humana que se manifiestan en el ámbito de las relaciones laborales. Por un lado, se sitúa la posibilidad de los trabajadores de tomar conciencia de su propia entidad, diferenciada respecto de la empresa, y exponer planteamientos propios frente a su empleador –que no tienen por qué coincidir, ni tampoco tienen por qué ser necesariamente del agrado de este. Por otro lado, y dando un paso más, está la facultad de rechazar las exigencias empresariales y hacer valer sus propios derechos en contraposición con las demandas de su empleador, dando lugar así a la existencia de conflictos de intereses. En estas circunstancias (y en vinculación a la nota de dependencia propia de las relaciones laborales, que otorga al empleador amplias potestades organizativas y disciplinarias), se debe tratar de evitar «que los trabajadores caigan, por temor a represalias empresariales, en eso que antes se ha denominado inhibición ante la justicia, esto es, el aquietamiento o la pasividad ante situaciones injustas»¹⁶¹.

En numerosas ocasiones, sin embargo, las relaciones laborales se alejan sustancialmente de ese ideal. Resulta demasiado frecuente que, tras la formulación de una reclamación contra el empresario, las relaciones laborales quedan afectadas y ya no funcionan de la misma manera, por lo que habitualmente se considerará más conveniente la resolución del contrato. Esta conclusión beneficia fundamentalmente al empresario (y, especialmente, al incumplidor), en tanto que conduce a que ningún trabajador que quiera conservar su puesto de trabajo se atreva a pleitear, o se lo piense en mayor medida. Obviamente se trata de una percepción con la que es deseable acabar¹⁶².

¹⁶⁰ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020.

¹⁶¹ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.), p. 69.

¹⁶² GARCÍA NINET, José Ignacio; BARBANCHO TOVILLAS, Fernando, y BARCELÓ FERNÁNDEZ, Jesús: «Por causa del ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical nadie tiene que sufrir daños o represalias que atenten contra este derecho fundamental. La garantía de indemnidad en clave sindical en la

En resumen, que un trabajador sufra una represalia por el ejercicio de sus derechos es algo inaceptable en una sociedad democrática, pues está sustancialmente vinculado con su dignidad como persona. Por ello, se debe evitar caer en el razonamiento que sustenta la garantía de indemnidad en exclusiva sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, vinculándose dicha institución también a otros tantos valores constitucionales de gran importancia. Es por este motivo por el que resulta complicado entender que la construcción doctrinal de la garantía de indemnidad se extienda únicamente a los supuestos en que un trabajador accione judicialmente frente a un empresario, dejando fuera otras tantas actuaciones, como podrían ser la mera formulación de una queja ante una situación injusta, la muestra de su descontento, etc. Por ello, y sin perjuicio de la conexión de la garantía de indemnidad con otros derechos fundamentales (como podría ser la libertad de expresión), debe tomarse siempre la dignidad como criterio hermenéutico fundamental.

Se ha señalado que:

Para el Tribunal Constitucional, la tutela judicial efectiva no es sólo evitar la dilación en los trámites judiciales o impedir el derecho al juez natural o causar indefensión a una parte, sino también evitar la pérdida de respeto al trabajador que tiene que judicializar su vida laboral ¹⁶³.

Siguiendo este razonamiento, podrá apreciarse que en algunos aspectos la garantía de indemnidad se encuentra aparentemente incluso más próxima a otros derechos fundamentales (como la libertad de expresión) que a la tutela judicial efectiva ¹⁶⁴.

En conclusión, se ha afirmado con acierto que la valoración de las sentencias dictadas por el TC en el ámbito de la garantía de indemnidad:

... no debe hacerse teniendo en cuenta el punto de partida de la misma (la vinculación a un concepto estricto de ejercicio de la tutela judicial efectiva por el trabajador frente a su empresario), sino el punto de llegada o la meta a alcanzar: cuál es la protección real del trabajador frente a actos de represalia por el ejercicio de un derecho fundamental ¹⁶⁵.

doctrina del Tribunal Constitucional Español (1981-2016)». *Revista Direito Das Relações Sociais e Trabalhistas*, 2 (1), pp. 9-47. 2016.

¹⁶³ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La prohibición de discriminar...» (Bibl. cit.), p. 1232.

¹⁶⁴ Ha resultado muy significativa, en esta línea, la STC 146/2019, que otorga el amparo en el ámbito de la libertad de expresión a un trabajador que prestaba servicios en un centro de día, y que acude al ayuntamiento –titular del servicio adjudicado a aquella– a formular numerosas quejas y reivindicaciones laborales contra su empresa. Este pronunciamiento evidencia hasta qué punto ambos derechos pueden encontrarse especialmente conectados.

¹⁶⁵ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.), pp. 872 y 873.

Obviamente, como ya hemos dicho, el dinamismo de la evolución de la garantía de indemnidad en búsqueda de espacios nuevos a los que extender la protección puede llegar a implicar el desbordamiento respecto de la figura madre, la tutela judicial efectiva. No obstante, de ocurrir, esto «solo evidenciará la configuración propia y autónoma –o el alcance de la mayoría de edad– de una figura que nació por voluntad del TC para atender la necesidad de proteger el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores»¹⁶⁶.

5.3 Función reparadora y preventiva

Como señala García Murcia, «el reconocimiento de un derecho debe entrañar no solo la posibilidad de ejercitarlo, sino también la tutela de quien lo ejercita frente a quienes pudieran verse afectados por su ejercicio»¹⁶⁷. Dicha protección encuentra una doble justificación.

Por un lado, la tutela tendrá un carácter reparador, en tanto que debe acarrear la nulidad radical de la medida adoptada y de todas sus consecuencias. Resulta claro que con la mera declaración de la improcedencia de la medida (en el caso de tratarse de un despido) o de su carácter injustificado (en el caso de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo), etc., no se resarce plenamente el perjuicio causado. El pleno restablecimiento del derecho del trabajador solo se produce con la total recomposición de la situación al momento previo a la aparición de la actuación lesiva (cuando ello resulte posible), lo cual solo ocurre con la declaración de la nulidad de la medida¹⁶⁸. Así es como la normativa vigente trata de recomponer la situación, aspirando a una plenitud resarcitoria a favor del trabajador y evitando la conservación de perjuicios de ningún tipo¹⁶⁹.

No obstante, con la reparación del daño no se agotan las posibilidades de la garantía de indemnidad. Paralelamente, se aprecia también una protección de carácter preventivo¹⁷⁰ o «profiláctico»¹⁷¹. Se procura, en este sentido, que

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.) prólogo, p. 9.

¹⁶⁸ De hecho, así lo reconoció la propia jurisprudencia constitucional cuando, sin existir previsión normativa al efecto, apreció que la consecuencia de una lesión de derechos fundamentales debía ser la declaración de la nulidad de la medida (STC 38/1981).

¹⁶⁹ De esta manera, se aspira también a resarcir «la pérdida de respeto al trabajador que tiene que judicializar su vida laboral»: VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario». *Revista de Derecho Social*, núm. 29, 2005, p. 90.

¹⁷⁰ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: «La garantía de indemnidad del trabajador que presenta reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra su empresario». *Aranzadi Social*, 5, pp. 85-100, 2006.

¹⁷¹ ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.), p. 649.

el empleador conozca los riesgos derivados de su eventual actuación lesiva de derechos fundamentales y que, para evitar los perjuicios que pueda tener que soportar, opte por no vulnerarlos.

Pero con dicha protección se aspira incluso a algo más: a impedir que el empleador pueda generar en el lugar de trabajo un clima represivo que conduzca al resto de trabajadores a eludir eventuales represalias y, para tal efecto, atenuar las posibilidades de ejercicio de sus derechos. Debe tenerse en cuenta que la existencia de una represalia no afecta exclusivamente al trabajador que la sufre, sino que tiene un claro efecto disuasorio respecto de otros potenciales reclamantes, actuando como «castigo ejemplar que puede generar en ellos el temor de acudir a la vía judicial»¹⁷². No en vano ha sostenido la STJCE de 22 de septiembre de 1998, asunto C-185/1997, caso Coote, que «el temor a tales medidas [...] podría disuadir a los trabajadores que se considerasen discriminados de hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional». Frente a ello se ha señalado, de forma muy ilustrativa, que:

... difícilmente podría hablarse de que los trabajadores ostentan un verdadero derecho a obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses laborales legítimos –sobre todo en un «mercado» de trabajo como el actual, en el cual un empleo se configura como un «bien escaso» que nadie arriesgaría a la ligera–, si se permitiera al empresario cultivar un clima de temor dentro de la empresa¹⁷³.

Por eso mismo se presenta como «incuestionable la necesidad de desterrar cualquier atisbo de potencial intimidación»¹⁷⁴ por el empleador frente al ejercicio de derechos laborales por parte de sus empleados. Pues bien, no es sino con la garantía de indemnidad como se persigue que los trabajadores se reafirmen en la viabilidad de la posibilidad de ejercitar sus derechos ante la jurisdicción¹⁷⁵, y como se puede evitar que se proyecte un panorama de pasividad en el resto de la plantilla de la empresa¹⁷⁶, ante el temor de ser damnificados, en el presente o en un futuro.

Es precisamente en la necesidad de confrontar las medidas empresariales de carácter disuasorio donde se fundamenta la necesidad de que la garantía de indemnidad se aparte de la configuración originaria del derecho a la tutela judicial efectiva y la posibilidad de que se aprecie su lesión pese a que el traba-

¹⁷² ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.), p. 72.

¹⁷³ TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: «Un requisito previo para la igualdad...» (Bibl. cit.), pp. 1216 y 1217.

¹⁷⁴ TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco Javier: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.), p. 648.

¹⁷⁵ URESTE GARCÍA, Concepción Rosario: «Ámbito de aplicación de los derechos...» (Bibl. cit.).

¹⁷⁶ ALZAGA RUIZ, Icíar: «Garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

jador haya conseguido finalmente acceder al proceso y ejercitar su derecho fundamental¹⁷⁷. Así es como queda establecida una divergencia fundamental respecto del contenido clásico del derecho, que es precisamente una de las claves de la singularidad de la institución estudiada, y que tiene su sustento también en la doctrina del efecto desaliento¹⁷⁸.

¹⁷⁷ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.).

¹⁷⁸ CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Tutela judicial efectiva y garantía...» (Bibl. cit.).

CAPÍTULO III

ELEMENTOS SUBJETIVOS

Dentro del estudio de la garantía de indemnidad ocupa un papel determinante el análisis de los sujetos que se ven inmersos en su dinámica. El presente capítulo aborda los dos elementos fundamentales: sujeto accionante y sujeto represivo.

El primer apartado hace referencia al trabajador que reclama en ejercicio de sus derechos, pero también a otros sujetos, distintos de aquel, cuya reclamación puede desencadenar una represalia.

El segundo apartado incluye a los sujetos que pueden llevar a cabo la actuación perjudicial. Lejos de hacerse referencia exclusiva al empresario, se expone que las represalias bien pueden ser realizadas por otros tantos sujetos, como otros trabajadores o incluso otros empleadores.

1. SUJETO ACCIONANTE

En este apartado se analiza la figura del trabajador que recibe la tutela de la garantía de indemnidad, así como otros sujetos vinculados a él. Y es que el trabajador puede gozar de la protección correspondiente aun cuando no sea él quien efectúe personalmente la reclamación: como ocurre por ejemplo cuando la reclamación es articulada a través de los representantes legales o sindicales de los trabajadores¹. Por otra parte, también debe quedar protegido el trabajador si realiza la reclamación a través de otros sujetos distintos a los anteriores, en los que delega igualmente su representación: tales como abogados, graduados sociales, etc. Finalmente, referimos el fenómeno de las represalias adoptadas contra una perso-

¹ STSJ Baleares 176/2012, de 27 de marzo, rec. 513/2011.

na distinta del trabajador reclamante (familiares, allegados), a cuyo efecto se analiza la figura de la discriminación por asociación, plenamente vigente.

1.1 Trabajador como elemento fundamental. Interpretación amplia

La estructura clásica de la garantía de indemnidad se construye en torno a la figura del trabajador que es represaliado tras ejercitar acciones contra su empleador. El trabajador es el sujeto idóneo para recibir la tutela correspondiente, pues concurren en él dos circunstancias que justifican la necesidad de su protección. En primer lugar, se trata de uno de los dos sujetos de derechos que intervienen en la relación laboral que, siendo ambos de carácter privado (sin perjuicio de que esta doctrina se extienda también al empleador público), se relacionan entre sí de forma horizontal (frente a las relaciones con el Estado, donde existe una desigualdad de partida). En segundo lugar, dicha relación posee al mismo tiempo, como notas características, la subordinación y la dependencia, que quiebran esa horizontalidad y establecen una clara desigualdad entre las partes. Así, un sujeto privado (empleador) tendrá en su mano el ejercicio de potestades organizativas –e incluso disciplinarias– que podrá adoptar frente a otro sujeto privado (trabajador)².

La conjunción de ambas características –horizontalidad y verticalidad, de forma coincidente– permite apreciar unas notas especialmente singulares en la relación entre trabajador y empresario que, como resultado de dicha conjunción, podría calificarse como diagonal³. Esto es lo que justifica la existencia de la garantía de indemnidad frente a la tutela judicial efectiva.

Evidentemente, como se ha anticipado, esta construcción doctrinal se extiende a todas las relaciones de trabajo, con independencia del carácter privado o público del empleador. De igual manera, la protección que conlleva debe afectar a todo tipo de trabajadores, con independencia de que su relación laboral sea ordinaria o especial, e incluso cuando se trata de relaciones de socios de una cooperativa⁴ (circunstancias que se abordarán con más detalle en el apartado correspondiente del presente trabajo).

² Este sometimiento no es solo de carácter jurídico, sino también económico, en tanto que el eventual despido del trabajador se traducirá en la pérdida de ingresos vitales. Al respecto, véase TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: «Ampliación de la garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

³ «Lo que se ejerce en estos casos en un poder formalmente privado, pero con formas de coacción análogas a las de los poderes públicos. Las decisiones de estos poderes privados, a los que se atribuyen con frecuencia amplias facultades de autotutela, son a veces tan imperativas e inmediatamente ejecutivas como las adoptadas por un órgano administrativo (pensemos en el despido de un trabajador)»: BILBAO UBILLOS, Juan María: «La consolidación dogmática...» (Bibl. cit.), p. 51.

⁴ Es el caso, por ejemplo, de la STSJ Asturias 2299/2016, de 8 de noviembre, rec. 2229/2016 o de la STSJ País Vasco 95/2017, de 17 de enero, rec. 2389/2016.

Siguiendo el mismo esquema, el concepto de trabajador debería entenderse de forma amplia, de manera que abarcase también a otros sujetos, como podrían ser los funcionarios públicos o el personal estatutario, de lo que se desprende la aplicabilidad de esta institución a órdenes jurisdiccionales distintos del social⁵.

En el ámbito de las relaciones administrativas tienen lugar numerosos conflictos absolutamente análogos a los propios del contrato de trabajo⁶: sometimiento a potestad disciplinaria, extinciones de nombramientos, conflictividad en torno a dichos nombramientos, etc. Sin duda alguna, sobre estas actuaciones administrativas puede recaer la sospecha de haber sido utilizadas de tal forma que perjudiquen a los derechos fundamentales del empleado público, lo cual incluye la posibilidad de existencia de represalias derivadas del ejercicio de acciones. Nada impide en estos supuestos, como ha declarado la jurisprudencia constitucional con reiteración, que pueda apreciarse la existencia de vulneraciones de la garantía de indemnidad (SSTC 87/2004, 298/2005 y 92/2009⁷). No obstante, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa puede apreciarse una cierta resistencia a acoger esta doctrina en las relaciones cuyo conocimiento le compete, aunque sí se puede apreciar una cierta evolución al respecto (por ejemplo, en el ámbito del acceso al empleo⁸, la promoción en el mismo⁹ o los ceses del personal¹⁰).

⁵ ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

⁶ Incluso con mayor intensidad, en tanto que en estos supuestos sí que existiría una absoluta relación de verticalidad entre las partes, en su doble condición de trabajador-empresario y ciudadano-administración. En estos supuestos resulta claro que la garantía de indemnidad podría conectarse también con otras instituciones jurídicas propias del derecho administrativo, tales como la interdicción de la arbitrariedad y la desviación de poder, como es el caso de la STSJ Cataluña [Contencioso-Administrativo] 812/2013, de 11 de julio, rec. 819/2011 o de la STSJ Andalucía/Málaga [Contencioso-Administrativo] 2782/2018, de 28 de noviembre, rec. 466/2018.

⁷ Al respecto, véase el comentario a dicha sentencia en GARCÍA RODRÍGUEZ, Bernardo: *Jurisprudencia Constitucional en materia sociolaboral...* (Bibl. cit.), p. 407-408.

⁸ La STS [Sala Tercera] de 19 de noviembre de 2008, RC 4049/2004, analiza un concurso de méritos respecto de cuya valoración se denuncia la existencia de represalia, al haber sido tratados de peor condición unos trabajadores que formularon reclamaciones previas. Peculiarmente, reconocida la existencia de tales reclamaciones, la resolución termina anulando el proceso selectivo por falta de motivación; si bien, en cuanto a la garantía de indemnidad, establece que «no hay datos que permitan formar la convicción de que [...] quiso favorecerse a unos aspirantes más que a otros y que los aquí recurrentes fueron castigados por haber planteado impugnaciones jurisdiccionales contra determinados actos». Se obvia así la amplia doctrina constitucional sobre distribución de la carga de la prueba en procesos donde se aporten indicios de vulneraciones de derechos fundamentales (STC 140/1999, entre otras).

⁹ La STS [Sala Tercera] de 4 de marzo de 2013, rec. 304/2011, aborda la impugnación de un nombramiento como presidente de una Sala de lo Social, respecto de la que se denuncia el rechazo de otro candidato como consecuencia de los recursos formulados hasta la fecha contra algunas decisiones del CGPJ. La respuesta judicial se limita a la simple negación de que haya base para concluir esa posibilidad (sin realizar ninguna valoración en cuanto a la prueba indiciaria aportada), si bien finalmente el recurso es desestimado por otros motivos, de lo que se colige que se apreció la existencia de una justificación objetiva.

¹⁰ Numerosos asuntos han sido planteados ante la Sala Tercera del TS, en los que se invocaba la vulneración de la garantía de indemnidad, pese a lo que en ningún caso han obtenido una resolución estimatoria. El primer supuesto fue el abordado por la STS [Sala Tercera] de 17 de diciembre de 2002,

Iguales consideraciones pueden aplicarse en el ámbito disciplinario militar, en el que recientemente han comenzado a permear las invocaciones de la garantía de indemnidad¹¹, si bien con poco éxito hasta la fecha.

Por otra parte, no se considera que el derecho ejercitado deba afectar únicamente a los intereses y derechos del trabajador reclamante. La protección constitucional tendrá lugar asimismo cuando las reclamaciones formuladas se produzcan en beneficio de otro trabajador o del colectivo, como sería el caso de un delegado de prevención que formulase una denuncia ante la Inspección de Trabajo, denunciando la existencia de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales que afecten a terceros¹².

En este sentido, debe tenerse muy en cuenta la doctrina contenida en la ya citada STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, caso Hakebracht y otros¹³. Esta resolución, si bien gira en torno a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, establece una doctrina que es perfectamente aplicable al resto de derechos fundamentales. Recordemos que la sentencia hace referencia a la protección que debía recibir una empleada que denunció la existencia de una actuación discriminatoria frente a otra trabajadora distinta, siendo finalmente despedida por ello. Para tal efecto, el TJUE analiza el texto de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de

rec. 1418/2000 en el que se analiza el cese de personal de confianza, en cuyo caso se rechaza *a limine* la aplicación de la garantía de indemnidad por la propia naturaleza del puesto y existir una pérdida de confianza, sin entrar en más detalles. Tiempo después, la STS [Sala Tercera] 457/2019, de 4 de abril, rec. 634/2017, analiza nuevamente el supuesto de un cese en puesto de libre designación. En este caso, sin duda influida por la doctrina constitucional contenida, entre otras, en la STC 38/2005 –que establece que también las actuaciones discrecionales pueden ser ilícitas si son empleadas con un propósito inconstitucional–, la resolución no descarta de partida la posibilidad de la vulneración del derecho, sino que justifica el cese en la actuación del trabajador, al que se le imputa la comisión de numerosas irregularidades. En otros casos, como en el resuelto por la STS [Sala Tercera] de 4 de octubre de 2010, rec. 473/2009, pese a denunciarse la vulneración de su garantía de indemnidad y declararse la injustificación del acuerdo alcanzado (del CGPJ), se omite cualquier pronunciamiento en cuanto a esta cuestión.

¹¹ Es el caso de la doctrina del TMC, que ha establecido que «aunque el ámbito prioritario de aplicación del referido principio es el de las relaciones de índole laboral entre empresarios y trabajadores, como puede verse en la citada sentencia, la referencia de ésta a las “relaciones públicas o privadas” no permite descartar “a priori” que pueda ser aplicable a materias disciplinarias como la que nos ocupa, derivadas de la relación de servicios permanente de índole jurídico pública y de carácter especial que vincula a los miembros de la Guardia Civil con el Cuerpo al que pertenecen» (STMC de 27 de febrero de 2019, rec. 29/2018). Sin embargo, no se ha llegado a apreciar la vulneración de la garantía de indemnidad en este ámbito al haberse apreciado la existencia de causas para sancionar (SSTMC de 27 de febrero de 2019, rec. 29/2018; de 27 de marzo de 2019, rec. 147/2018; o de 26 de septiembre de 2019, rec. 7/2018).

¹² STSJ Andalucía/Granada 1301/1995, de 5 de septiembre, rec. 600/1995.

¹³ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: «§138. El trabajador que apoya, de manera formal o informal, a quien ha sido discriminado, tiene derecho a la protección frente a represalias del empresario. Sentencia TJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18». *Blog Encuentros Laborales*. <http://encuentros-laboral.blogspot.com/2019/09/138-el-trabajador-que-apoya-de-manera.html>. Publicado el 16 de septiembre de 2019. Recuperado el 28.05.2020.

julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, resaltando la necesidad de descartar cualquier interpretación del principio de igualdad que, con sustento en meras formalidades, se traduzca en un debilitamiento de la lucha contra la discriminación. En concreto, se desgrana si su art. 24 (rubricado «victimización») se refiere exclusivamente a las personas afectadas de forma directa por la actuación empresarial discriminatoria, o si debe extenderse a otras distintas (como era el caso de la empleada que denunció la actuación lesiva de derechos fundamentales de otra persona).

De este modo, el TJUE lleva a cabo una interpretación expansiva del derecho fundamental, con el objeto de evitar la aparición de espacios de impunidad que supongan finalmente un obstáculo para alcanzar la igualdad de manera efectiva. Dicha interpretación debe aspirar a cubrir cualquier laguna que pudiera surgir como consecuencia del propio desarrollo dinámico de las relaciones de trabajo.

Pues bien, esta doctrina es perfectamente aplicable a la garantía de indemnidad (así como al resto de derechos fundamentales). En consecuencia, el hecho de que el trabajador no reclame los derechos para sí mismo, sino en beneficio de terceros, no puede suponer obstáculo alguno para que su actuación se encuentre protegida.

Por último, cabe hacer referencia a los supuestos en que no sea el trabajador quien reclame, sino un tercero, incluso cuando sea en beneficio de los derechos de aquel. Un supuesto paradigmático sería el del trabajador que se ve incluido en el ámbito de afectación de un procedimiento de oficio planteado por una administración frente a la empresa. En estos supuestos, debe partirse del texto del Convenio núm. 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982, en el que se señala entre los motivos que no justifican la terminación de la relación laboral no solo el hecho de haber presentado reclamaciones frente a la empresa, sino además el de «participar en un procedimiento entablado contra un empleador». En el caso planteado, es claro que el procedimiento es entablado por una administración en defensa del interés público, lo que puede afectar tangencialmente a los intereses del trabajador, si bien la iniciación del procedimiento queda al margen de su voluntad. No obstante, no puede obviarse que el Convenio núm. 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982, no hace referencia a la necesidad de iniciar el procedimiento, siendo suficiente la conducta consistente en «participar», esto es, «tomar parte». En sentido contrario, podría plantearse que la norma habla de «participar en» y no de «participar de» un procedimiento, por lo que se requeriría algún tipo de actividad en cuanto al planteamiento del procedimiento.

Esta cuestión ha sido abordada por el ATC 219/2001, de 18 de julio, que inadmitió el amparo (regresaremos a este asunto más adelante). No obstante, es cierto que se trata de un criterio que posiblemente merezca una nueva reflexión, especialmente a la vista de la doctrina de la discriminación por asociación y de aquella contenida en la STC 16/2006, relativa a la protección a trabajadores incluidos en el ámbito de un proceso de conflicto colectivo que no han planteado. Ambas abordan la necesidad de evitar que se puedan producir represalias en terceros, pues ello sin duda alguna terminaría dificultando el ejercicio de la acción planteada por parte de la Administración (por ejemplo, si los trabajadores afectados, ante el temor a sufrir represalias inevitables, optasen por adoptar una posición favorable a la empresa e, incluso, compartiendo su versión de los hechos).

1.2 Trabajadores autónomos económicamente dependientes

Los TRADE son aquellos trabajadores autónomos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos (art. 11.1 LETA).

Dicha figura se instituyó por vez primera en la LETA, si bien no ha tenido una especial acogida en la práctica de las relaciones económicas. Esto se debe tanto a su relativa novedad como a la existencia de amplias dudas que su regulación plantea, y que suponen una clara limitación a su expansión¹⁴. Existe un último motivo que introduce una dificultad añadida: la imposibilidad de apreciar la existencia de esta figura sin que haya existido una previa comunicación frente al cliente (art. 11 bis LETA).

Para el trabajo autónomo en general, se reconocen numerosos derechos profesionales, entre los que se encuentra el derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas de su actividad profesional (art. 4.3.i LETA), el derecho a la tutela judicial efectiva de sus derechos profesionales y el derecho a acceder a los medios extrajudiciales de solución de conflictos (art. 4.3.j LETA).

Aquí puede apreciarse una asimetría con la regulación básica laboral, que establece exclusivamente el derecho al ejercicio individual de las acciones de-

¹⁴ Sin que deba olvidarse que, pese a su regulación específica, los TRADE no dejan de ser trabajadores autónomos, no debiendo confundirse con trabajadores por cuenta ajena. En este sentido, véase RODRÍGUEZ ELORRIETA, Naiara: «El falso autónomo: características y medidas encaminadas a su protección». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, pp. 163-184. 2016.

rivadas de su contrato de trabajo (art. 4.2.g ET), sin incluir alusión alguna al derecho a la tutela judicial efectiva. Podría considerarse que dicha referencia resulta prescindible, habida cuenta de que dicho derecho se encuentra expresamente positivizado en el art. 24 CE

En esta situación, procede analizar los motivos por los que la LETA no se limita a regular el derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato, como ocurre en la normativa laboral (en concreto, en los sucesivos ET). La respuesta aparece en el segundo inciso del art. 4.3.j LETA, que alude al derecho de acceso a los medios extrajudiciales de solución de conflictos¹⁵, conectándolo sistemáticamente (al incluirse en el mismo apartado) con el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que resulta coherente con la jurisprudencia constitucional que ya había apreciado la necesidad de extender la protección constitucional a este tipo de mecanismos de evitación del proceso¹⁶.

Además, se establece la obligación de los poderes públicos de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador autónomo (art. 6.1 LETA), así como que la vulneración del derecho tendrá como consecuencia la declaración de la nulidad radical y cese inmediato en la conducta, reposición a la situación previa y reparación de las consecuencias derivadas del acto (art. 6.3 LETA).

No puede dejar de destacarse que, en el ámbito de los TRADE, el art. 17.1 LETA atribuye a la jurisdicción social la competencia para conocer los conflictos derivados tanto del contrato suscrito entre el cliente y el TRADE como de las solicitudes de reconocimiento de dicha condición. Evidentemente, esta atribución de competencia a la jurisdicción social se produce a partir de la apreciación de una situación de subordinación de los TRADE respecto de sus clientes.

Habiéndose establecido la protección de los derechos fundamentales en los términos señalados y tras regularse los mecanismos para su protección a través de la jurisdicción social, no han tardado en permear en el ámbito de los TRADE algunas instituciones originariamente laborales, como la garantía de indemnidad. A ello se añade la concurrencia –ya expuesta anteriormente– de una relación horizontal entre ciudadanos (TRADE y cliente), si bien significativamente matizada por la relación de dependencia económica que la caracteriza¹⁷.

¹⁵ SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, y GÓNZÁLEZ DÍAZ, Francisco Antonio: «La articulación de la mediación, conciliación y arbitraje en la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, núm. 2, pp. 6-29. 2017.

¹⁶ STC 14/1993.

¹⁷ En consecuencia, podría nuevamente hablarse de la existencia de una relación diagonal, tal y como se ha expuesto y descrito en el epígrafe del presente trabajo destinado a analizar al trabajador como elemento fundamental, incluido en el Capítulo III, apartado 1.1.

En el ámbito de los TRADE existen dos supuestos fundamentales en los que la garantía de indemnidad tendrá un papel destacado.

El primer supuesto hace referencia a la situación de los trabajadores autónomos, en cuyo caso –si bien no tienen formalmente reconocido ese estatus– concurren las circunstancias que permiten apreciar la existencia de un TRADE y, además, el cliente posee conocimiento de la nota de dependencia económica¹⁸. En este caso, el art. 11.bis LETA establece la necesidad de realizar una primera reclamación al cliente, antes de solicitar el reconocimiento judicial de dicha condición.

Si ante dicha intimación el cliente lleva a cabo cualquier tipo de actuación perjudicial respecto del TRADE, como prescindir de sus servicios o introducir cualquier tipo de modificación en las condiciones pactadas, será de plena aplicación la garantía de indemnidad, que se extiende a los supuestos de reclamaciones previas y necesarias para el ejercicio de la acción judicial¹⁹.

En este tipo de supuestos no se incluirá una reclamación que formule el trabajador autónomo que reúna los requisitos para ser considerado TRADE, pero que no ha informado a su cliente de su condición. En estos supuestos, si el cliente comunica el cese de la vinculación contractual entre ambos, ya no resultará posible ejercitar una demanda sobre la base de la consideración de TRADE, pues la relación en este caso se considerará extinguida a causa de la ausencia de la preceptiva intimación previa²⁰.

El segundo supuesto hace referencia a los casos en que, encontrándose reconocida formalmente la condición de TRADE, tras el ejercicio de una reclamación judicial o de los actos previos necesarios (resultando preceptiva la conciliación o mediación previa, al amparo del art. 18.1 LETA) se adopte por el cliente algún tipo de represalia, que puede consistir tanto en la extinción de la vinculación como en su modificación en cualquier sentido. En estos casos, la garantía de indemnidad será plenamente aplicable, debiendo amparar al TRADE que ejercita sus derechos frente al cliente.

Igualmente, deberán tutelarse todas aquellas otras situaciones en que el TRADE, en lugar de acudir a la vía judicial, haya intentado alcanzar una solución extraprocesal amistosa²¹, o haya acudido a otros mecanismos con similar propósito, tales como el arbitraje voluntario expresamente previsto en el art. 18.4 LETA.

¹⁸ En los casos en que el cliente no tiene conocimiento de esa situación de dependencia, tras recibir esa comunicación del TRADE se encontrará habilitado para rescindir el contrato (art. 12.3 LETA).

¹⁹ STC 14/1993.

²⁰ CRUZ VILLALÓN, Jesús: «El trabajo autónomo económicamente dependiente en España. Breve valoración de su impacto tras algunos años de aplicación». *Documentación Laboral*, 98 (2), pp. 19-36. 2013.

²¹ STC 55/2004.

1.3 Representante unitario o sindical

La jurisprudencia constitucional también ha analizado los supuestos en que la acción ejercitada no se ha formulado por el trabajador de forma directa, sino a través de sus representantes legales o sindicales²². Esta posibilidad tiene una especial relevancia en el ámbito del derecho laboral, en tanto que se prevén de manera explícita numerosos mecanismos en los que la legitimación no le corresponde directamente al trabajador, sino a sus representantes. Es el caso de los procesos de conflicto colectivo o de impugnación de convenios colectivos.

Se ha entendido que no puede excluirse del ámbito de la garantía de indemnidad a los supuestos en que la actuación judicial se lleva a cabo por tales representantes, cuando ello se hace con la finalidad de defender los intereses de los trabajadores que son finalmente represaliados²³. De este modo, la STC 16/2006 ha considerado que la protección se debe extender a los trabajadores, en su condición de accionantes mediatos (y no inmediatos), cuando forman parte del ámbito del conflicto presentado, en tanto que la finalidad de la actuación es la defensa de sus intereses²⁴.

Además, dicha protección debe extenderse a los trabajadores con independencia de haber sido llevada a cabo la acción colectiva por una organización sindical diferente de dicho colectivo de trabajadores. De hecho, una muy relevante diferencia con la doctrina contenida en la STC 55/2004 radica en que no se hace referencia a una acción planteada a través de un acto de representación, sino que los sindicatos han podido incluso accionar sin o contra la voluntad de los trabajadores que finalmente resulten tutelados²⁵. De este modo, resulta indiferente que la reclamación cuente con el beneplácito de los trabajadores individuales, pues se encuentra legitimado el sindicato para ello²⁶; lo relevante será si dichos trabajadores se encuentran bajo el ámbito de afectación de la reclamación²⁷.

²² En el último caso citado, se ha considerado que también podría verse afectada la libertad sindical: LOUSADA AROCHENA, José Fernando, y CABEZA PEREIRO Jaime: «Las últimas elaboraciones constitucionales sobre la garantía de indemnidad del trabajador: el caso de los veterinarios de la Xunta de Galicia». *Aranzadi Social*, 5, pp. 575-586. 2006. Esto, no obstante, dejaría fuera a los supuestos de representantes unitarios.

²³ MARTÍNEZ FONS, Daniel: «La interpretación extensiva del alcance de la garantía de indemnidad en las relaciones laborales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2006, de 19 de enero». *Iuslabor*, 2. 2006.

²⁴ Al respecto, véase el comentario de NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «La garantía de indemnidad en tiempos de «vacas locas» o el caso de los veterinarios de la STC 16/2006». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 11, pp. 13 y siguientes. 2006.

²⁵ LOUSADA AROCHENA, José Fernando, y CABEZA PEREIRO Jaime: «Las últimas...» (Bibl. cit.).

²⁶ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: «La garantía de indemnidad del trabajador...» (Bibl. cit.).

²⁷ En consecuencia, no debe otorgarse la protección de la garantía de indemnidad a los trabajadores que hayan sufrido un perjuicio con posterioridad a la acción colectiva cuando no se encuentran incluidos

Esta sentencia recibió un voto particular en el que se consideraba que no debía considerarse que la reclamación colectiva pudiera activar la garantía de indemnidad en tanto que entendía necesaria una personalización más concreta de la actuación del trabajador que pudiera considerarse represaliada. Así, sin dicha individualización, se perdería la conexión de la represalia con el derecho fundamental lesionado.

En este mismo sentido se han pronunciado algunos autores, que han llegado incluso a calificar la argumentación del TC como «algo endeble y poco convincente»²⁸, refiriéndose a la forma de abordar la desconexión entre quienes sufren la represalia (trabajadores) y quienes ejercitan el derecho (representantes unitarios o sindicales). Estos autores señalan que la citada sentencia quiebra así con uno de los elementos fundamentales de la garantía de indemnidad: la relación directa entre la represalia y la previa interposición de una reclamación²⁹.

No obstante, el razonamiento del voto mayoritario encuentra fácil explicación. Merece protección la represalia adoptada por un empleador frente a sus trabajadores, cuando el ejercicio de los derechos de estos últimos se ha llevado a cabo por sus representantes. Lo contrario supondría abrir el camino al empresario que utiliza la vía de perjudicar a sus trabajadores como mecanismo para generar desafección de estos contra sus representantes colectivos por la reclamación interpuesta y así, en definitiva, desincentivar el acceso a la jurisdicción y la defensa de sus derechos.

Por este motivo, no resulta fundamental que quien reclama sea un sujeto idéntico a quien sufre la represalia, ya que la actuación empresarial puede estar dirigida en todo caso a disuadir al resto de trabajadores para evitar que ejerciten nuevas acciones³⁰.

Un supuesto particular, y que recibe un pronunciamiento en sentido opuesto, es el abordado por el ATC 219/2001, de 18 de julio. En este, el TC rechaza la protección en el ámbito de la garantía de indemnidad. Esto es debido, no obstante, a que considera que no existió el previo ejercicio de una acción por parte del trabajador ni de sus representantes, ya que el asunto inicial era un procedimiento de oficio, en el que se instaba la declaración de laboralidad de distintos trabajadores, entre los que se encontraba el actor. El despido del trabajador incluido en el colectivo se considera ajeno al ejercicio del dere-

en el ámbito de afectación de dicha acción. En este sentido, rechaza la protección la STSJ Andalucía/Granada 2267/2015, de 18 de noviembre, rec. 2086/2015.

²⁸ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), p. 58.

²⁹ *Ibidem*, p. 93.

³⁰ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: «La garantía de indemnidad del trabajador...» (Bibl. cit.).

cho de acceso a la jurisdicción, por lo que se deniega el amparo. Para alcanzar dicha conclusión, el TC valora que ni tan siquiera resultó acreditado que el trabajador fuese uno de los trabajadores que formuló la denuncia ante la Inspección, ni que hubiese presentado una actuación especialmente beligerante en el procedimiento judicial. No obstante, dicho razonamiento no despeja todas las dudas, en tanto que podría encontrarse el presente supuesto enmarcado dentro de aquellos en que la represalia se adopta frente a un trabajador distinto de quien ejercita la acción (en este caso, respecto de aquellos que interpusieron la previa denuncia ante la Inspección de Trabajo), precisamente para desincentivar este tipo de actuaciones. El TC es categórico a la hora de desvincular al trabajador de todo ejercicio previo de acciones, motivo por el que no encuentra motivos para otorgarle la protección. Sin embargo, como se ha expuesto, puede apreciarse una cierta contradicción entre dicho pronunciamiento y la doctrina posterior (desarrollada a partir de la STC 16/2006), que parece ser fruto de una evolución y superación de esta resolución.

Sin embargo, debe señalarse que la doctrina referida viene encontrando importantes resistencias en cuanto a su aplicación por parte de los distintos TSJ, en cuanto a los supuestos de acciones ejercitadas por los sindicatos³¹. En este sentido, aún hoy se mantiene el debate relativo a la extensión de la garantía de indemnidad en los casos en que el trabajador no se encuentra afiliado al sindicato accionante, sosteniendo numerosos pronunciamientos que la protección debe otorgarse exclusivamente cuando exista conexión entre ambos sujetos (individual y colectivo) y negarse en el resto de los supuestos³².

No obstante lo anterior, consideramos que dichos pronunciamientos no son acertados. Como se ha expuesto, precisamente una de las particularidades propias de las relaciones laborales se encuentra en el ámbito de las relaciones colectivas, que se manifiestan –entre otros aspectos– en la posibilidad de los órganos de representación unitaria y de los sindicatos de actuar en representación de los trabajadores³³. Los efectos de tales actuaciones no se circunscriben específicamente a los trabajadores afiliados a tales sindicatos, sino que adquieren unas notas de generalidad. Es cierto que a los sindicatos se les exige osten-

³¹ No existe un amplio debate en cuanto a las denuncias planteadas por los representantes unitarios, en cuyo caso sí viene aceptándose la conveniencia de que activen la garantía de indemnidad de los trabajadores afectados por las mismas. En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la STSJ Galicia de 9 de abril de 2019, rec. 46/2019.

³² En esta línea se pronuncia la STSJ Valencia 871/2016, de 21 de abril, rec. 679/2016, la STSJ Andalucía/Málaga 820/2016, de 19 de mayo, rec. 655/2016.

³³ Se ha considerado incluso que tales actuaciones son una de las manifestaciones del derecho a la acción sindical. En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la STSJ País Vasco 748/2018, de 10 de abril, rec. 613/2018.

tar una cierta implantación en el ámbito del conflicto para poder actuar, pero también lo es que alcanzada dicha exigencia los efectos de sus actuaciones vincularán a la totalidad de trabajadores y no solo a sus afiliados. En consecuencia, consideramos que las actuaciones formuladas por los representantes de los trabajadores sí son aptas para activar la garantía de indemnidad³⁴.

Por último, debe señalarse que la misma protección debería otorgarse cuando la reclamación sea formulada por el delegado de prevención en el ámbito de sus competencias (prevención de riesgos laborales), pues con respecto a su función se ha señalado que «la Ley l[e] dota de una amplia gama de competencias y funciones orientadas a la interacción entre el empresario y los trabajadores, de manera que todos queden implicados en la mejora de las condiciones de trabajo»³⁵.

1.4 Representante procesal

Si bien el art. 18 LRJS aclara que no es obligatoria la postulación procesal en el ámbito de la jurisdicción social, a continuación establece también que podrá actuarse representado por abogado, procurador, graduado social o por cualquier otra persona que se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles. De este modo, y en tanto que se prevé expresamente la posibilidad de comparecer representado por los mismos, nada parece justificar que deba excluirse del ámbito de la protección a las actuaciones realizadas a través de su representación o con su asistencia técnica.

La jurisprudencia constitucional ha sido clara al concluir que la protección constitucional deberá otorgarse a la reclamación presentada por el trabajador, sin que pueda obstar a lo anterior el hecho de que la interponga a través de un abogado, procurador o graduado social.

En este sentido se pronunció la STC 55/2004, en la que el trabajador formula una reclamación a través de su abogado, no encontrándose por la jurisprudencia constitucional óbice alguno en ello para apreciar la lesión de la garantía de indemnidad. En consecuencia, para los supuestos en que el trabajador desee reclamar a través de tales representantes, debe extenderse a tales actua-

³⁴ Apoya esta postura la STSJ País Vasco 748/2018, de 10 de abril, rec. 613/2018, que señala que «poco importa que el demandante estuviese o no afiliado a tal sindicato, lo que es relevante que la empresa recibió aquel requerimiento de la Inspección de que hiciese fijo al demandante, entre otros».

³⁵ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa: «Derechos de información, consulta y crédito horario del delegado de prevención a la luz de la Jurisprudencia». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 209. 2018, p. 58.

ciones la protección otorgada por la garantía de indemnidad, del mismo modo que si la actuación hubiese sido realizada por sí mismo.

No puede dejar de recordarse a este respecto que el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, establece que el abogado podrá ejercer su profesión ante órganos judiciales (entre otros) «sin perjuicio de poderlo hacer también ante cualquier entidad o persona privada cuando lo requieran sus servicios» (art. 8.2), añadiéndose asimismo que «podrá ostentar la representación del cliente cuando no esté reservada por ley a otras profesiones» (art. 8.3).

1.5 Represalias adoptadas contra familiares y allegados

Como se ha aclarado, la protección otorgada por la garantía de indemnidad no debe limitarse a los supuestos en que coincida la identidad del sujeto que formula la reclamación con la de quien sufre la represalia.

Precisamente por aplicación de la jurisprudencia constitucional que extiende la protección a los trabajadores incluidos en el ámbito de afectación de un conflicto colectivo planteado, nada excluye que esa misma protección pueda otorgarse a otros trabajadores de la empresa que, sin haber accionado, reciban los beneficios de la reclamación formulada. Puede pensarse así en un trabajador que, pese a no denunciar personalmente unos hechos ante la Inspección de Trabajo, reciba los beneficios de la denuncia formulada por otro compañero (por ejemplo, declarándose la laboralidad de su vinculación con la empresa).

Esta tesis es la que defiende la STC 16/2006, que extiende la garantía de indemnidad a todos los trabajadores al considerar acreditado que los derechos de los denunciados finalmente también resultaron protegidos por el pronunciamiento. Esta sentencia hace referencia a una demanda de conflicto colectivo interpuesta por un sindicato que es finalmente estimada, declarándose la laboralidad de la prestación de servicios de los actores. El TC considera que, pese a que la demanda no fue formulada por los trabajadores que habían sufrido la represalia, tenía por finalidad la defensa de sus intereses «toda vez que pretendía obtener un reconocimiento judicial sobre el carácter laboral de sus contratos».

Precisamente por este motivo la STC 16/2006 rechaza (a diferencia del voto particular) que deba manifestarse necesariamente la represalia en el sujeto

que ejercita la acción³⁶. No se considera necesaria la identidad personal entre quien reclama y quien sufre el perjuicio, precisamente porque, para resultar eficaz, la evitación de la disuasión tiene que afectar necesariamente a los trabajadores cuya futura conducta pretende condicionarse.

Esta sentencia se reafirma en algo que ya hemos señalado anteriormente: que actuar en sentido contrario permitiría que la empresa pudiera perseguir la desafección de los trabajadores con el sindicato accionante³⁷. Resulta por tanto comprensible que la protección de la garantía de indemnidad se extienda a las situaciones que aquí estamos analizando, pues esta extensión sirve al objeto de evitar que el empleador pueda planificar represalias más confeccionadas o elaboradas, con las que sortear la tutela y terminar causándole un perjuicio al trabajador reclamante (por ejemplo, culpándole del despido de otros trabajadores, no denunciante).

Pero la inventiva de un empleador dispuesto a represaliar a un trabajador reclamante puede alcanzar también a otras personas distintas de los demás empleados de la misma empresa. Ya hemos señalado antes que, a consecuencia del propio dinamismo de las relaciones laborales, el Derecho del Trabajo se ve obligado a afrontar supuestos cada vez más novedosos, y con mayor especialidad. Así es como se explica que, ante la protección otorgada por la garantía de indemnidad al actor, las represalias se «reinventen» y se planteen en algunos supuestos de forma indirecta, tratando de perjudicar a terceros vinculados con el trabajador accionante.

En estas circunstancias, no debe existir obstáculo para apreciar la existencia de una represalia lesiva de derechos fundamentales por el hecho de que se adopte en relación con un sujeto distinto del reclamante³⁸. En todo caso, se tratará de una cuestión de prueba, correspondiéndole al trabajador represaliado la obligación de demostrar que la empresa conocía su conexión con el trabajador reclamante. Dicha vinculación podrá ser de muy diversos tipos, pudiendo incluirse dentro del ámbito subjetivo protegido tanto a la pareja del reclamante como a sus familiares, o a otras personas cercanas al

³⁶ Al respecto, véase los comentarios a las SSTC 16, 44 y 65/2006, en GARCÍA RODRÍGUEZ, Bernardo: *Jurisprudencia Constitucional en materia sociolaboral...* (Bibl. cit.), pp. 167-168, 173 y 176, respectivamente.

³⁷ LOUSADA AROCHENA, José Fernando, y CABEZA PEREIRO, Jaime: «Las últimas...» (Bibl. cit.).

³⁸ No puede negarse la existencia de pronunciamientos que sostienen la postura contraria, esto es, que la garantía de indemnidad exclusivamente debe amparar al sujeto que reclama. En este sentido se pronuncia la STSJ Andalucía/Málaga 1814/2015, de 26 de noviembre, rec. 1596/2015, la STSJ Cataluña 4383/2017, de 4 de julio, rec. 2647/2017 y la STSJ Andalucía/Sevilla 2782/2019, de 13 de noviembre, rec. 2969/2019 –ilustrativamente, todas relativas a demandas o reclamaciones presentadas por los maridos de las trabajadoras represaliadas–. No obstante, como se verá más adelante, entendemos que dichas posturas han resultado ampliamente superadas.

mismo, siempre que resulte razonable concluir que la actuación empresarial perseguía lesionar el derecho y no se encontraba absolutamente desvinculada del mismo.

No en vano, la redacción vigente del art. 17 ET indica que se entenderán nulas y sin efecto las decisiones unilaterales del empresario que den lugar (en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo) a situaciones de discriminación directa, pero también indirecta, desfavorables por razón de vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa. Esta norma, pese a ceñirse al ámbito del principio de igualdad, constituye una guía clara de la necesidad de realizar una interpretación expansiva con el objeto de evitar la existencia de espacios de impunidad³⁹.

No obstante lo anterior, la cuestión ha sido resuelta por algún pronunciamiento judicial, como la STSJ de Galicia 524/2012, de 31 de enero, rec. 4196/2011. El supuesto litigioso hace referencia a la represalia ejercitada sobre una trabajadora al negarse su hermana –también trabajadora de la empresa, y que se encontraba embarazada– a aceptar el despido y el reconocimiento de la improcedencia del mismo, que se le ofrecía invocando causas económicas. Ante esa negativa, y la dificultad de despedir a una trabajadora embarazada que habría invocado la nulidad del cese, el Jefe territorial de la empresa –y codemandado–, le manifestó «que si ella no aceptaba ya sabía quién era la siguiente de la lista», refiriéndose a la actora. Acto seguido, esta fue llamada y despedida, reconociendo la empresa la improcedencia de la actuación. En este supuesto, la Sentencia confirma la de instancia, coincidiendo ambas en que el conflicto debe resolverse en el ámbito de la garantía de indemnidad, y no en el de la discriminación por razón de parentesco⁴⁰.

No cabe duda, pues, de que la garantía de indemnidad debe extenderse más allá del ámbito subjetivo del trabajador accionante, tutelándose así de manera efectiva las imaginativas acciones de represalia que puedan plantearse en sede empresarial. Para reforzar esta postura, el pronunciamiento citado remite

³⁹ Esta conclusión se ve reforzada a la vista de la regulación civil de los vicios del consentimiento incluida en el art. 1267 CC, al establecer que «hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes». De esta forma se comprueba que la voluntad de un trabajador puede intentar vencerse no solo a través de un perjuicio, sino que en muchos casos será bastante más efectiva la mera amenaza de causarlo, cuando la destinataria sea otra persona que se le vincule.

⁴⁰ En el mismo sentido se pronuncia la STSJ Galicia de 10 de octubre de 2019, rec. 2483/2019, relativo a una trabajadora despedida tras la interposición de reclamaciones por su hermano, habiéndosele manifestado expresamente que «le tenía que dar las gracias» a este.

a la doctrina comunitaria sobre discriminación por asociación, también llamada discriminación por vinculación, por interposición, refleja, «transferida»⁴¹ o «por erradicación»⁴², que quedaría definida en los siguientes términos:

... la discriminación por asociación o por vinculación, esto es, la tipología de discriminación refleja o por interposición que afecta a una persona que no pertenece al colectivo vulnerable, pero que es tratada de forma peyorativa al haberse transferido a ella la discriminación respecto del tercero protegido⁴³.

Este tipo de discriminación fue abordado por la STJCE (Gran Sala) de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, Caso S. Coleman contra Attridge Law, que hace referencia al supuesto de una trabajadora, madre de un hijo discapacitado, que encuentra menos facilidades en el seno de su empresa que sus compañeros, que no tienen hijos con discapacidad. Finalmente, dicha situación acaba propiciando su baja voluntaria, frente a lo que posteriormente acciona la trabajadora por despido.

Se ha señalado que esta sentencia sienta fundamentalmente dos criterios interpretativos: el primero, que debe considerarse discriminatorio el trato peyorativo que recibe un trabajador por la situación de discapacidad que sufre su hijo; y el segundo, que la prohibición de sufrir trato discriminatorio por discapacidad no opera exclusivamente respecto de los trabajadores directamente afectados por la misma, sino también cuando a quien afecta es a un familiar. Este criterio resultaría fácilmente extrapolable a la represalia adoptada contra un familiar o sujeto relacionado con quien ejercita su derecho fundamental. En estos casos, además, deberán tenerse en cuenta los vínculos reales más que el parentesco. Esto permitirá extender la protección a otros tantos sujetos, distintos del reclamante, y no necesariamente vinculados familiarmente al mismo; siempre y cuando aporten indicios de dicha relación con quien alegue la existencia de la discriminación⁴⁴.

⁴¹ PÉREZ DEL PRADO, Daniel: «Algunas reflexiones sobre la discriminación por asociación». *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2019/10/algunas-reflexiones-sobre-la.html>. Publicado el 24.10.2019. Recuperado el 09.06.2020.

⁴² SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, y ARETA MARTÍNEZ, María: «Presentación del número 6 de la Revista de Jurisprudencia Laboral». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6, 2019, p. 2.

⁴³ STSJ Galicia de 2 de agosto de 2017, rec. 1806/2017.

⁴⁴ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: «Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia género, discapacitados, jubilados forzosos)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1 (14), pp. 11-21. 2008. En fecha muy posterior se ha dictado la STC 71/2020, que realiza un interesante análisis acerca de esta modalidad de discriminación, diferenciándola de forma nítida de las demás (directa e indirecta).

Otro supuesto especialmente significativo fue el resuelto por la STSJ Canarias/Las Palmas 882/2019, de 29 de agosto de 2019, rec. 531/2019⁴⁵. Dicha sentencia aborda el supuesto de una trabajadora despedida tras el ejercicio por parte de su pareja sentimental de una demanda impugnando una modificación de sus turnos de trabajo y una denuncia ante la Inspección de Trabajo. El despido se fundamentó en una supuesta disminución de rendimiento, si bien por parte de la empresa se abonó a la trabajadora una indemnización por despido, reconociendo así de manera indirecta la inexistencia de causa para despedir. Este pronunciamiento también hace referencia a la ya referida discriminación por asociación o refleja, estableciendo que la prohibición de discriminación no se circunscribe a las personas afectadas por la concreta causa alegada, sino también a aquellas otras que experimentasen un trato peyorativo como consecuencia de su conexión con las primeras⁴⁶.

Tras establecerse esta doctrina en los supuestos referidos, se ha planteado incluso la posibilidad de extenderla al resto de derechos fundamentales, en aras de dotar a estos de una protección efectiva⁴⁷. No resulta complicado apreciar que, con frecuencia, puede resultar más persuasiva la amenaza o daño dirigido hacia un familiar cercano que hacia el destinatario último del daño. Precisamente por este motivo, y con el fin de evitar la existencia de espacios de impunidad que puedan implicar la vulneración efectiva del derecho fundamental, deberá extenderse la protección de la garantía de indemnidad a cualquier otra persona vinculada con el trabajador que ejercite el derecho, si bien en estos casos la carga de la prueba de la conexión le corresponderá a quien la alegue.

⁴⁵ Ampliamente comentado en SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, y FOLGOSO OLMO, Antonio: «Extensión de la doctrina de la discriminación por asociación...» (Bibl. cit.).

⁴⁶ Sin embargo, esta sentencia termina considerando vulnerada la libertad sindical, pronunciamiento con el que discrepamos, en tanto que entendemos que las actuaciones que trataron de ser reprimidas encuentran un más correcto acomodo en la garantía de indemnidad. Al respecto, véase SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, y FOLGOSO OLMO, Antonio: «Extensión de la doctrina de la discriminación por asociación...» (Bibl. cit.).

⁴⁷ En este mismo sentido se ha pronunciado TODOLÍ SIGNES, Adrián: «El TJUE otorga la máxima protección a trabajadores que defienden a una víctima de discriminación por embarazo». *Argumentos en Derecho Laboral. Blog coordinado por Adrián Todolí*. <https://adriantodoli.com/2019/09/17/el-tjue-otorga-la-maxima-proteccion-a-trabajadores-que-defienden-a-una-victima-de-discriminacion-por-embarazo/> Publicado el 17.09.2019. Recuperado el 09.06.2020. Por otra parte, debe destacarse que existen otras tantas resoluciones que hacen referencia a represalias adoptadas contra familiares, no necesariamente por el ejercicio de derechos laborales. En este sentido, merece ser destacada la STSJ Asturias 674/2001, de 12 de marzo, rec. 2733/2000, relativa al supuesto de un trabajador que fue despedido tras ejercitar su esposa (socia de la empresa) acciones judiciales frente al administrador de la misma, siendo finalmente declarada la vulneración de la garantía de indemnidad.

2. SUJETO REPRESIVO

A continuación, se analizan los distintos sujetos desde los que puede surgir la represalia sufrida por el trabajador. Esta no se derivará necesariamente de una actuación empresarial, sino que podrá proceder también de otros sujetos distintos, tales como otros trabajadores u otros empresarios conectados con el empleador; como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la subcontratación.

2.1 Empresario como elemento paradigmático

Dentro del esquema básico de la garantía de indemnidad, el empleador ocupa un papel fundamental, ya que en la inmensa mayoría de supuestos la represalia adoptada como consecuencia del ejercicio del derecho fundamental vendrá por su parte. Además, la adopción de la medida represiva se articulará a través de las potestades organizativas o disciplinarias que la legislación le atribuye.

La condición pública o privada del empleador no modifica en modo alguno este esquema, pudiéndose vulnerar la garantía de indemnidad de la misma manera en los dos ámbitos⁴⁸.

Tampoco se verá afectado dicho esquema por las transformaciones que la economía digital pueda implicar en el marco del contrato de trabajo (por mucho que dicha economía pueda difuminar la condición del empleador, la forma de instrumentarse sus órdenes, etc.). Que las decisiones organizativas o disciplinarias deriven de la aplicación en el trabajo de sistemas automáticos no puede justificar en modo alguno la actuación del empleador si esta se dirige a vulnerar el derecho, ni exonerarlo de las consecuencias. Expresado de otro modo, el hecho de que el empresario implante sistemas informatizados en su negocio a través de los que se pueda gestionar el mismo o adoptar decisiones de forma mecánica, no le eximirá de la obligación de vigilar que las actuaciones llevadas a cabo sean respetuosas con los derechos fundamentales. Para ello, deberá poner especial cuidado en que la ejecución de esos sistemas mecanizados no pueda derivar en la producción de resultados inconstitucionales, por muy objetiva que pueda parecer su aplicación⁴⁹.

⁴⁸ HERRAIZ MARTÍN, María Sol: *El Despido Nulo: Causas y Efectos*. Navarra: Aranzadi. 2008.

⁴⁹ El Diccionario de la Real Academia Española define «algoritmo» como «conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema». La clave se encuentra en que el referido orden se preestablece por el diseñador de la aplicación o programa destinado a organizar el trabajo, y dicho diseño se elabora, a su vez, atendiendo a unos criterios determinados –por ejemplo, la eficiencia o

Puede pensarse fácilmente en un sistema informatizado que reparta el trabajo (y, como consecuencia de ello, las retribuciones) en virtud de la disponibilidad de determinados trabajadores, perjudicando así a aquellos que se encuentren más limitados como consecuencia del ejercicio de derechos fundamentales (por ejemplo, por su actividad sindical o como consecuencia de las dolencias que le causan una discapacidad). El empresario no podrá excusar su actuación en el carácter automático de la toma de decisiones, correspondiéndole la carga de asegurar que dichos sistemas no puedan provocar resultados lesivos para tales derechos.

De forma análoga al concepto marxista de «fetichismo de la mercancía»⁵⁰, podría hablarse en este supuesto de un fetichismo del algoritmo, por el cual se presenta la actuación adoptada como derivada de una decisión ajena al empresario, cuando es este quien tiene la voz última a la hora de fijar los criterios por los que se van a regir las decisiones automatizadas⁵¹. De este modo, en ningún caso podrá eximirse de responsabilidad el empleador por el hecho de escudarse en la automaticidad del sistema que organice el trabajo, existiendo ya numerosos ejemplos de cómo la utilización de algoritmos no excluye la posibilidad de que se produzcan resultados discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales. En estos casos, resulta preciso introducir mecanismos suficientes, la intervención humana incluida, para garantizar la inexistencia de resultados anticonstitucionales, estableciéndose un principio de responsabilidad de los desarrolladores sobre los sistemas mecanizados que elaboren⁵².

En otro orden de cosas, la lesión también puede producirse por aquellos sujetos que, sin ostentar la condición de empleador, se presentan como tales. Se hace referencia a los administradores de hecho o, en general, aquel otro sujeto con capacidad formal de determinar (y no simplemente condicionar) la toma de decisiones de la empresa o de representarla públicamente. En estos casos, se ha entendido que, aunque la actuación no emane directamente del

la agilidad de respuesta— prefijados por el empleador (ya sea impartiendo las instrucciones sobre las que se construye el sistema, ya sea descartando aquellos que no le interesen por no dar respuesta a sus necesidades). De este modo, los mencionados criterios pueden provocar un resultado lesivo de derechos fundamentales, incluso pese a construirse sobre pautas objetivas. Recuérdese al efecto la definición de discriminación indirecta, consistente en que a través de un criterio aparentemente neutro se ponga a determinadas personas en desventaja particular respecto de otras (cfr. Art. 6.3 LOI).

⁵⁰ MARX, Karl: *El Capital* (trad. Vicente Romano García). Madrid: Akal. 2014 (originalmente publicado en 1867).

⁵¹ URUEÑA, René: «Autoridad algorítmica: ¿cómo empezar a pensar la protección de los derechos humanos en la era del «big data»?» *Latin American Law Review*, 2, pp. 99-124. 2018.

⁵² DEGLI-ESPOSTI, Sara: «Los algoritmos también discriminan a los seres humanos: nosotros podemos impedirlo». *The conversation*. <https://cutt.ly/MyefLnV>. Publicado el 07.10.2019. Recuperado el 17.05.2020.

empleador, no impide necesariamente que pueda acreditarse la conexión con la actuación lesiva de derechos fundamentales. Es el caso, por ejemplo, de la STJUE de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12, caso *Asociația Accept*, que abordaba el supuesto de un club de fútbol que se encontraba valorando la posibilidad de contratar a un jugador, cuando se hizo público que este era homosexual. En estas circunstancias, un alto directivo del club realizó unas declaraciones públicas manifestando su oposición a la contratación del futbolista por dicho motivo, frustrándola finalmente. El TJUE considera que la posición del directivo y la actuación del club, que no se distanció de tales declaraciones, permiten considerar la existencia de indicios de que existió una actuación lesiva de derechos fundamentales.

Por último, la condición del empleador debe analizarse también en clave temporal. No es requisito que esta condición se ostente en el tiempo presente para que la lesión del derecho fundamental pueda producirse. De este modo, resulta posible que la vulneración de la garantía de indemnidad se produzca por un empleador pasado o futuro. Este supuesto es analizado por la STJCE de 22 de septiembre de 1998, asunto C-185/97, caso *Coote*, en la que se hace referencia a un antiguo empleador que remitía referencias negativas de una trabajadora como consecuencia de haber reclamado contra su anterior empresa en defensa de su derecho a no recibir un trato desigual.

2.2 Posibilidad de lesión por terceros

Es ya un hecho generalmente aceptado que la vulneración de derechos fundamentales puede provenir no solo del empresario sino también de otros trabajadores. Este tipo de lesiones no se produce exclusivamente en el ámbito de la garantía de indemnidad, sino también en el de otros derechos fundamentales (por ejemplo, en el caso del acoso laboral, vinculado al derecho a la integridad moral o física⁵³).

Esta posibilidad ha sido expresamente acogida en la normativa vigente. En concreto, se ha establecido que:

La víctima [...] de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá diri-

⁵³ En este particular, véase CONDE COLMENERO, Pilar: «La delimitación del acoso laboral y de la operatividad de la garantía de indemnidad». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 2, núm. 9, pp. 55-63. 2009.

gir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario (art. 177.4 LRJS).

Es cierto que a continuación se indica que no será necesario demandar, junto al empresario, al citado tercero, si bien esa posibilidad se constriñe a los supuestos en que no se solicite condena para este, ni cuando pueda resultar directamente afectado por la resolución, supuesto en el que, sin embargo, cabe la intervención voluntaria o «adhesiva» de estas personas. No obstante, en la práctica, y dado que la condena de este tipo de pronunciamientos pasará habitualmente por la solicitud de cesación de la actuación lesiva de derechos, lo que afectará directamente al tercero, la demanda frente a este para constituir válidamente el litisconsorcio pasivo necesario resultará fundamental⁵⁴.

Asimismo, la legitimación pasiva en este tipo de procesos la ostentan todos aquellos a quienes se imputa cometer el atentado contra el derecho fundamental cuya protección se pretende. En este sentido, no se considera que la enumeración de posibles sujetos causantes de la lesión en el art. 182.1.b LRJS⁵⁵ sea cerrada, ni tiene pretensión de exhaustividad, tratándose de una «legitimación pasiva omnicomprendensiva»⁵⁶. En todo caso, dicha enumeración sí que permite reconocer de manera clara la existencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

En cuanto a qué tercero concreto podrá ser el causante de la lesión, deberá realizarse una interpretación amplia de la norma, pudiendo darse dicha actuación por otros trabajadores que se encuentren en la misma posición (horizontal) que el demandante, así como por los que se sitúen en otra distinta (vertical), ya sean superiores o subordinados⁵⁷.

La lesión del derecho también podrá provenir de terceros que se encuentren incluidos de otro modo en el ámbito de la empresa: tales como clientes, usuarios, pacientes, alumnos, etc.⁵⁸. También podrá proceder dicha actuación de entidades que no estén incluidas en dicho ámbito empresarial, si bien tam-

⁵⁴ STS de 30 de enero de 2008, RCU 2543/2006.

⁵⁵ El art. 182.1.b LRJS establece que «la sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: b) Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada».

⁵⁶ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: «El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la ley 36/2011 de la jurisdicción social: ámbito material, legitimización, carácter potestativo y plazos de interposición». *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 155. 2012, p. 207.

⁵⁷ STC 74/2007.

⁵⁸ STSJ Madrid 949/2015, de 4 de diciembre, rec. 711/2015. Al respecto, véase también LOUSADA AROCHENA, José Fernando: «Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social». *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*,

poco absolutamente desvinculadas del mismo: sería el caso de las empresas que contratan con el empleador, otras empresas vinculadas, etc. Este aspecto será estudiando en un epígrafe posterior⁵⁹.

Finalmente, también podrá ser declarada lesiva la actuación de un tercero que no quede incluido en el ámbito empresarial de ningún modo, pero cuya participación resulta necesaria o relevante para la constitución de la relación laboral. Es el caso del ámbito religioso. Obviamente, esto afecta a distintas confesiones, pero es cierto que merece una mención especial la de la Iglesia Católica, por los sucesivos pronunciamientos que han existido al respecto. Por citar un ejemplo, la STC 38/2007 descartó la inconstitucionalidad de la exigencia que los profesores de enseñanza religiosa dispongan de la declaración eclesiástica de idoneidad para impartir clases. La opción legislativa que permite tal exigencia atribuye a las autoridades religiosas la posibilidad de determinar qué personas serán consideradas cualificadas para la enseñanza de su credo religioso, lo que se ha calificado como una garantía de libertad de las Iglesias para la impartición de su doctrina sin sufrir ninguna injerencia del Estado.

Lo anterior no obsta, claro está, a que el mecanismo de la idoneidad pueda utilizarse con resultados inconstitucionales: por ejemplo, cuando se utiliza para encubrir un propósito lesivo de derechos fundamentales que nada tienen que ver con el hecho religioso⁶⁰.

En estos casos, resultará necesario realizar una ponderación entre los intereses en juego, correspondiéndole a la comunidad religiosa acreditar, a la vista del caso concreto, «que el riesgo alegado sea probable y esencial, y que la injerencia impugnada [en el derecho fundamental] no sirva a otros propósitos no mencionados en el ejercicio de la autonomía de la comunidad religiosa»⁶¹.

2.3 Supuestos de empresario «complejo»: descentralización productiva

La externalización productiva es un fenómeno surgido a finales de los años setenta y durante los años ochenta del pasado siglo xx. Fue en este momento cuando se registraron las primeras respuestas empresariales a la crisis

núm. 25 (*Ejemplar dedicado a: Igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales = Berdintasuna eta diskriminaziorik eza lan harremanetan, generoa dela medio*), pp. 231-265. 2011.

⁵⁹ Se hace referencia al epígrafe destinado a analizar los «supuestos de empresario “complejo”: descentralización productiva», incluido en el Capítulo III, apartado 2.3.

⁶⁰ STS de 14 de enero de 2009, RCU 996/2008.

⁶¹ STEDH de 12 de junio de 2014, caso Fernández Martínez.

económica «mediante nuevas estrategias de flexibilización de la organización empresarial, a través de fórmulas de descentralización productiva»⁶². En aquel horizonte temporal se trataba de casos aislados; sin embargo, ya entonces «anticipaban lo que después sería una respuesta extendida»⁶³. Desde entonces, la tendencia hacia lo que se ha denominado “atomización del trabajo” ha ido acentuándose⁶⁴.

La transformación que conlleva la externalización productiva afecta a los elementos fundamentales clásicos de la relación laboral y se traduce en un significativo incremento de su complejidad⁶⁵.

En primer lugar, en tanto que acaba con la bilateralidad característica de las relaciones laborales⁶⁶ al quedar la posición jurídica típica del empresario dividida en un mínimo de dos figuras: de un lado, la empresa contratista (que a su vez pueden ser varias) y, de otro, la empresa principal, que es quien recibe los frutos del trabajo⁶⁷. Por otra parte, se «altera el ejercicio de las facultades derivadas del poder empresarial, pues la existencia de facultades de coordinación por uno de los empresarios condiciona y limita el ejercicio de las facultades directivas de los demás empresarios concurrentes»⁶⁸. Como consecuencia de las nuevas formas de organización empresarial, la figura del empleador también se aleja de la posición tradicional y tiende a alcanzar cada vez más importantes notas de complejidad, además de que se produce el efecto de dilución de su identidad⁶⁹. Los cambios que afectan al empleador han sido destacados como una de las transformaciones más significativas en el ámbito de las relaciones laborales⁷⁰.

La descentralización empresarial afecta, igualmente, al resto de los elementos de la relación laboral. En cuanto al trabajador, incide en la duración de

⁶² SÁEZ LARA, Carmen: «Externalización productiva y tutela de los trabajadores». *Documentación Laboral*, 107. 2016, p. 12.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «La “atomización” del trabajo»... (Bibl. cit.).

⁶⁵ Respecto de las particularidades que pueden implicar este tipo de relaciones para los derechos fundamentales, véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel: «Sustitución de huelguistas en supuestos de contrata y de empresas de trabajo temporal». *Actualidad laboral*, núm. 6, pp. 673-679. 2014.

⁶⁶ OLARTE ENCABO, Sofía: «El control empresarial de la prestación laboral en las contrata y sub-contratas». *Temas Laborales*, núm. 150, pp. 249-271. 2019.

⁶⁷ BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel: «El derecho a la huelga y la garantía de indemnidad del trabajador frente a la empresa principal de una contrata: entre el tribunal constitucional y la anomia». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 6 (2), pp. 203-220. 2018.

⁶⁸ SÁEZ LARA, Carmen: «Externalización productiva y tutela de los trabajadores...» (Bibl. cit.), p. 15.

⁶⁹ ARESE, César: «Panorama de la externalización laboral y su tratamiento jurídico». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 6 (2), pp. 165-202. 2018.

⁷⁰ OLARTE ENCABO, Sofía: «Las relaciones laborales triangulares en el marco de la reforma de 2012». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 6 (2), pp. 141-172. 2013.

su contratación, en el desarrollo de su carrera profesional, en la estructura salarial (quebrándose el principio de igualdad entre trabajadores de las distintas empresas) y en los mecanismos de extinción contractual, que se vinculan a la duración de la contrata entre las empresas principales y auxiliares. Estas consecuencias no se limitan al ámbito individual, sino que afectan también al colectivo. Así, a la progresiva individualización que ya de por sí está teniendo lugar en las relaciones entre trabajador y empresa⁷¹, ahora se suma la inexistencia material de un centro de trabajo. Esto tiene como consecuencia la reducción de la cohesión entre los trabajadores y la limitación a la coincidencia de sus intereses, lo cual repercute negativamente en el ejercicio de derechos colectivos (como el de huelga) y representativos⁷².

Las empresas persiguen alcanzar cotas de competitividad que las lleven a plantear estrategias de colaboración, y estas dan lugar a que el tradicional contrato de trabajo bilateral se transforme en un vínculo a tres bandas. Esto no se produce porque el trabajador suscriba una multiplicidad de contratos de trabajo, sino porque se ve obligado a relacionarse con varios empresarios como consecuencia de los negocios jurídicos existentes entre ellos. La proliferación de este tipo de relaciones de trabajo triangulares, en detrimento del contrato suscrito únicamente entre dos sujetos, se ha convertido en uno de los aspectos fundamentales de la realidad laboral actual. Las fórmulas jurídicas utilizadas para dar cobertura a las nuevas modalidades de contrato son variadas y se articulan a través de distintos regímenes. Los más extendidos son los que se estructuran a través de empresas de trabajo temporal, contratas y subcontratas de obras y servicios o concesiones administrativas; aunque existen muchas otras opciones, estructuradas a través de uniones temporales de empresas, franquicias, concesiones mercantiles, etc.⁷³.

Además, la utilización de estos mecanismos constituye una vía habitual para evitar la contratación indefinida o eliminar los problemas derivados de la selección de personal y la contratación. Pero, fundamentalmente, sirve para amparar la imposición de condiciones laborales menos favorables a los trabajadores de las empresas externalizadas, cumpliendo así con el objetivo de abaratar los costes de producción. Esto se traduce en una mayor precarización de jornadas, salarios, protección social, etc. –aun cuando esto coincide con una

⁷¹ GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, y LORENTE CAMPOS, Raúl: «Precarización laboral y beneficio empresarial: estrategias de explotación del nuevo milenio». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3 (2), pp. 77-94. 2015.

⁷² SÁEZ LARA, Carmen: «Externalización productiva y tutela de los trabajadores...» (Bibl. cit.).

⁷³ OLARTE ENCABO, Sofía: «Las relaciones laborales triangulares...» (Bibl. cit.). Al respecto de las consecuencias que se derivan de este tipo de mecanismos, véase ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «La “atomización” del trabajo...» (Bibl. cit.).

mayor preparación técnica del personal de las empresas subcontratistas y un grado más alto de especialización de los medios instrumentales técnicos de que disponen⁷⁴.

Frente a los problemas planteados en estas situaciones, los tribunales han formulado distintas respuestas, que han girado en torno a dos puntos fundamentales: «el concepto de empleador y la extensión de responsabilidades empresariales»⁷⁵.

Sin embargo, y en cuanto al reparto de responsabilidades, puede apreciarse que el legislador no ha realizado un gran esfuerzo regulador en la materia, pues precisamente en aras de la pretendida flexibilización de las relaciones de trabajo ha tendido a evitar un régimen de responsabilidades más elaborado y preciso⁷⁶.

En el reparto que ha previsto la normativa en este tipo de relaciones, las responsabilidades en muchos casos confluyen y se interrelacionan, especialmente teniendo en cuenta que la prestación de servicios con frecuencia tiene lugar incluso en el mismo centro de trabajo de la empresa principal⁷⁷. Así ocurre por ejemplo en los supuestos de subcontratación, pudiendo citar a título de ejemplo las responsabilidades en materia salarial y de Seguridad Social (art. 42 ET) así como en el ámbito preventivo (art. 24 LPRL). Para el correcto desenvolvimiento de lo anterior, surgen numerosas obligaciones formales y de información, tanto a los representantes de los trabajadores como a la TGSS. Estas obligaciones se acentúan en algunos ámbitos concretos, como es el sector de la construcción⁷⁸. Además, las relaciones entre el empresario principal y el directo son determinantes para el normal desenvolvimiento de la relación

⁷⁴ SAMPEDRO GUILLAMÓN, Vicente: «La garantía de indemnidad en la subcontratación: de nuevo el caso Samoa. Comentario a la STC 75/2010 de 19 de octubre». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 25, pp. 221-236. 2011. De hecho, esta se supone la idea inicial según la que era pensado este fenómeno. Sin embargo, se ha sostenido con acierto que «la contratación externalizada que, en un principio, encontraba justificación como mecanismo de especialización terminó degradándose hasta convertirse en un mecanismo generalista de reducción de costes laborales», como señala BALLESTER PASTOR, María Amparo: «La vulneración del derecho efectivo a la no discriminación laboral en las empresas externalizadas». *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 3, 2017, p. 76.

⁷⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier: «El concepto laboral de contrata: una reconstrucción a la luz del fundamento de la extensión de responsabilidad empresarial». *Derecho de las Relaciones Laborales*, 11, 2017, pp. 1056 y 1057.

⁷⁶ OLARTE ENCABO, Sofía: «Las relaciones laborales triangulares...» (Bibl. cit.).

⁷⁷ Al respecto, véase RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma: «La dimensión organizativa empresarial como factor condicionante en el ejercicio de los derechos laborales». *Documentación Laboral*, 107, pp. 47-73. 2016.

⁷⁸ MONEREO PÉREZ, José Luis: «La subcontratación como instrumento de descentralización productiva y su incidencia jurídico-laboral (parte 2)». *Revista Direito Das Relações Sociais e Trabalhistas*, 2 (1), pp. 136-169. 2016.

laboral particular, ya que condicionan directamente su propio inicio, desarrollo y finalización.

Por todo ello, para establecer garantías respecto de trabajadores de empresas subcontratistas, hay que entender antes que nada que su situación se vincula a un significativo elemento de vulnerabilidad. Como medida más destacada para tal fin, se persigue la corresponsabilización de la empresa principal, a la que se presume más solvente y estable⁷⁹.

Así, la jurisprudencia ha optado por configurar las exigencias al empleador principal en el seno de los procesos de descentralización productiva para justificar las llamadas causas técnicas, organizativas o productivas, que son las que acostumbran a sostener las numerosas medidas de flexibilidad interna y externa posibles⁸⁰. En relación con estas medidas, hay que tener en cuenta que la mera voluntad del empleador principal puede implicar el establecimiento de imposiciones que el empresario auxiliar se verá obligado a aceptar (en virtud de los negocios jurídicos existentes entre ellos), surgiendo una causa relativamente objetiva (y externa) que justificará la adopción de las medidas que posteriormente se le impondrán al trabajador y que le podrán afectar de manera decisiva⁸¹.

En estas circunstancias, y como consecuencia del progresivo incremento de la complejidad de las relaciones laborales que estamos señalando, resultará cada vez más sencillo articular actuaciones lesivas contra el trabajador, que podrán encubrirse en causas objetivas, elaboradas *ad hoc* por los empleadores (principal y directo). En este contexto debe ponerse especial cuidado en que tales justificaciones causales no sean utilizadas con la finalidad de lesionar derechos fundamentales. Como se ha expuesto, y teniendo en cuenta que en este tipo de relaciones en cadena el empresario principal podrá adoptar decisiones que conciernen de forma decisiva al empresario directo (contratista), la efectividad de los derechos laborales podrá verse amenazada por ambos empleadores.

⁷⁹ BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel: «El derecho a la huelga...» (Bibl. cit.).

⁸⁰ Así ocurre en el ámbito de la movilidad funcional (art. 39.2 ET), el traslado (art. 40.1 ET), el desplazamiento (art. 40.6 ET), la modificación sustancial de condiciones laborales (art. 41.1 ET), la suspensión del contrato (art. 47.1 ET), la reducción de jornada (art. 47.2 ET), el despido colectivo (art. 51.1 ET), el despido objetivo individual (art. 52.c ET, por remisión al colectivo) o la inaplicación del convenio colectivo (art. 82.3 ET).

⁸¹ FOLGOSO OLMO, Antonio: «La extensión de la garantía de indemnidad hacia actuaciones no jurisdiccionales de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva». *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: Actas del XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, vol. 2 (CD) (p. 8). Santiago de Compostela: Cinca. 2018.

En este ámbito cobra una especial relevancia la doctrina existente respecto de los despidos atípicos: esto es, aquellos que no adoptan la forma de un despido tradicional, sino que se producen como consecuencia de otras figuras legales, tales como la llegada a término de un contrato temporal⁸². La jurisprudencia constitucional ha aclarado que no resultaría aceptable que estas figuras amparasen la vulneración de derechos fundamentales, producidas tanto por el empleador principal como por el directo bajo instituciones laborales derivadas de los procesos de subcontratación (como el vencimiento de un contrato de trabajo por obra o servicio determinado vinculado a una contrata).

Debe destacarse en este punto la doctrina constitucional contenida en el denominado asunto Samoa⁸³. Estas sentencias generaron una amplia polémica doctrinal, en tanto que adoptaron una decisión bastante controvertida al ampliar a la empresa principal la responsabilidad por la actuación lesiva del derecho fundamental, en una manifestación abiertamente expansiva de la garantía de indemnidad y de sus efectos. La decisión tomada justificó la avocación del asunto al Pleno y motivó la incorporación de varios votos particulares, algunos especialmente duros con la posición adoptada.

En síntesis, en estas resoluciones el TC aborda el supuesto del despido de un grupo de trabajadores de una empresa contratista, producido a raíz de las reivindicaciones llevadas a cabo por sus condiciones laborales, que llevaron a la empresa principal a comunicar a la contratista la rescisión de la contrata por disminución de la competitividad. Resulta de interés, además, tener en cuenta que se descarta expresamente que la decisión extintiva se produjese en el marco de una actuación connivente entre la empresa principal y la contratista, concluyendo que la decisión de rescindir la contrata fue adoptada exclusivamente por la primera. En estas circunstancias, el empleador directo de los trabajadores les comunica la extinción del contrato de trabajo, determinada por la actuación de la empresa principal.

Las sentencias comentadas, pese a descartar como ya se ha señalado la existencia de connivencia, aprecian que la pérdida del empleo se produce «como consecuencia del ejercicio de sus derechos fundamentales y, por tanto, con vulneración de los mismos»⁸⁴. Ahora bien, hay que señalar que algún sector doctrinal consideró que, con esto, los pronunciamientos afirmaban errónea-

⁸² Analizaremos estos despidos con mayor detalle en el epígrafe destinado a analizar las «actuaciones *ad nutum* y discrecionales», incluidas en el Capítulo V, apartado 2.1.

⁸³ STC 75/2010 y las SSTC 98 a 112/2010. Al respecto, véase GARCÍA RODRÍGUEZ, Bernardo: «Triángulo laboral en Gijón. SSTC 75 y 76/2010, de 19 de octubre (RTC 2010, 75) y (RTC 2010, 76) y 98 a 106/2010, de 16 de noviembre (RTC 2010,98) y (RTC 2010, 106)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 2, pp. 226-227. 2011.

⁸⁴ STC 75/2010.

mente la existencia de un responsable directo –el empleador principal– y otro indirecto –el contratista– de la vulneración, y que mezclaban indebidamente sus respectivas posiciones jurídicas –pese a encontrarse estas perfectamente separadas–, presumiendo deberes propios del empleador a quien no lo es –la empresa principal– y atribuyéndole asimismo responsabilidades que no le correspondían, afectando así incluso a la libertad de empresa proclamada en el art. 38 CE⁸⁵.

No obstante, la jurisprudencia constitucional destaca que la esencia misma de los procesos de subcontratación consiste en la fragmentación de la posición empresarial en dos sujetos: el que ostenta la posición de empresario directo del trabajador, y contrata con él sus servicios, y quien efectivamente los recibe, de manera mediata y en virtud de un contrato mercantil. Y añade que, en la práctica, si estas relaciones impidiesen la posibilidad de obtener tutela ante vulneraciones de derechos fundamentales, se produciría una grave limitación de dichos derechos en el caso de trabajadores sometidos a procesos de descentralización empresarial, concluyendo que dicho resultado sería constitucionalmente inaceptable⁸⁶.

Los pronunciamientos referidos apuntan a que la causa por la que las sentencias revocadas no apreciaron la existencia de una lesión de derechos fundamentales fue precisamente la fragmentación de la posición empresarial, típica de la subcontratación, lo que fue posible, según señalan, por la existencia de una situación de anomia en esta materia⁸⁷, ante la total ausencia de regulación legal que impida la vulneración de derechos fundamentales por el empleador principal. En efecto, se constata la ausencia de una regulación global europea en dicho ámbito (existen solo regulaciones parciales, que afectan solo a algunos supuestos de dicha descentralización, como son las empresas de trabajo temporal, la sucesión de empresas, etc.). Y, en cuanto a la regulación estatal, el art. 42 ET no extiende su ámbito a la responsabilidad de la empresa principal respecto de las actuaciones que puedan resultar lesivas de los derechos fundamentales, ni tampoco establece mecanismos para alcanzar dicha tutela⁸⁸.

Las sentencias comentadas concluyen que es inaceptable que tal circunstancia se traduzca en una situación de desprotección para los trabajadores, y

⁸⁵ MONTOYA MELGAR, Alfredo: «Contratas, derechos fundamentales y “desbordamiento” de la jurisdicción constitucional». *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 149, pp. 211-224. 2011.

⁸⁶ STC 75/2010.

⁸⁷ BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel: «El derecho a la huelga...» (Bibl. cit.).

⁸⁸ Los efectos del art. 42 ET se limitan exclusivamente a empresas de la propia actividad. La STS de 2 de octubre de 2006, RCU 1212/2005, es un ejemplo además de la muy estricta interpretación que se ha dado a dicho precepto.

específicamente en el ámbito de sus derechos fundamentales⁸⁹. De este modo, la doctrina constitucional asume la necesidad de adoptar una resolución que trascienda al problema de la deficiente normativa legal, concluyendo que la inexistencia de mecanismos legales de garantía de los derechos no puede desembocar en la aparición de espacios de impunidad:

Cuando de la tutela de los derechos fundamentales se trata, este Tribunal ha de garantizar dicha tutela sin que puedan existir espacios inmunes a la vigencia de los derechos fundamentales. Si a través de la técnica de la subcontratación se posibilita que trabajadores externos contratados por una empresa contratista se vinculen directamente a la actividad productiva de una empresa principal e, incluso, que la propia duración de su contrato de trabajo se haga depender directamente de la vigencia del contrato mercantil que vincula a ambas empresas, determinando, en virtud de todo ello, que la efectividad de los derechos de los trabajadores pueda verse afectada no sólo por la actuación del contratista sino también por la del empresario principal, del mismo modo habrá de salvaguardarse que en el ámbito de esas actuaciones los derechos fundamentales de los trabajadores no sean vulnerados. Pues no sería admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos⁹⁰.

La jurisprudencia constitucional entiende que, en el ámbito de la descentralización productiva, todas las partes se encuentran conectadas en el proceso económico de la empresa principal. Que esta interconexión afecta sustancialmente a las relaciones laborales es un hecho indiscutible: una manifestación clara de ello es que incluso la duración de las relaciones laborales se puede vincular a la vigencia de la contratación entre empresas. En estas condiciones, será necesario que todos los empresarios conectados se impliquen en la protección de los derechos afectados y, en especial, de los que tengan la considera-

⁸⁹ La STC 75/2010 defiende en su fundamento jurídico séptimo que «de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que éstas alcancen únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla». En esta misma línea, se ha advertido que con estos pronunciamientos puede considerarse que «se está dando un duro y merecido golpe a las formas de descentralización productiva que contribuyen a la precarización del mercado de trabajo», como apunta GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «La extensión refleja de la garantía de indemnidad a los trabajadores de contratas y subcontratas por actos de la empresa principal: los ecos del asunto “Samoa”». *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44, 2010, p. 10.

⁹⁰ STC 75/2010.

ción de fundamentales –sin que pueda suponer obstáculo alguno para ello la ausencia de regulación expresa⁹¹.

Como ya hemos señalado, estas sentencias no se dictaron por unanimidad. De los once magistrados que compusieron el pleno, cinco no se mostraron conformes con el parecer mayoritario⁹². Los votos particulares que recibieron las sentencias fueron muy críticos y recogían diversas causas para su desacuerdo. En primer lugar, plantearon que el voto mayoritario no podía adoptar esa conclusión sin la previa declaración de inconstitucionalidad de la normativa reguladora de la subcontratación (ya fuese por insuficiencia o por omisión), lo que exigiría el previo planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad, prevista en el art. 55.2 LOTC. En segundo lugar, señalaron que se había obviado que el art. 42 ET:

... configura dos relaciones jurídicas diferentes, una laboral y otra mercantil, sin que quepa fundir ambas en una, a través de la extensión, por un lado, del concepto de empresario laboral a la empresa principal, y, por otro, de la responsabilidad que esta tenga por hechos vulneradores de derechos fundamentales a la empresa contratista⁹³.

También se otorga por los votos particulares una especial relevancia al hecho de que las sentencias no apreciaran la existencia de connivencia o vinculación entre la empresa principal y la subcontratista. En este ámbito, existen diversas posturas jurisprudenciales y doctrinales acerca de si es necesaria esa especial vinculación para poder apreciar la responsabilidad de la empresa principal respecto de la conducta lesiva de derechos.

El propio TS se ha pronunciado en algunos casos entendiendo que esa especial vinculación resulta necesaria⁹⁴, rechazándose la existencia de vulneración cuando no concurre la misma⁹⁵. Esta posición ha recibido críticas que

⁹¹ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.).

⁹² Este puede ser uno de los elementos causantes de que la acogida posterior de esta doctrina por los tribunales fuese poco sólida.

⁹³ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.), p. 862.

⁹⁴ Así lo apreció la STS de 11 de febrero de 2015, RC 95/2014, relativa a la vulneración del derecho de huelga en el seno del Grupo Prisa, apreciando que es lesiva de derechos fundamentales la conducta de la empresa principal (editora de periódicos) que, al iniciarse una huelga en el ámbito de la contratista (dedicada a la impresión), procede a contratar con otras empresas para cubrir ese servicio. En este caso se apreció la existencia de una especial vinculación entre ambas por las propias características de la actividad productiva y por ser la empresa principal la destinataria última de la actividad laboral de los trabajadores de la contratista. Además, se destaca que la empresa contratista había formado parte en un primer momento del ámbito productivo de la principal, que posteriormente fue externalizado.

⁹⁵ Es el caso de la STS 961/2016, de 16 de noviembre de 2016, RC 59/2016, relativa también a un supuesto de vulneración del derecho de huelga. En este caso la empresa contratista no sustituyó a los trabajadores huelguistas por otros trabajadores, sino que fueron las empresas principales las que, durante la huelga, contrataron con otras terceras empresas los trabajos que la contratista no podía ejecutar como

han resaltado que el esquema triangular de la subcontratación (donde la relación laboral se articula con la empresa contratista, pese a que los frutos del trabajo se reciben por la principal) supone una ruptura de la ajeneidad en dos partes que puede generar situaciones de riesgo para los derechos fundamentales. Como solución se proponía analizar qué respuesta habría de darse al conflicto si, en lugar de haber dos empresas, hubiera solo una⁹⁶.

En este mismo sentido, se ha señalado el riesgo de que, en estos supuestos, pueda terminar sin sanción una represalia por el ejercicio de un derecho fundamental, cuando en otro caso esa misma actuación desembocaría en nulidad. Se sigue insistiendo en que este riesgo, causado precisamente «por la configuración legal del juego de responsabilidades atribuidas a cada uno de los empresarios implicados en el supuesto de la subcontratación temporal»⁹⁷, es totalmente inadmisibles, pues «descubre –con estupor– un vacío de protección importante para los derechos fundamentales de los trabajadores frente a represalias cometidas por la empresa principal, que deben hallar protección sea cual sea el supuesto de contratación legal ante el que se esté»⁹⁸.

A pesar de las críticas contenidas en los votos particulares, esta fue la argumentación que prevaleció y que hizo al TC alcanzar el resultado planteado, afirmándose la mayoría del Pleno en que «con carácter general y sin la necesidad de que concurra ninguna circunstancia ambiental específica, cualquier empresa principal habrá de responder de aquellos actos que lesionen los derechos fundamentales de los trabajadores concernidos en un triángulo de subcontratación»⁹⁹.

No obstante, no puede dejar de señalarse que, en los referidos casos resueltos por la jurisprudencia constitucional, la consecuencia no pasó por la readmisión de los trabajadores, que no resultaba ya posible, sino por el esta-

consecuencia de la huelga. El TS apreció que no había vulneración del derecho de huelga en tanto que no aprecia la existencia de vinculación, más allá de la mera relación de cliente de la empresa principal y la contratista.

⁹⁶ PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo: «Huelga y subcontratas. El caso Altrad Rodisola». *Rojo y negro*. <https://cutt.ly/iyegPSA>. Publicado el 15.03.2017.

⁹⁷ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.), p. 860.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel: «El derecho a la huelga...» (Bibl. cit.), p. 215. Sin embargo, como hemos señalado, se trata de una cuestión que sigue sin resultar pacífica. Pueden encontrarse numerosos pronunciamientos al respecto que en supuestos de actuaciones de un tercero reactivas a la reclamación de los trabajadores descartan que este pueda verse afectado por la declaración de nulidad. La STSJ Cataluña 3908/2016, de 17 de junio, rec. 1677/2016, es significativa de esta postura, al señalar que «aun admitiendo que la Generalitat decidiera finalizar la contrata ante la conflictividad mostrada por el grupo de trabajadoras, no puede atribuírsele más reproche que el de querer prestar el servicio correspondiente sin tal conflictividad, con personal propio».

blecimiento de una indemnización compensatoria –solución que, según se ha apuntado, resulta solo «parcialmente satisfactoria»¹⁰⁰.

Los casos analizados hasta aquí sirven bien para ilustrar hasta qué punto pueden ganar en complejidad las relaciones laborales que se establecen en el marco de la descentralización productiva. Pero esta complejización puede dar lugar a muchísimas más situaciones altamente intrincadas y de naturaleza muy diversa.

El trabajador se puede encontrar teniendo que estar en un centro de trabajo, que no es de su empresa, en el que deberá acatar no sólo las órdenes de sus propios mandos, sino también ajustarse a las instrucciones generales y a la organización del trabajo de los jefes de dicha empresa principal, y tendrá que usar sus medidas de seguridad coordinándolas con las propias, etc. Por todo ello, se producen una confluencia de relaciones verticales y horizontales¹⁰¹.

En este tipo de relaciones, la propia dinámica de interconexión entre empresarios con trabajadores de otras empresas (lo que ocurrirá con frecuencia en el ámbito de contratos de puesta a disposición o en el supuesto de subcontratación) o entre trabajadores de distintas empresas, puede generar una enorme variedad de situaciones de conflicto, especialmente en los supuestos en que la delimitación entre el empleador formal y el material no resulte sencilla.

Esto puede intensificarse a causa de diversas circunstancias: cuando existan irregularidades en el proceso de descentralización; cuando, por las propias características del servicio ejecutado, distintos empleadores y trabajadores compartan el mismo centro de trabajo; o cuando el recurso excesivo a figuras como la subcontratación conduzca a vinculaciones con empresas sin el suficiente grado de especialización ni los recursos humanos o técnicos necesarios, lo que se traducirá en situaciones de mayor precarización de las condiciones laborales¹⁰².

En estas circunstancias, surgirán necesidades, problemas o conflictos con una frecuencia igual o incluso superior a la que podría apreciarse en el ámbito de una relación laboral ordinaria. Pero habrá un agravante, y es que la confusión en cuanto al reparto de responsabilidades podrá dificultar la canalización de las reivindicaciones (por ejemplo, que estas se dirijan al empleador material

¹⁰⁰ SÁEZ LARA, Carmen: «Externalización productiva y tutela de los trabajadores...» (Bibl. cit.), p. 21.

¹⁰¹ SAMPEDRO GUILLAMÓN, Vicente: «La garantía de indemnidad ...» (Bibl. cit.), p. 228.

¹⁰² MONEREO PÉREZ, José Luis: «La subcontratación como instrumento de descentralización...» (Bibl. cit.).

en lugar de al empleador directo¹⁰³). Así, los conflictos tradicionales que surgen entre trabajadores y empresarios pueden terminar trasladándose hacia otros puntos cuando los primeros comprueban que la capacidad de toma de decisiones no corresponde en exclusiva al ámbito directivo de los segundos, así como en aquellos casos en que se solicita una clarificación de la potestad directiva o de las condiciones de trabajo¹⁰⁴. Lo anterior se refuerza teniendo en cuenta que, en estas circunstancias, resulta habitual que las obligaciones laborales no se atribuyan exclusivamente al empresario principal, sino que afecten igualmente al resto de empleadores, incluso de forma solidaria. Así ocurre en el ámbito de la labor preventiva de riesgos laborales (art. 42 LPRL) o de las obligaciones en materia salarial (art. 42 ET).

Por estos motivos, cobran una especial vigencia los pronunciamientos constitucionales que han amplificado el ámbito de protección de la garantía de indemnidad, así como su extensión a actuaciones no jurisdiccionales. De este modo, deberán tutelarse las actuaciones de los trabajadores que planteen acciones frente al empresario principal de la misma forma que si lo hiciesen frente a su empleador directo. Igualmente, resulta fundamental que no se adopte un criterio rígido en cuanto a las actuaciones protegidas, y que este no se limite al ejercicio de acciones judiciales en sentido estricto. La protección deberá extenderse también a los supuestos en que se realicen actuaciones previas tendentes a la evitación de los procesos (en la línea seguida por la STC 55/2004). Estas actuaciones (que pueden adoptar la forma de meras quejas, reclamaciones o requerimientos dirigidas por el trabajador frente al empleador principal –o al personal a su cargo–, y que pueden versar sobre aspectos tan distintos como prevención de riesgos laborales, clarificación de la potestad directiva, etc.) deben recibir tutela constitucional incluso cuando se articulen de manera informal. Es previsible que esta informalidad será la opción habitual –precisamente por la inexistencia de canales directos de comunicación con el empresario principal, aunque también porque el centro de trabajo de este con frecuencia se compartirá con el del propio empleador¹⁰⁵.

¹⁰³ LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: «Huelga en las contratas y subcontratas». *Gómez Acebo & Pombo*. <https://cutt.ly/AyegaU9>. Publicado el 27.04.2017. Recuperado el 17.05.2020.

¹⁰⁴ Sin duda alguna, esta es una cuestión que va a complicarse progresivamente, especialmente a la vista del art. 1.5 de la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que prevé la posibilidad de que las obligaciones de información respecto de tales condiciones laborales se externalicen en sujetos distintos del empleador, lo que sin duda contribuirá en muchos supuestos a incrementar la conflictividad. Al respecto, véase MIRANDA BOTO, José María: «Algo de ruido. ¿cuántas nueces? la nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho Español». *Temas Laborales*, núm. 149, pp. 71-100. 2019.

¹⁰⁵ FOLGOSO OLMO, Antonio: «La extensión de la garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

Resumiendo, con la incardinación de las relaciones laborales en las lógicas de la descentralización productiva se configura un escenario complejísimo y marcado por situaciones de desprotección, por una deficiente regulación europea y por las limitaciones impuestas por la regulación estatal. Ante este escenario, la doctrina viene realizando sucesivas propuestas para paliar tales efectos.

Una de ellas es la propuesta (*lege ferenda*) de establecer la obligación de equiparar las condiciones de trabajo de las empresas contratistas y usuarias, a través del principio de igualdad de trato¹⁰⁶.

También se ha abordado la inconveniencia de adoptar soluciones distintas para los supuestos de una actuación descentralizadora fraudulenta y para aquellos en que eso no ocurre. No obstante, esto no es suficiente para dar cuenta de que la descentralización, incluso cuando adopta forma lícita, por sí misma produce efectos perniciosos sobre las relaciones laborales. Por ello, se plantea también la pertinencia de «avanzar hacia la superación del concepto jurídico laboral de empresario hasta el concepto de empresario plural»¹⁰⁷, reconociendo así la existencia de una pluralidad de empleadores y manifestando con firmeza que esta situación no debe provocar perjuicio alguno sobre los derechos de los trabajadores afectados por ella¹⁰⁸. Incluso, se ha propuesto la posibilidad de:

... avanzar hacia un «concepto funcional del empleador», que, más allá de lo explícitamente reflejado en el contrato de trabajo y desbordando en cierta medida el «corsé» de la relación contractual estrictamente bilateral, atienda sobre todo a quién ejerce verdaderamente en cada momento y área de la actividad laboral las funciones empresariales desde una perspectiva material¹⁰⁹.

En todo caso, las propuestas de la doctrina dejan al descubierto la insuficiencia del marco jurídico existente en este ámbito, cuestión que se traduce en una elevada litigiosidad. Esto ha evidenciado la necesidad de reconsiderar la posibilidad de establecer un régimen jurídico más ordenado y congruente con las particularidades de estas relaciones de trabajo, en aras de garantizar la se-

¹⁰⁶ GINÈS FABRELLAS, Anna: «Externalización productiva y elusión de compromisos laborales. La necesidad de revisar la normativa europea en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4 (1), pp. 1-16. 2016.

¹⁰⁷ SÁEZ LARA, Carmen: «Externalización productiva y tutela de los trabajadores...» (Bibl. cit.), p. 26.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «El futuro del trabajo y su regulación jurídica ante los retos de la “atomización” y la fragmentación empresarial». *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, pp. 9-30*. Palacio de Zurbano, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019). 2017.

guridad jurídica que debería existir en este ámbito. A lo anterior deben añadirse los efectos de la reforma laboral de 2012¹¹⁰, la cual, al modificar el régimen de negociación colectiva, amplió de manera desorbitada la flexibilidad que afecta a este tipo de relaciones, sin articular ninguna contrapartida que reequilibrase la balanza¹¹¹.

¹¹⁰ Se hace referencia, en concreto, al RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, posteriormente convalidado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

¹¹¹ OLARTE ENCABO, Sofía: «Las relaciones laborales triangulares...» (Bibl. cit.). Véase también RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma: «La dimensión organizativa empresaria...» (Bibl. cit.).

CAPÍTULO IV

ELEMENTOS OBJETIVOS

En este capítulo vamos a analizar las actuaciones que entran dentro del ámbito de la garantía de indemnidad. Enfocaremos, en primer lugar, las actuaciones realizadas por el trabajador y que desencadenan la represalia. En segundo lugar, nos detendremos en las condiciones que deben cumplir las respuestas por parte de la empresa para ser consideradas lesivas del derecho fundamental.

1. ELEMENTO OBJETIVO PRECURSOR

Un elemento absolutamente clave dentro de la estructura de la garantía de indemnidad es la reclamación formulada por el trabajador. La naturaleza de la reclamación se ha considerado determinante para dilucidar si la represalia puede considerarse lesiva de derechos fundamentales o no.

Esta actuación del trabajador puede adoptar formas muy diversas y también puede corresponderse con distintas fases del proceso reivindicativo. Además, como ya hemos adelantado, puede establecerse dentro del proceso judicial o al margen del mismo, ya que las actuaciones ajenas al proceso también son potencialmente vinculables con el derecho fundamental del que emana la protección de la garantía de indemnidad.

Por último, se hace necesario desglosar aquellas actuaciones reivindicativas formuladas por el trabajador que deben quedar excluidas de protección.

1.1 Actuaciones judiciales y conexas

A continuación, vamos a analizar el primer conjunto de reclamaciones frente a la empresa, constituido por aquellas actuaciones que se encuentran directamente conectadas con el proceso judicial. A este respecto, el proceso judicial es considerado en todas sus fases, por lo que no solamente se incluye el planteamiento de la acción judicial, sino también otras actuaciones llevadas a cabo en relación con dicho proceso (interposición de recursos, solicitud de ejecución, actuaciones previas, etc.). Finalmente, se hace referencia a la intervención procesal como testigo y a la vinculación de dicha actuación con el derecho fundamental a comunicar libremente información veraz.

1.1.1 ACCIÓN JUDICIAL COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL

La pieza paradigmática a la que otorga protección constitucional la construcción doctrinal de la garantía de indemnidad es la acción judicial. El objetivo primordial es proteger al trabajador que deja de lado otras vías de reclamación –igualmente lícitas, y que también pueden contar con protección de carácter constitucional (por ejemplo en relación con el derecho de reunión, el derecho a la libertad de expresión o el derecho de huelga)– y opta por acudir a la vía jurisdiccional para ejercitar sus derechos frente al empresario. La tutela se otorga pues al trabajador que acude a los tribunales para conseguir la efectividad de sus derechos, empleando los mecanismos jurisdiccionales establecidos para ello.

Con relativa frecuencia, la reclamación protegida se vinculará con derechos de contenido laboral, tales como la declaración de laboralidad de la prestación de servicios¹, la declaración del carácter ordinario de la relación laboral², o similares. No obstante, esto no significa que la tutela se encuentre constreñida a los derechos de carácter laboral; al contrario, puede extenderse a cualesquiera otros. En este sentido resulta especialmente ilustrativa la STC 55/2004, en la que los derechos reclamados estaban vinculados a la propiedad intelectual del trabajador. La protección del derecho de acceso a la jurisdicción, por tanto, no viene condicionada por el hecho de que el fundamento de la reclamación sea laboral o no, sino por el hecho de que el ejercicio del

¹ STC 14/1993.

² STC 38/2005.

citado derecho, sea cual sea su objeto, suponga un inconveniente, perjuicio o sacrificio para el empleador.

Por el mismo motivo, nada permite concluir que el derecho ejercitado deba articularse necesariamente a través de la jurisdicción social. La actuación (originalmente) protegida por la garantía de indemnidad es el ejercicio de una acción judicial, y no exclusivamente la laboral. Por lo tanto, ese ejercicio podrá llevarse a cabo también a través de la jurisdicción contencioso-administrativa³, civil o mercantil⁴ o, incluso, penal⁵. En otras palabras:

La garantía de indemnidad opera con independencia del orden jurisdiccional y del tipo de tutela solicitada judicialmente por el trabajador, puesto que el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE es un derecho subjetivo público que trasciende del ámbito contractual, y que no parece que pueda parcelarse en función del carácter laboral o no laboral de los intereses a cuyo servicio se ponga⁶.

Se proscribe, pues, la posibilidad de perjudicar a quien ejercita el derecho, con independencia de la naturaleza y contenido de la acción ejercitada⁷. No obstante, cabe hacer una especial referencia al ejercicio de acciones penales a través de la mera denuncia, dado que esta no constituye necesariamente el ejercicio de la acción penal, habiéndose considerado que es solo una declaración de conocimiento (de la *notitia criminis*) y «no una declaración de voluntad en los términos que exige la querrela»⁸, por lo que se discute que su formulación pueda considerarse incluida dentro del ejercicio a la acción judicial. Naturalmente, este hecho no impediría que se articulase su protección en el ámbito del derecho a comunicar información veraz (art. 20.1.d CE)⁹. Esta interpretación resulta ciertamente discutible, en tanto que la actuación procesal no se limita en todo caso a la formulación de la denuncia (puesta en conocimiento de hechos), sino que puede implicar también la toma de posición en un proceso e, incluso, la intervención activa en el mismo (proposición de diligencias de prueba, calificación de los hechos...), lo que permitiría a nuestro

³ Es el caso de la STC 87/2004.

⁴ STSJ Andalucía/Granada 342/2019, de 7 de febrero, rec. 1929/2018.

⁵ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: «La repercusión de la garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

⁶ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.), p. 78.

⁷ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.).

⁸ STSJ Cantabria, 809/2000 de 17 de julio, rec. 687/1998, que incardina la actuación del denunciante dentro del ámbito del derecho a comunicar información veraz.

⁹ Debe tenerse en cuenta que la acción penal tiene unas características propias, ya que, a diferencia del ejercicio de la acción civil en el que existe el derecho a obtener una resolución sobre el fondo, etc., en el ámbito de la penal existe exclusivamente el derecho a que se sustancie un proceso penal con el fin de obtener un pronunciamiento sobre la procedencia de imponer una pena. En este sentido, véase ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: *Introducción al Derecho procesal...* (Bibl. cit.).

juicio la incardinación de este tipo de actuaciones en el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰.

Por otra parte, tampoco resulta imprescindible que el ejercicio de acciones se dirija frente a la propia empresa. Ya en el art. 17.1 ET puede advertirse que la nulidad se plantea en relación con las decisiones del empleador que supongan un trato desfavorable como reacción ante una reclamación efectuada *en* la empresa, y no necesariamente *contra* esta. Por lo tanto, puede entenderse vulnerada la garantía de indemnidad también cuando la represalia reacciona a una reclamación judicial dirigida contra un tercero, respecto del cual el empresario ostenta algún interés de protección. A título de ejemplo, puede considerarse plenamente vulnerada la garantía de indemnidad de un trabajador que es despedido tras formular una demanda contra otro empleado o, incluso, contra un familiar de su empresario¹¹.

Otra cuestión que hay que tener en cuenta es que el acto protegido es el mero ejercicio de la acción, sin importar su resultado material: es decir, independientemente de que concluya con la estimación o desestimación de la demanda. La propia jurisprudencia constitucional ha aclarado a este respecto que lo que se tutela es «una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido»¹²; lo protegido es, pues, el ejercicio en sí de la acción y no su favorable fin. Del mismo modo, la protección de la acción se desvincula de su resultado formal, ya concluya el procedimiento por sentencia, por inadmisión de la demanda o por desistimiento¹³. En este concreto sentido se pronuncia la STC 120/2006, que aclara que:

A los efectos de una posible represalia prohibida por el art. 24.1 CE, lo realmente trascendente no es cuál fue el resultado final de aquellas iniciativas de

¹⁰ Todo ello sin perjuicio de que los supuestos en que la actuación se redujese estrictamente a la mera interposición de una denuncia pudiesen resultar amparados en el ámbito de la libertad informativa del citado art. 20.1.d CE. Sin embargo, la doctrina judicial no viene estableciendo ninguna distinción al respecto, incardinando en el ámbito de la garantía de indemnidad tanto la interposición de querrela (STSJ Andalucía/Málaga 938/2015, de 4 de junio, rec. 660/2015, STSJ Andalucía/Málaga 168/2017, de 25 de enero, rec. 1733/2016 o STSJ Canarias/Tenerife 773/2019, de 12 de julio, rec. 494/2019) como de denuncia (STSJ Cataluña 7151/2015, de 2 de diciembre, rec. 4718/2015 o STSJ Asturias 3063/2017, de 27 de diciembre, rec. 2223/2017), especialmente cuando posteriormente se participa como parte en el citado proceso penal (STSJ Valencia 287/2016, de 9 de febrero, rec. 3360/2015).

¹¹ Es el caso abordado por la SJS1 Badajoz 177/2018, de 13 de abril, Autos 604/2017, relativo a una represalia adoptada contra una trabajadora, tras formular esta denuncia (por violencia de género) frente a su marido, hijo del propietario de la empresa.

¹² STC 5/2003.

¹³ Sin embargo, existen numerosas resoluciones que continúan prestando una especial atención al desistimiento de la acción, considerando que debe desprenderse del mismo la inexistencia de indicios de vulneración de la garantía de indemnidad. Sobre esta cuestión se regresará más adelante, al abordar la prueba indiciaria.

la trabajadora en defensa de sus intereses, sino [...] si la decisión empresarial cuestionada [...] pudo responder, indiciariamente, al previo ejercicio por la trabajadora de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Otro elemento que no resulta relevante es si al momento de la represalia se ha resuelto la demanda formulada. Basta con que se haya producido su mero ejercicio¹⁴. De hecho, hacer depender la virtualidad de la garantía del resultado del procedimiento acabaría con toda su operatividad, en tanto que muy habitualmente el proceso inicial tardará bastante más en resolverse que aquel otro en el que se analice la existencia de la represalia (que frecuentemente será tramitado por vía de urgencia). Por tanto, no será necesario constatar que la represalia se produce a raíz del concreto sentido de una determinada resolución judicial final: lo relevante será la situación de conflictividad entre las partes, que existe desde el momento en que el empleador tiene conocimiento del ejercicio de la acción¹⁵.

Del mismo modo, tampoco puede implicar con carácter general la desaparición del indicio de represalia el hecho de que la reclamación haya sido conciliada o aceptada por el empleador, ya que no puede descartarse que a estos desenlaces les subyazca una estrategia de la empresa dirigida a eliminar la sombra de sospecha sobre una actuación posterior¹⁶.

1.1.2 ACTUACIONES INTRAPROCESALES

Como se ha señalado en el apartado anterior, el supuesto paradigmático protegido por la garantía de indemnidad es el acceso a la jurisdicción, esto es, el planteamiento de una demanda ante los tribunales. No obstante, sería tremendamente simplista reducir el derecho a la tutela judicial efectiva a esta fase específica del proceso y excluir el resto de las actuaciones procesales, que igualmente pueden motivar una actuación represiva del empleador. De hecho, ya la primera sentencia que reconoció de forma explícita la garantía de indemnidad¹⁷ preveía, sin duda alguna con gran acierto, que la protección constitucional no debía otorgarse en exclusiva a los supuestos en los que se ejecutase la represalia tras la interposición de una demanda, sino también en otras fases procesales.

¹⁴ MARTÍNEZ FONS, Daniel: «La interpretación extensiva del alcance de la garantía...» (Bibl. cit.).

¹⁵ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.).

¹⁶ MORÁN ROA, Sonia: «La protección jurídica del trabajador reclamante: la garantía de indemnidad». *FORELAB*. <https://cutt.ly/yyegQNn>. 2017.

¹⁷ STC 14/1993.

La extensión de la protección a estas otras fases resulta fundamental cuando se toma en consideración que los procesos pueden llegar a durar incluso varios años. En estas condiciones, considerar que el único momento procesal destacado debe ser el de interposición de la demanda permitiría al empleador optar por algo tan sencillo como posponer el momento de su represalia. De esta manera resultaría demasiado fácil defender la desconexión temporal entre las medidas adoptadas y el previo ejercicio del derecho, y negar así su vinculación.

Para evitar este escenario, la jurisprudencia constitucional no descarta que la represalia «puede adoptarse en el momento en que la acción del trabajador alcanza una dimensión o intensidad determinadas, pese a no haberlo hecho en fases iniciales o anteriores del mismo proceso reivindicativo»¹⁸. Por lo tanto, puede ocurrir perfectamente que el elemento objetivo precursor no sea la interposición de la demanda, sino cualquier otro acto procesal significativo que el empresario advierta como un peligro y frente al que decida actuar de forma lesiva. Sería el caso, por ejemplo, de un trabajador que, durante la tramitación de su proceso judicial, lleva a cabo alguna actuación que el empleador considera especialmente sensible, como puede ser la práctica de alguna prueba determinada o la solicitud de una medida cautelar dentro del proceso¹⁹. Otro ejemplo hipotético podría ser la imposición de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, consistente en una reducción salarial, a un grupo de trabajadores, uno de los cuales da un paso más que sus compañeros y solicita al Juzgado la práctica de determinada prueba, como podría ser la solicitud de que se aportase al proceso determinada documentación económica que permitiera acreditar que la empresa tenía una doble contabilidad, con el grave perjuicio que esto podría suponerle a la demandada. Esta actuación resultaría claramente merecedora de protección, si bien la garantía de indemnidad probablemente podría desarrollarse a partir del derecho a valerse de medios de prueba y no sobre el derecho de acceso a la jurisdicción.

Otro momento que merece ser destacado es el correspondiente al dictado de la sentencia. No resulta difícil imaginar la situación de un empleador que recibe una demanda sin darle demasiada importancia y tras comprobar el dic-

¹⁸ Como puede ser, por ejemplo, el momento del dictado de la sentencia, tal y como ocurre en la STC 144/2005. Respecto de esta sentencia, véase el comentario de BALLESTER PASTOR, María Amparo: «El derecho del trabajador a la tutela judicial efectiva en la vertiente de garantía de indemnidad: nulidad del despido de redactor de TVE tras el reconocimiento de la laboralidad de la relación de trabajo. Comentario a la STC 144/2005, de 6 de junio 2005 (RTC 2005,144)». *Aranzadi Social*, núm. 2, pp. 2625-2633. 2005.

¹⁹ STSJ Andalucía/Sevilla 2280/2017, de 17 de julio, rec. 2925/2016 o STSJ La Rioja 122/2018, de 3 de mayo, rec. 117/2018.

tado de la sentencia (especialmente cuando establezca algún tipo de gravamen para él) decide iniciar su actuación represiva. Sería un error pensar que esta actuación no merece ser protegida por el mero hecho de no producirse tras un incremento de la intensidad de la reclamación (que es lo que ocurre en otros supuestos, que requieren de una actuación procesal concreta por parte del trabajador: como la anteriormente mencionada solicitud de prueba, pero también la presentación de un recurso o la solicitud de la ejecución). No obstante, lo cierto es que el dictado de la sentencia constituye una fase perfectamente subsumible dentro del rango de actuaciones desencadenantes protegidas, porque implica que el trabajador no solo ha accedido a la jurisdicción y formulado la reclamación, sino que además ha mantenido su pretensión en el tiempo, hasta el punto de ratificarla en juicio.

Como acabamos de adelantar, la formulación de recurso contra una sentencia también se cuenta entre las actuaciones protegidas. Un claro ejemplo sería el de una sentencia que revoque una sanción por cuestiones de legalidad ordinaria, no declarando su nulidad, y frente a la que el trabajador insista planteando un recurso de suplicación solicitando que se declare lesiva de derechos fundamentales. O, también, el caso de varios trabajadores que reclamen frente a una empresa, algunos de los cuales alcancen un acuerdo, mientras que otros lo rechacen y, tras obtener una sentencia desestimatoria, insistan en recurrir²⁰. En este supuesto, la garantía de indemnidad se sustentaría en el derecho al recurso, y no en el derecho de acceso a la jurisdicción.

También puede suponer un hito destacado del procedimiento la solicitud de ejecución de la sentencia, sobre todo en supuestos especialmente delicados: cuando supone un claro perjuicio para la empresa (por ejemplo, en forma de bloqueo de cuentas como consecuencia de un embargo judicial); o cuando son varios los trabajadores que reclaman frente a la empresa, pero solo algunos de ellos instan la ejecución de la sentencia, optando otros por conceder facilidades al empresario. En esta línea, algunos posicionamientos doctrinales han afirmado con rotundidad que la garantía de indemnidad se extiende a la ejecución²¹, ya sea definitiva o provisional: es el caso, por ejemplo, de la STC 5/2003²². En estos supuestos, la garantía de indemnidad se cimentaría sobre el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales y no sobre el derecho de acceso a la jurisdicción.

²⁰ STC 54/1995.

²¹ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.).

²² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio...» (Bibl. cit.).

Como puede observarse, la propia dinámica de la garantía de indemnidad huye de interpretaciones reduccionistas, no resultando en absoluto razonable una construcción doctrinal de esta figura que se apoye exclusivamente en el derecho de acceso a los tribunales. El amplio abanico de los derechos contenidos en la tutela judicial efectiva permite comprender mucho mejor la protección que viene a otorgar la garantía de indemnidad, pues saca a luz el hecho de que dicha protección no tiene por qué construirse a partir de una sola de las facetas del art. 24 CE

1.1.3 ACTUACIONES PREVIAS PRECEPTIVAS

En el apartado anterior hemos desglosado los sucesivos momentos del proceso judicial, explicando la vigencia de la garantía de indemnidad en cada uno de ellos. Ahora bien, la protección constitucional que esta figura conlleva tampoco se limita a las actuaciones correspondientes a dichas fases: su alcance asimismo se extiende a momentos previos a la propia iniciación del proceso judicial. Nos referimos «a los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de la acción judicial». Efectivamente, volvemos a citar una de las sentencias fundacionales de la garantía de indemnidad, la STC 14/1993, pues se pronunció con respecto a una reclamación previa a la vía judicial, que fue la que había desencadenado la represalia adoptada por la empresa. Recordemos asimismo que la represalia adoptada fue declarada lesiva de la garantía de indemnidad.

En el momento de dictarse la referida STC, la jurisprudencia constitucional ya se había pronunciado a favor de considerar que el derecho de acceso a los tribunales es perfectamente compatible con el establecimiento de requisitos previos a la interposición de la demanda²³, tales como la conciliación administrativa²⁴ o, en su día, la reclamación previa²⁵. Por lo tanto, la STC 14/1993

²³ Entre otras, SSTC 162/1989 y 217/1991. El propio TC aclaró que esta resolución debía interpretarse de conformidad con una flexible aplicación del requisito procesal en cuestión, optando por el criterio de favorecer la subsanabilidad del mismo a lo largo del proceso, en su STC 108/2000.

²⁴ Al respecto, véase LASAOSA IRIGOYEN, Elena: «Cesión ilegal de trabajadores y garantía de indemnidad. Comentario de la STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 2006 (AS 2007, 2144)». *Aranzadi social*, núm. 3, pp. 3011-3015. 2007.

²⁵ La reclamación previa dejó de ser preceptiva tras la entrada en vigor de la LPAC para las actuaciones en que la administración pública actuaba como empleadora. Respecto de las causas que llevaron a su supresión, véase FERRANDO GARCÍA, Francisca: «Alcance y consecuencias de la (parcial) supresión de la reclamación administrativa previa a la vía jurisdiccional social». *Revista Derecho social y empresa*, núm. 9, pp. 96-119. 2018. En el mismo sentido, TOLOSA TRIBIÑO, César: «La Ley 39/2015 y su aplicación...» (Bibl. cit.). Sin embargo, pese a que dicha supresión afecta exclusivamente a la reclamación previa, cada vez hay más voces que vienen criticando la obsolescencia de la conciliación previa, de forma que se viene sugiriendo su supresión o, cuanto menos, que deje paso a otros medios que se consideran mucho más activos y eficaces, tales como la mediación. En este sentido, véase ZAPIRAIN BILBAO, Ana

concluye que estos actos previos no pueden permanecer al margen del derecho fundamental, ya que esto dificultaría su efectividad. En este sentido, ya entonces observa –con acierto– que no extender la protección a este tipo de requisitos permitiría al empleador burlar la eficacia de la garantía de indemnidad simplemente por la vía de adelantarse a los acontecimientos y adoptar la represalia antes incluso de la interposición de la demanda.

Esta misma argumentación se utilizó posteriormente para extender la protección de la garantía de indemnidad a la represalia adoptada frente al trabajador que interpone una papeleta de conciliación administrativa²⁶. En consecuencia, resulta claro que la protección constitucional deberá extenderse a todos los requisitos preprocesales necesarios que tengan lugar previamente a la interposición de la demanda.

Estos requisitos no tienen por qué venir regulados expresamente en la LRJS: se ha permitido que se establezcan por la propia negociación colectiva, sin que ello lesione el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En este sentido, la STC 217/1991 señalaba que la preceptiva conciliación previa se puede realizar «no sólo ante el servicio administrativo correspondiente sino, alternativamente, ante los órganos de conciliación que puedan establecerse a través de los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a que se refiere el art. 83 del Estatuto de los Trabajadores».

En efecto, junto al citado art. 83 ET, existen otras normas que establecen otros mecanismos que, siendo ajenos a la conciliación administrativa clásica, pueden convertirse en preceptivos de cara al acceso al proceso, obedeciendo de este modo al objetivo de «articular una nueva y más compleja relación entre las soluciones judiciales y extrajudiciales de aquellos conflictos»²⁷. Así, es posible establecer mecanismos de conciliación y arbitraje para la resolución de controversias derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos (art. 91.2 ET) o sistemas de mediación previstos en acuerdos interprofesionales (art. 63 o 156 LRJS)²⁸. Por parte del TC se ha previsto la necesidad

Isabel: «La oportunidad de la STC 149/2016 para aplicar la “exportabilidad de las garantías” de tutela de derechos fundamentales a las normas sobre evitación del proceso de la LRJS: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2016, de 19 de septiembre». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, núm. 406, pp. 191-195. 2017.

²⁶ SSTC 140/1999, 168/1999 y 191/1999. Al respecto, véase también LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: «Despido con vulneración de la tutela judicial efectiva. Comentario a la STC 191/1999, de 25 de octubre». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVII*, pp. 287 y siguientes. Madrid: Civitas. 1999.

²⁷ STC 217/1991.

²⁸ En cuanto al arbitraje como medio de resolución de conflictos y su especial virtualidad en el ámbito laboral, véase PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel: «El arbitraje laboral». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 123, pp. 133-156. 2016.

de agotar todos estos procedimientos previos, tales como acudir a una comisión de plantillas en el ámbito de una reclamación de clasificación profesional²⁹ o a la comisión paritaria³⁰.

Así pues, los trabajadores pueden verse obligados a acudir a diversas vías previas al proceso judicial, ya sea ante la empresa o ante figuras distintas: como podrían ser, por ejemplo, los representantes de los trabajadores³¹. Si resultan sancionados por hacerlo, también debe otorgárseles la protección derivada de la garantía de indemnidad: «si el conflicto de intereses suscitado busca una solución negocial previa, no cabe duda que esta acción reivindicativa debería quedar también amparada por la garantía de indemnidad»³².

Esta conclusión no es novedosa y encuentra apoyo en distintos pronunciamientos del TC que, a lo largo del tiempo, ha postulado que la protección otorgada a los derechos fundamentales no debe limitarse a los supuestos de su ejercicio directo, sino también a las actuaciones previas a este ejercicio en sí. En este sentido, resultó muy ilustrativa la STC 197/1990, que consideró lesionada la libertad sindical de unos trabajadores que habían celebrado reuniones previas y preparatorias del ejercicio de derechos sindicales, señalando que:

Si no se proporciona la debida tutela en esos estadios primarios a quien promueve por vez primera una actuación encaminada a dotarse de unas vías que canalicen y defiendan los intereses colectivos, difícilmente podrá transitarse hacia la organización y actuación propiamente sindical, contemplados como derecho fundamental por la Constitución, porque la experiencia secular ha mostrado su efectividad y necesidad para la afirmación de los intereses de los trabajadores. Lo que refuerza la conveniencia de extender la protección del derecho fundamental a determinados actos que razonablemente cabe calificar de preparatorios y presupuesto del ejercicio de los derechos sindicales. En definitiva, no todo lo previo a la afiliación y a la actividad sindical llevada a cabo como tal puede considerarse ajeno al ámbito del derecho fundamental.

Con fundamento en este mismo criterio puede apreciarse, sin lugar a dudas, la necesidad de ampliar la protección constitucional de la garantía de indemnidad a este tipo de actuaciones.

²⁹ STC 162/1989.

³⁰ STC 217/1991.

³¹ No resulta difícil imaginar a un trabajador que solicita a sus representantes unitarios la emisión del informe previsto en el art. 137.1 LRJS previamente a interponer una demanda de clasificación profesional. Es el caso analizado por la STSJ Madrid 957/2017, de 3 de noviembre, rec. 769/2017.

³² TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco Javier: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.), p. 668.

1.1.4 ACTUACIONES NO PRECEPTIVAS

En determinados supuestos, pueden existir actuaciones preparatorias que no son preceptivas, pero sí necesarias o convenientes para el ulterior ejercicio del derecho; piénsese por ejemplo, en actuaciones tales como la petición de documentación. Se trata, pues, de actuaciones que no son formalmente imprescindibles para el ejercicio de la acción (como sí sería el caso del intento de la conciliación previa, etc.), pero sí lo son materialmente, en tanto que son necesarias para poder articular válidamente la acción.

Estas actuaciones se encuentran aludidas en el Capítulo Primero del Título Primero del Libro Segundo de la LRJS, rubricado «De los actos preparatorios y diligencias preliminares, de la anticipación y aseguramiento de la prueba y de las medidas cautelares».

La relevancia que se otorga a estos actos es tal que se les atribuye eficacia interruptiva de la prescripción³³. En consecuencia, no resultaría razonable excluirlos de la protección de la garantía de indemnidad, por los mismos motivos por los que la cobertura de la institución alcanza las actuaciones preprocesales preceptivas. Es algo lógico, dado que de lo contrario se estarían estableciendo impedimentos al acceso real (y no meramente formal) al ejercicio del derecho³⁴.

1.1.5 DECLARACIÓN TESTIFICAL EN JUICIO

La jurisprudencia constitucional ha tenido oportunidad de analizar el tratamiento que merecen las represalias adoptadas por la empresa contra un trabajador por asistir como testigo al juicio de otro compañero. Ha existido un amplio debate acerca de qué protección debe merecer esta actuación, cuestionándose si es de ámbito ordinario o constitucional y, dentro de este último supuesto, discerniendo cuál es el derecho fundamental que resulta afectado.

Se ha concluido de forma bastante generalizada que resultaría poco razonable que la represalia adoptada contra el trabajador que testifica en un proceso judicial tuviese una protección de carácter meramente ordinario. Para ello se ha destacado que esta actuación puede incluso llegar a constituir un ilícito

³³ STSJ País Vasco 1009/2015 de 26 de mayo, rec. 728/2015.

³⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Mercedes: «Garantía de indemnidad, actuaciones preprocesales del abogado y libertad de expresión». *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, pp. 55-66. 2004.

penal (con pena privativa de libertad), lo que no parece corresponderse con la mera declaración laboral de improcedencia de la actuación³⁵.

La cuestión más polémica en este punto gira en torno al derecho fundamental al que debe conectarse la actuación protegida: de un lado, se plantea que debe vincularse con la garantía de indemnidad, en conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; de otro lado, se sostiene que la protección debe otorgarse en el ámbito del derecho a comunicar información veraz.

En apoyo la conexión de dicha actuación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se ha señalado que el trabajador represaliado, aunque no ha formulado una acción judicial frente a su empleador, ha contribuido a la tutela judicial efectiva de otro trabajador que sí ha ejercitado este derecho³⁶. Esta interpretación, por un lado, refuerza la tesis que conecta la garantía de indemnidad no exclusivamente con los derechos de acceso a la jurisdicción, de planteamiento de recursos o de ejecución de sentencias, sino también con los derechos adjetivos al proceso, tales como el derecho a valerse de los medios de prueba necesarios para articular una defensa adecuada; y, en definitiva, con cualesquiera otros. La prueba testifical es uno de los medios de prueba en los que se apoya el trabajador, compañero del represaliado, para hacer valer su derecho, de modo que queda integrada en su derecho a la tutela judicial efectiva³⁷. Por otro lado, sin embargo, y siguiendo esta misma interpretación, se ha considerado que no resulta vulnerado el derecho fundamental del trabajador represaliado, sino que en todo caso sería el derecho del trabajador que propuso la prueba.

No obstante lo anterior, lo cierto es que la progresiva ampliación del ámbito de la garantía de indemnidad permitiría considerar incluida dentro de la misma la participación en juicio como testigo. Esta interpretación emerge especialmente a la vista de la jurisprudencia constitucional posterior, según la cual no resulta absolutamente necesaria la identidad entre la persona que ejerce el derecho y la que sufre la represalia, cuando exista una clara conexión entre ambas actuaciones³⁸. Recordemos asimismo la doctrina existente en

³⁵ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.).

³⁶ ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

³⁷ Además, se trata de una prueba con una especial relevancia en el ámbito de la jurisdicción social, a la vista de la importancia que puede tener para formar la convicción del juzgador de instancia. Se trata de una cuestión nada desdeñable habida cuenta de las importantes restricciones existentes para evidenciar la existencia de error de hecho por vía del recurso de suplicación. Al respecto, véase PÉREZ HERNÁNDEZ, Ana Isabel: «Despido por falso testimonio del trabajador contra la empresa». *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, núm. 147, pp. 76-77. 2019.

³⁸ Es el caso resuelto por la STC 16/2006.

cuanto a la figura de la discriminación por vinculación, que vendría a reforzar esta segunda postura³⁹.

Un supuesto especialmente interesante e ilustrativo para la cuestión que nos ocupa fue resuelto por la STSJ Galicia de 17 de noviembre de 1994, rec. 4403/1994, que analiza el supuesto de un trabajador que interpone demanda contra su empresa después de que otros dos trabajadores de la misma sufrieran sendas represalias tras comparecer como testigos a juicio del primero. La sentencia afirma, de un lado, que el actor ostenta un interés legítimo cuando solicita declarar lesivas de derechos fundamentales las medidas adoptadas contra los testigos que habían depuesto a su instancia. De otro lado, destaca que tales medidas afectarían «muy directamente a su potencialidad futura para litigar (la represalia desalentaría posibles testimonios en pleitos posteriores)». De este modo, se considera al actor como la víctima de la actuación empresarial, con independencia de que esta le haya afectado de forma mediata.

Por su parte, la redacción del Convenio núm. 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982, permite respaldar la postura que conecta esta actuación con el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que entre los motivos que no justifican la terminación de la relación laboral se incluye no solo el hecho de haber presentado reclamaciones frente a la empresa, sino además el hecho de «participar en un procedimiento entablado contra un empleador». Sin embargo, también es cierto que dicha norma resulta compatible con una transposición efectuada a través de distintos derechos. Lo que resulta claro es que parece difícil de entender que unas actuaciones tengan más protección que otras, asignándose protección constitucional al planteamiento de reclamaciones y ordinaria a la participación en las mismas.

Planteado el debate, la cuestión fue abordada finalmente por la STC 197/1998, que fijó la postura del TC en la cuestión. Para ello, comenzó partiendo de que la actuación descrita constituye un deber constitucional (el art. 118 CE establece que «es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto»), al que se conecta incluso un tipo penal que sanciona el falso testimonio (art. 458 CP)⁴⁰. Pero, además, se indica que el hecho de que constituya un deber no impide que pueda considerarse igualmente un derecho. Sin embargo, partiendo de lo anterior, aprecia

³⁹ STJUE de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, caso Coleman.

⁴⁰ Cuestión que puede tener incluso importantes implicaciones laborales, pudiendo constituir causa de despido, como se analiza en PÉREZ HERNÁNDEZ, Ana Isabel: «Despido por falso testimonio...» (Bibl. cit.).

que la protección no debería otorgarse en el ámbito de la tutela judicial efectiva, sino en el del derecho a comunicar información veraz (art. 20.1.d CE)⁴¹.

Esta resolución fue muy criticada doctrinalmente, ya que se consideró que el derecho fundamental a comunicar información veraz se encuentra directamente conectado con el ámbito periodístico o de formación de opinión pública, y no con otro tipo de actuaciones como la aquí analizada, señalando que la declaración testifical se muestra «carente de relieve e interés más allá del propio proceso»⁴².

En todo caso, debe puntualizarse que, al encontrarse fundamentada en el derecho previsto en el art. 20.1.d CE, la protección del testigo se hallará subordinada a la existencia de veracidad⁴³. Por lo tanto, la declaración testifical solo merecerá protección constitucional cuando sea veraz, pudiendo por el contrario ser sancionado el trabajador que falte a la verdad, por transgredir la buena fe contractual. Se aprecia así una diferencia fundamental con el derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁴.

En este punto también debe hacerse referencia a las demás intervenciones en juicio, si bien no con un carácter de testigo en sentido estricto. Es el caso, por ejemplo, de los representantes de los trabajadores represaliados por emitir un informe favorable al trabajador que va a formular una reclamación de clasificación profesional (art. 137.1 LRJS). En estos supuestos, no obstante, se trata de trabajadores que ya se encuentran protegidos al amparo de las garantías previstas por el art. 68.c ET, si bien resulta claro que la protección del derecho fundamental sería más amplia que la prevista en dicha norma. En todo caso, el derecho fundamental vulnerado sería nuevamente el de comunicar información veraz.

⁴¹ En el mismo sentido se pronuncia la STSJ Castilla-La Mancha 1723/2018, de 28 de diciembre, rec. 700/2018, que alude a un supuesto en que el trabajador, antes de comparecer a juicio, fue citado por la empresa a una reunión en la que se trató de predeterminedar su declaración.

⁴² MONTOYA MELGAR, Alfredo: «La declaración testifical como pretendido ejercicio del derecho a la libre comunicación de información veraz; más un par de temas procesales añadidos». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Tomo XVI*. Madrid: Civitas, 1999, p. 273. En este mismo sentido se pronuncia AGUADO RENEDO, César: «Sobre la conceptualización de derechos: ¿libertad de información en el seno de un proceso judicial?». *Teoría y realidad constitucional*, núm. 22, pp. 221-253. 2008. En sentido contrario, se realiza un importante alegato a favor de la inclusión de la declaración testifical dentro del derecho a comunicar información veraz en GÓMEZ BENÍTEZ, Alicia, y LILLO PÉREZ, Enrique: «La participación como testigo en un juicio laboral integra el derecho a la libertad de información y expresión». *Revista de Derecho Social*, núm. 5, pp. 145-150. 1999.

⁴³ El derecho a comunicar información veraz se desarrolla con más amplitud en Capítulo I, apartado 3, del presente trabajo.

⁴⁴ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.).

Por otra parte, debe destacarse que la participación como testigo en otro procedimiento no se considera protegida exclusivamente en el supuesto de que se produzca en el seno de un proceso laboral, sino también en procesos seguidos ante cualquier otra jurisdicción (penal, civil, etc.), y no solo contra el empleador. No puede descartarse, por ejemplo, que la represalia tenga lugar tras intervenir como testigo en un juicio civil frente a un familiar del empresario. Igualmente, tampoco cabría rechazar la protección cuando el testigo sea propuesto por la propia empresa, que finalmente lo despide a la vista de lo declarado en el acto de juicio⁴⁵.

Cabría analizar si esa protección debe otorgarse exclusivamente a los supuestos en que el testigo efectivamente intervenga en el acto de juicio o si, por ejemplo, podría extenderse a quienes comparezcan al Juzgado a testificar pero, por el propio desenvolvimiento del juicio, finalmente no son llamados al mismo. En estos supuestos, realizar una interpretación rigorista del derecho —y proteger al testigo exclusivamente cuando este efectivamente intervenga (lo cual no dependerá de él)—, dejaría desprotegidos a aquellos que comparezcan *motu proprio* al juzgado pero no sean finalmente llamados a declarar⁴⁶. A este respecto, no puede dejar de recordarse que la jurisprudencia ha señalado que la protección constitucional no debe limitarse solo al ejercicio del derecho en su sentido estricto, sino que debe extenderse también a los actos preliminares del mismo y que resulten necesarios para su puesta en práctica, sean preceptivos o no. En esta situación se incluiría, sin lugar a dudas, la comparecencia voluntaria a la citación judicial, sin perjuicio de que finalmente no se intervenga en el acto procesal⁴⁷.

⁴⁵ Especialmente, a la vista de que lo manifestado por el testigo no se ajustó a los intereses de la empresa, lo que se refuerza teniendo en cuenta que finalmente se dictó una sentencia desfavorable para ella. De este modo, debe optarse por una interpretación material del ejercicio del derecho. En este sentido se pronuncia la STSJ Galicia de 16 de enero de 2020, rec. 4894/2019.

⁴⁶ Es el caso abordado, por ejemplo, en la STSJ Canarias/Las Palmas 553/2015, de 24 de marzo, rec.34/2015, que rechaza que esta actuación merezca protección. También en una línea restrictiva se pronuncia la STSJ Andalucía/Sevilla 2509/2015, de 13 de octubre, rec. 2413/2014, que rechaza la necesidad de extender la protección constitucional a un trabajador despedido tras ser citado como testigo por un compañero, razonando que a la fecha del cese no podía conocerse si el juicio se iba a celebrar o si el trabajador finalmente iba a testificar. Por último, y llevando esta tesis restrictiva al extremo, merece ser destacada la STSJ Madrid 779/2019, de 15 de octubre, rec. 106/2019, que rechaza la virtualidad de la declaración testifical como indicio de vulneración del derecho fundamental en tanto que no consta ni el contenido de dicha declaración, ni que tuviese conocimiento de la misma la dirección de la empresa (pese a que el juicio era contra esta). Evidentemente, consideramos esta postura muy alejada de la protección constitucional que debe otorgarse al derecho fundamental.

⁴⁷ La SJS4 de Valladolid 384/2018, de 8 de noviembre, Autos 653/2017, analiza un supuesto peculiar en el que el trabajador fue despedido tras testificar contra la empresa. En este caso, sin embargo, el juicio fue anulado por defectos en su grabación, celebrándose de nuevo con posterioridad, si bien ya no intervino el actor. La sentencia considera que dicha circunstancia debilita el indicio, realizando así una interpretación que en absoluto compartimos en tanto que la declaración testifical efectivamente se produjo,

En todo caso, y para concluir, debe señalarse que, con independencia del derecho fundamental al que se conecte dicha actuación, sí que se ha considerado de forma muy mayoritaria que se trata de una conducta que debe recibir la «máxima protección»⁴⁸.

1.2 Denuncias públicas extrajudiciales

Analizadas las actuaciones procesales a las que se extiende la protección constitucional, procede examinar aquellas otras que se encuentran al margen del proceso y que también deben ser tuteladas. En primer lugar, se centrará la atención en aquellas denominadas «públicas», en las que la actuación se dirige frente al empleador, pero a través de un organismo público –si bien solo en principio ya que, como se verá, también puede realizarse la denuncia ante entidades privadas–. En todo caso, la característica definitoria de este tipo de actuaciones es que se le da publicidad a la reclamación por la vía de acudir a entes ajenos a la empresa a los que se les atribuye autoridad para sancionar o reprochar de algún modo la actuación empresarial denunciada.

Abordar la protección otorgada a tales actuaciones implica en ocasiones apartarse del esquema tradicional de la tutela judicial efectiva. No obstante, recordemos que se ha convenido que tales actuaciones no deben quedar desamparadas, aunque en algunos casos sea más conveniente acudir para ello a otros derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de expresión o del derecho a comunicar información veraz.

A su vez, dentro de esta categoría, resulta necesario establecer una clasificación adicional en cuanto a su propósito: en otras palabras, no es irrelevante quién será el beneficiario potencial de que una irregularidad sea denunciada y corregida.

En este sentido, se ha señalado la necesidad de diferenciar entre dos conjuntos principales de denuncias. Por un lado estarían aquellas que persiguen la consecución de una tutela, si bien indirecta, de los propios derechos; ya sea con el objeto de conseguir que el organismo ante el que se formula la denuncia asegure la efectividad del derecho reclamado, ya sea porque dicha actuación es instrumental para un posterior ejercicio judicial de dicho derecho. Por otro lado, se encontrarían las denuncias que, pese a hacer referencia a irregularida-

no pudiendo hacerse depender su virtualidad a efectos extraprocesales de las concretas cuestiones derivadas de aquel procedimiento.

⁴⁸ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), p. 92.

des que tienen lugar en la empresa, apuntan a cuestiones de interés general o público, con lo que se sustentan en una motivación cívica o altruista⁴⁹.

1.2.1 DENUNCIAS «EGOÍSTAS»

En relación con el primer conjunto de denuncias –que, frente a aquellas «altruistas» podrían denominarse como «egoístas»⁵⁰, por cuanto revierten en beneficio del sujeto denunciante– las actuaciones más destacables son aquellas realizadas ante la Inspección de Trabajo. El motivo de su relevancia es tanto su elevada frecuencia en la práctica como el hecho de que han sido objeto de un amplio análisis por parte de la jurisprudencia constitucional. En cuanto a estas denuncias, hemos de señalar que en un primer momento existió una cierta polémica doctrinal respecto de si debían gozar de la protección constitucional otorgada por la garantía de indemnidad.

Algunos autores respondían en modo rotundamente negativo, pues entendían que una denuncia interpuesta ante organismos como la Inspección de Trabajo constituye una acción claramente distinta de la acción judicial, por lo que la represalia adoptada por el empresario contra ella no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva⁵¹. Por supuesto, si lo denunciado se conectase con otro derecho fundamental, la protección sería otorgada, pero en el marco de ese derecho concreto y no en el marco de la garantía de indemnidad. Esta interpretación, en consecuencia, otorga distintos niveles de protección a una denuncia ante la Inspección de Trabajo, que dependen del derecho reclamado en la misma.

Otros autores en cambio defendían que la extensión de la protección sí debía plantearse como opción, pero no debía ser automática, sino que debía hacerse solamente en determinados supuestos. En este sentido, Nogueira Guastavino planteaba como requisito para su tutela constitucional que las denuncias:

... a) se ejerciten personalmente o exista una conexión objetiva y directa con ellas, b) efectivamente se infiera que son convenientes y aconsejables a la

⁴⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRE, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias...» (Bibl. cit.).

⁵⁰ Tomamos esta ilustrativa denominación de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRE, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio...» (Bibl. cit.). No obstante, debemos añadir que se trata tan solo de un juego de palabras, dado que, en principio, nada permite aplicar a las denuncias de irregularidades la connotación negativa que en el lenguaje común conlleva la palabra «egoísta».

⁵¹ HERRAIZ MARTÍN, María Sol: *El Despido Nulo: Causas y Efectos...* (Bibl. cit.).

vista de las circunstancias del caso concreto (lo que supone examinar actos anteriores, coetáneos y posteriores) y c) cuando su ejercicio personal ocasione represalia empresarial, nexo que habrá de valorarse caso por caso⁵².

Es decir, según este autor, las denuncias deben ponerse nítidamente al servicio de una acción judicial para merecer esta protección.

Como puede observarse, se sostiene de maneras muy diversas la pertinencia de otorgar protección constitucional al trabajador represaliado por la interposición de una denuncia «egoísta», si bien lo cierto es que la mayoría de la doctrina trata de conectarlas siquiera remotamente con el acceso al proceso. Álvarez Alonso, por ejemplo, apunta a aquellas denuncias que constituyen «actos preparatorios de un hipotético proceso judicial, por ejemplo, cuando de la denuncia a la Inspección puede derivarse un procedimiento de oficio o –quizás de forma más plausible– cuando las formuladas ante autoridades policiales desemboquen en un proceso penal»⁵³.

Finalmente, también hubo quienes entendieron que dicha protección debe estar garantizada en todo momento y con independencia de que a la denuncia le siga o no el ejercicio de una acción judicial⁵⁴. En esta línea se pronuncia Mella Méndez⁵⁵ al plantear que la protección es necesaria independientemente de si la denuncia actúa como un acto voluntario previo al proceso y preparatorio de él, o si tiene un componente de «conciliación, resolución previa y evitación del posterior proceso».

Sea como sea, la jurisprudencia resolvió la cuestión en favor de otorgar protección constitucional a las denuncias formuladas por trabajadores ante la Inspección de Trabajo. Ya la STC 16/2006 se pronunció en este sentido, si bien es cierto que a su vez arrojó numerosas dudas sobre la materia. En primer lugar, porque en el supuesto abordado se ejercitó, junto con la denuncia ante la Inspección de Trabajo, una demanda de conflicto colectivo, lo cual impidió analizar de manera autónoma el tratamiento que habría correspondido proporcionar al trabajador en caso de que la única actuación hubiese sido la planteada ante la Inspección.

En segundo lugar, debe destacarse que la citada STC no resultó especialmente contundente, a diferencia de los votos particulares que recibió⁵⁶. Esto se

⁵² NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «El binomio “acción-reacción”...» (Bibl. cit.), p. 953.

⁵³ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.), p. 81. Esta interpretación resulta especialmente significativa, en tanto que permite extender la protección de la garantía de indemnidad a las denuncias formuladas ante las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

⁵⁴ ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

⁵⁵ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.), p. 852.

⁵⁶ Los votos particulares rechazaban la posibilidad del amparo, sosteniendo que las actuaciones susceptibles de activar la garantía de indemnidad deberían tener una conexión más o menos inmediata con

ha atribuido a que el ponente de la sentencia fue el mismo que el redactor de uno de los votos particulares, lo cual hace pensar en la posibilidad de que su falta de convencimiento acerca del sentido de la sentencia se haya traducido en una falta de contundencia a la hora de defender su argumentación y de profundizar en la resolución de los matices que se plantearon⁵⁷.

En todo caso, una lectura conjunta del voto mayoritario con el voto particular permite ratificar que el TC se inclina por incluir las denuncias ante la Inspección de Trabajo en el ámbito de protección de la garantía de indemnidad⁵⁸. El asunto encontró respuestas más claras con posterioridad en la jurisprudencia: la STS de 23 de diciembre de 2010, RCU 4380/2009, referida al ámbito de calificación de relaciones de servicios, otorga una protección clara a la denuncia ante la Inspección de Trabajo, en su condición de acto previo o preparatorio al ejercicio de acciones judiciales⁵⁹, si bien lo cierto es que no realiza un amplio proceso reflexivo para ello, limitándose a dar por hecha la necesidad de su protección al amparo de la doctrina ya elaborada por la jurisprudencia constitucional.

Ahora bien, el análisis de este asunto no sería completo si no tomásemos en consideración las actuaciones del órgano interpelado y las consecuencias que estas pueden acarrear. Además, resulta que enfocar esta cuestión permite encontrar algunas respuestas.

En primer lugar, no puede dejar de destacarse que las actuaciones inspectoras con frecuencia se interrumpirán ante la pendencia de un pronunciamiento judicial que pueda condicionar su resultado (art. 21.4 LIT). De lo anterior se deduce la incompatibilidad de simultanear ambas actuaciones, lo que abunda en la necesidad de otorgar protección constitucional a las denuncias ante la Inspección de Trabajo, que permitirán la resolución del conflicto sin llegar a su judicialización. De este modo, procede la extensión a estos supuestos de las consecuencias previstas para los intentos de resolver extrajudicialmente el conflicto⁶⁰. De igual manera, debe tenerse en cuenta que la propia actuación inspectora podrá desembocar en una actuación judicial, ya sea a través de la

el derecho a la tutela judicial efectiva, y no con conductas ajenas al mismo, como aclara MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.).

⁵⁷ LOUSADA AROCHENA, José Fernando, y CABEZA PEREIRO, Jaime: «Las últimas...» (Bibl. cit.).

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ En realidad, los primeros pronunciamientos que aprecian la existencia de un despido nulo por haberse interpuesto una denuncia ante la Inspección son de fechas muy anteriores. En concreto, ya en la STS de 16 de mayo de 1990 se indica que la represalia adoptada contra el trabajador que ha ejercitado sus derechos ante la Inspección merece la calificación de nulidad. No obstante, se trata de pronunciamientos anteriores a la construcción doctrinal de la garantía de indemnidad, aunque a pesar de ello ya arrojaban luz sobre el contenido de la doctrina que vendría a instalarse.

⁶⁰ STC 55/2004.

promoción de procedimientos de oficio (art. 22.7 LIT), ya sea a través del traslado al Ministerio Fiscal de los hechos constatados que puedan resultar constitutivos de delito (art. 17.3 LIT).

En segundo lugar, debe hacerse referencia a las consecuencias que pueden desprenderse del deber de sigilo propio de la Inspección (art. 10.1 LIT), que se traducirá en la prohibición a los funcionarios actuantes de revelar el origen de las quejas recibidas. En la práctica, esta situación puede suponer un obstáculo para el trabajador que se ve represaliado por el empleador tras formular una queja ante la Inspección, ya que el empresario podrá alegar que desconoce la identidad del denunciante. En estos supuestos, por tanto, resultará fundamental conocer las circunstancias de la actuación inspectora, lo que permitirá dar forma al panorama indiciario que le corresponde aportar al trabajador que pretenda denunciar la lesión de sus derechos fundamentales. De esta manera, deberán tomarse en consideración las consecuencias de la actuación realizada por la Inspección, los requerimientos formulados, etc. Así, el supuesto desconocimiento por parte de la empresa de la reclamación formulada no le liberará de responsabilidad cuando, por ejemplo, la actuación inspectora se haya dirigido exclusivamente hacia un trabajador, sobre el que finalmente recae la represalia. Esto permitiría deducir lógicamente que fue él quien interpuso la reclamación o, al menos, quien resultó más beneficiado por ella. Además, no puede olvidarse que una de las vertientes fundamentales de la garantía de indemnidad es la preventiva, debiendo ampararse también a los trabajadores que son víctimas de represalias tras la interposición de denuncias por otros trabajadores diferentes, so pena de aceptar la imposición de medidas represivas ejemplarizantes que les disuadan de ejercitar acciones frente a la empresa.

Por otra parte, también debe hacerse referencia a los supuestos en que, tras formularse denuncia ante la Inspección por un trabajador, esta desemboca en un procedimiento de oficio frente a la empresa. Esto ocurrirá por ejemplo cuando de las actuaciones inspectoras se aprecie un fraude empresarial en materia de ausencia de alta de los trabajadores en Seguridad Social, como cuando a través de contrataciones mercantiles se camuflan auténticas relaciones laborales. En estos supuestos debe determinarse qué protección deben recibir los trabajadores que, aunque no hayan participado de la denuncia inicial, sí se vean afectados por la misma⁶¹, en tanto que el procedimiento de oficio se produzca en torno a su condición.

⁶¹ Especialmente cuando la intervención activa del trabajador durante la investigación es determinante para el buen fin de la actividad inspectora (STSJ Galicia 619/2017, de 30 de enero, rec. 3996/2016 o SJSI Granada 432/2002, de 17 de septiembre, autos 752/2002).

Este supuesto fue abordado por el ATC 219/2001, de 18 de julio, que inadmities el recurso de amparo, señalando lo siguiente:

Con independencia de que no se trataba, pues, de una acción judicial promovida directamente por la parte actora, tampoco ha quedado acreditado en los autos que el recurrente en amparo fuese uno de los trabajadores que había propiciado la inspección de la empresa –causante del levantamiento de determinadas Actas de Infracción y de la consiguiente incoación del proceso de oficio–, ni que una vez incoado el proceso por la Administración hubiese mantenido durante éste una actitud claramente beligerante contra la empresa que hubiese podido provocar un eventual acto de represalia contra él, pues el solo hecho de haber tenido interés en ese procedimiento y haber sido parte en él –como mantiene en la demanda de amparo– no puede suponer, sin más, que, la anterior decisión extintiva de la que fue objeto obedeciese a su participación en aquel proceso.

Dicha resolución, de relativa trascendencia en tanto que no resuelve un asunto, sino que se limita a inadmitir el recurso de amparo, resulta bastante discutible a la vista de la jurisprudencia constitucional posterior. En primer lugar, esa interpretación permitiría al empresario la adopción de represalias que, incluso pese a no dirigirse directamente contra el trabajador reclamante, causarían un evidente efecto desalentador en el resto de la plantilla. Aceptar la legitimidad constitucional de estas actuaciones llevaría a los trabajadores que en el futuro se plantearan la posibilidad de denunciar a tener que enfrentarse a un dilema provocado por las consecuencias que su actuación pudiera provocar en otros trabajadores distintos. En segundo lugar, no debe dejar de destacarse que la lesión no se habría producido en caso de no haberse formulado la denuncia inicial, por lo que se encuentra –si bien de forma mediata– conectada con la misma. Esto permitiría incluso apreciar la existencia de una lesión de derechos fundamentales cuya única justificación se encontraría en la conexión o cercanía del trabajador represaliado con el denunciante. En este sentido, no parece necesario apreciar la existencia de ningún tipo de vinculación afectiva o personal entre ambos para valorar que la represalia adoptada puede desincentivar la voluntad de reclamar de los trabajadores.

En todo caso, esta resolución se ve claramente afectada por la doctrina contenida en la STC 16/2006, en la que se hace referencia a una demanda de conflicto colectivo planteada por determinado sindicato, cuyos efectos se extendían sobre numerosos trabajadores, incluso no afiliados a aquel. En este caso, se entendió que procedía extender la protección constitucional a los tra-

bajadores, pese a no ser ellos mismos quienes habían interpuesto la reclamación, dado que se encontraban incluidos en el ámbito de los efectos de esta⁶².

Aunque hasta aquí nos hemos centrado en las denuncias ante la Inspección de Trabajo y sus actuaciones, conclusiones similares pueden aplicarse con respecto a un «órgano administrativo “atípico”»⁶³, esto es, distinto de la Inspección de Trabajo. Como requisito, se ha señalado que debe aparecer vinculado de alguna manera con el derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que dicha denuncia se configuraría como un acto previo voluntario al ejercicio de la acción o que persiga su evitación.

Pero, además, no debe considerarse que la protección constitucional afecta exclusivamente a los supuestos en que existan denuncias ante organismos de carácter netamente laboral. Estas denuncias también podrán efectuarse ante otro tipo de entidades, siempre que sea con la finalidad de hacer valer los derechos reclamados y que tengan alguna competencia, potestad o legitimación efectiva en la materia, tales como el Instituto de la Mujer⁶⁴ o S.O.S. Racismo⁶⁵, salvo que se encuentren absolutamente ajenas y desvinculadas del ejercicio de los derechos reclamado⁶⁶. En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la mencionada STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, caso Hakelbracht y otros⁶⁷.

En esta línea, también merecen mención las actuaciones llevadas a cabo ante el Defensor del Pueblo, ya sea estatal o autonómico. Estas instituciones, en el ámbito de sus competencias, pueden supervisar las actuaciones realizadas por las distintas administraciones, lo que sin duda podrá ser de gran utili-

⁶² Dicha protección se encontrará especialmente justificada cuando, además, se acredite que tales trabajadores –pese a no ser los denunciados– han tenido una actuación activa en el ámbito de las actuaciones inspectoras (STSJ Madrid 333/2018, de 11 de mayo, rec. 752/2017).

⁶³ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.), p. 852.

⁶⁴ Es el caso del asunto resuelto por la STSJ País Vasco 2176/2019, de 26 de noviembre, rec. 1993/2019, que hace referencia a una trabajadora que denunció ante el Observatorio de Imagen de las Mujeres la elaboración por parte de la empresa de unas camisetas con mensajes sexistas. Respecto de la legitimación de este tipo de entidades en el ámbito de la jurisdicción social, véase LOUSADA AROCHENA, José Fernando: «Las cláusulas de protección jurisdiccional...» (Bibl. cit.). Además, no debe olvidarse que el Instituto de la Mujer y los organismos análogos de las distintas comunidades autónomas ocupan un papel destacado en el ámbito laboral, en las materias conectadas con la tutela antidiscriminatoria. Al respecto, véase GARCÍA RODRÍGUEZ, Bernardo: «Disposición Adicional undécima. Modificaciones del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores». En: Carmen Sánchez Trigueros y Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, pp. 811-813. Cizur Menor: Editorial Aranzadi. 2008.

⁶⁵ STSJ Cataluña 2413/2018, de 23 de abril, rec. 869/2018.

⁶⁶ Así, se ha rechazado que merezca protección la remisión de cartas al presidente del Gobierno (STSJ Asturias 253/2017, de 14 de febrero, rec. 2732/2016).

⁶⁷ SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, y FOLGOSO OLMO, Antonio: «Protección...» (Bibl. cit.). Véase también, MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: «§138. El trabajador que apoya...» (Bibl. cit.).

dad en el ámbito del empleo público. No obstante, si bien se trata de una figura ya recogida en el propio texto constitucional (art. 54 CE), lo cierto es que su virtualidad práctica ha sido bastante reducida o prácticamente inexistente.

Una notable excepción ha tenido lugar en Aragón, donde la figura del Justicia de Aragón ha tenido un mejor recibimiento, probablemente por tratarse de una institución con una larga tradición (sus primeras referencias datan del siglo XII). Esto se ha traducido en su mayor presencia en el ámbito judicial. Así, podemos encontrar referencia a esta institución, entre otras, en la STSJ Aragón, 371/2012, de 29 de junio, rec. 377/2012, en la que se descarta la vulneración de la garantía de indemnidad al no constar:

... la existencia de demanda judicial, presentación de papeleta de conciliación, denuncia ante Inspección de Trabajo, solicitud de mediación, llamada al Justiciazo de Aragón, o pretensión alguna de la demandante ejercitada en tal sentido, frente a la empresa, extramuros de la relación laboral, de derecho privado, existente entre demandante y demandada.

Puede observarse que dicha figura incluso llega a ocupar el mismo nivel que la interposición de la demanda. Posteriormente, en la STSJ Aragón, 457/2013, de 16 de octubre, rec. 422/2013, se declara la vulneración de la garantía de indemnidad por una queja de contenido netamente laboral presentada ante esta institución. Dicho pronunciamiento terminaba señalando que:

Si la denuncia presentada por el trabajador ante la Inspección de Trabajo se considera por el TC y el TS como un indicio de violación de la garantía de indemnidad cuando posteriormente se despide al denunciante, la misma conclusión debe predicarse de la queja presentada ante una institución, el Justicia de Aragón, tuitiva de los derechos y libertades de los ciudadanos, que se configura como una institución imparcial y neutral que lleva a cabo medidas de investigación, pudiendo realizar una actividad conciliadora en evitación del proceso y cuyas resoluciones, fundadas en derecho, se aportan por los interesados al proceso cuando a su derecho conviene, todo lo cual permite considerar la queja presentada por el demandante como una actividad previa al proceso en un sentido amplio: la intervención de esta institución puede evitar el proceso o proporcionar elementos de prueba y argumentos jurídicos para la ulterior demanda ante los Tribunales. Si el actor, en vez de presentar una queja ante el Justicia, hubiera interpuesto una denuncia ante la Inspección de Trabajo, la aplicación de la referida doctrina constitucional, casacional y suplicacional hubiera determinado la nulidad de su despido. No parece que la respuesta jurídica deba ser distinta por el hecho de que denunciara la irregularidad ante el Justicia, habida cuenta de la naturaleza de esta institución.

Fuera de este ámbito, la doctrina judicial ha abordado numerosos asuntos, considerando por ejemplo que procede tutela la garantía de indemnidad en el caso de denuncias presentadas ante la policía, referidas a acoso sexual⁶⁸.

1.2.2 DENUNCIAS «ALTRUISTAS» (WHISTLEBLOWERS)

Una vez analizadas las actuaciones no judiciales que se dirigen hacia la consecución de una tutela de los derechos laborales propios, pasemos a analizar el segundo conjunto de denuncias: aquellas que se sustentan en una motivación cívica y se orientan hacia la defensa de un interés general.

Para contextualizar la cuestión, hemos de señalar que a nivel internacional existe una tendencia generalizada consistente en potenciar la figura del denunciante de irregularidades, es decir, los informantes que ponen determinados actos ilícitos en conocimiento del órgano competente para corregir tales irregularidades. Estas denuncias pueden hacer referencia a transgresiones normativas, sobresueldos, retribución por tareas no realizadas, clientelismo, utilización ilegítima de información privilegiada, nepotismo, etc.⁶⁹. Este tipo de irregularidades pueden considerarse *a priori* más relacionadas con el sector público, pero también tienen una gran vigencia en el ámbito privado (como en el caso de infracciones de carácter fiscal o medioambiental).

La denuncia de irregularidades, o *whistleblowing*, se ha definido como un:

... mecanismo de monitorización cuyo objetivo es alertar o denunciar posibles casos de incumplimiento de normativa legal, códigos internos y compromisos adquiridos por parte de los directivos y empleados de la organización, previniendo de ese modo la conflictividad derivada de tales irregularidades, evitando o minimizando sus efectos negativos, mejorando la transparencia y reputación de la organización, y generando la confianza necesaria para llevar a cabo la actividad⁷⁰.

⁶⁸ STSJ Andalucía/Málaga 883/2007 de 19 de abril, rec. 725/2007.

⁶⁹ BALDUZZI, María Matilde: «Procesos y prácticas de estigmatización en el acoso laboral como represalia». En: Eduardo Bustos Villar, Marcelo Caputo, Elizabeth Aranda Coria y Mariel Gimenez (Eds.), *Hostigamiento Psicológico Laboral e Institucional en Iberoamérica: Estado del arte y experiencias de intervención*, pp. 75-87. Buenos Aires: Sb editorial. 2015.

⁷⁰ CALVO CABEZAS, Patrici: «*Whistleblowing* ante la miseria moral de instituciones y organizaciones». En: Juan José Nicolás Guardiola (coord.), César Augusto Giner Alegría (coord.), Víctor Meseguer Sánchez (dir.), Manuela Avilés Hernández (dir.) y Pascual Martínez Ortiz (pr.), *Empresas, Derechos Humanos y RSC: Una mirada holística desde las Ciencias Sociales y Jurídicas*. Navarra: Aranzadi. 2016, p. 139.

Esta figura se ha visto significativamente revalorizada en los últimos años, con la crisis de legitimidad del sistema democrático que ha acompañado a la económica, iniciada en los años 2007-2008⁷¹. Dicha crisis ha acarreado una importante pérdida de confianza en las instituciones democráticas, que ha tenido una de sus causas en los numerosos casos de corrupción que han ido haciéndose públicos.

Frente a las posturas que defienden que la corrupción es inherente al sistema de producción capitalista⁷², las posiciones que han tratado de sostener a dicho sistema han presentado a la corrupción como una patología del mismo, que puede y debe ser corregida. No es casual, en consecuencia, que el origen de la figura de los denunciantes de irregularidades se vincule con el ámbito financiero y, en concreto, con la figura anglosajona de los *whistleblowers*⁷³. Esta institución ha recibido un importante impulso en el ámbito de las prácticas abusivas del mercado, orientado a la prevención y detección del fraude, en el marco de sucesivos escándalos financieros que tuvieron lugar en EE. UU. En estas circunstancias se aprobó la Sarbanes-Oxley Act de 30 de julio de 2002⁷⁴, que estableció en su sección 806 la prohibición de cualquier represalia frente al denunciante, así como su restitución completa a la situación previa en caso de que dicha represalia tuviera lugar⁷⁵.

También merece ser destacado el Principio núm. 10 del Pacto Mundial de Naciones Unidas, adoptado en 2004, relativo a la lucha contra la corrupción en

⁷¹ La figura ha experimentado una importante evolución: inicialmente era concebido como un cazarecompensas, en un contexto de privatización de las funciones de seguridad y policía; posteriormente, como un «resistente ético» (en la década de los sesenta de pasado siglo y, especialmente, tras el escándalo *Watergate*); y, finalmente, dejó de ser un instrumento reservado exclusivamente a los intereses públicos, en el contexto de la evolución de las políticas de *compliance*. Al respecto, véase GARCÍA-MORENO GARCÍA DE LA GALANA, Beatriz: *Los alertadores, una propuesta de regulación* [tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha]. Repositorio Universitario Institucional de Recursos Abiertos, UCLM. <http://hdl.handle.net/10578/20394>. 2019, pp. 36-42.

⁷² GARÍ RAMOS, Manuel: «Anatomía de la Corrupción». *Viento sur*. <https://cutt.ly/iyef2AB>. Publicado el 18.06.2017. Recuperado el 17.05.2020.

⁷³ El término «*whistleblowing*» es de origen inglés, y «literalmente significa tocar el silbato, que es la acción que realiza el *Bobby*, el clásico policía británico desarmado, cuando constata la comisión de un delito»: LOUSADA AROCHENA, José Fernando, y RON LATAS, Ricardo Pedro: *La protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (Whistleblowing)*. Albacete: Editorial Bomarzo. 2020, p. 9.

⁷⁴ Se trata de una ley de reforma del sistema de contabilidad en Estados Unidos de América, que aspiraba a evitar las alteraciones fraudulentas del valor de las acciones de las sociedades sujetas a cotización bursátil, al objeto de proteger a los inversores. Para ello, establecía patrones de actuación para los órganos directivos de las sociedades y establecía nuevos mecanismos contables. Desarrolla con más amplitud esta cuestión ESPÍN MARTÍ, Rosa: *El canal de denuncias Internas en la actividad empresarial como Instrumento del compliance* [tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona]. https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2017/hdl_10803_458436/roes1de1.pdf. 2017.

⁷⁵ GOÑI SEIN, José Luis: «Sistemas de denuncia interna de irregularidades (“*whistleblowing*”)». En: José Luis Goñi Sein (Ed.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, pp. 319-355. Madrid: La Ley. 2011.

el ámbito de la responsabilidad social empresarial, que establece la necesidad de que las empresas aumenten su autorregulación.

En España, sin embargo, esta figura había sido tradicionalmente rechazada, lo que algunos autores vinculan a su papel durante la dictadura franquista o en el sistema inquisitorial⁷⁶. De hecho, hasta fechas muy recientes, la normativa apenas incluía alusiones a denuncias de irregularidades. Especialmente ilustrativa es la regulación al respecto de la obligación ciudadana de denunciar la existencia de los delitos de los que se tuviese conocimiento (art. 259 LECr.), especialmente cuando dicha constatación se produjese por razón de su profesión (art. 262 LECr.), para cuyo incumplimiento se prevén aún hoy sanciones de 25 a 250 pesetas. La reducida cuantía de dicha sanción –que no ha sido revisada hasta la actualidad–, equivalente a una cuantía que va de los quince céntimos al euro y medio, nos muestra que, históricamente, se ha considerado que la forma de conseguir que la ciudadanía realice conductas positivas no se encuentra tanto en la (leve) amenaza de la sanción, sino más bien en la recompensa positiva para quienes actúan según su deber ciudadano.

En el ámbito penal, estos «premios» se han traducido, por ejemplo, en el establecimiento de tipos penales privilegiados para los supuestos de desvinculación o arrepentimiento respecto de determinados delitos⁷⁷. El fundamento de estos beneficios se encuentra en razones político-criminales que priman el criterio de la utilidad de dichas actuaciones en el ámbito de la investigación de los delitos.

La reemergencia de dicha figura en el sistema jurídico español tuvo lugar, igual que en el caso citado anteriormente, a través del ámbito financiero, por el que las medidas adoptadas a nivel internacional fueron permeando paulatinamente en el derecho interno. Así, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas⁷⁸, incluía una serie de recomendaciones, siendo una de ellas (50.1.d) la de «establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si resulta posible y se considera apropiado, anónima, las irregularidades de potencial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa».

⁷⁶ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: «El difícil encaje del delator en el proceso penal español (1)». *Diario La Ley*, 8560. 2015. Véase también ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «¿Ciudadanos, soplones y príncipes clementes en una sociedad democrática?». *Revista de Derecho UNED*, 21, pp. 41-71. 2017.

⁷⁷ A título de ejemplo, véanse los arts. 376 o 570 quáter 4.º CP.

⁷⁸ COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES: *Código unificado de buen gobierno de sociedades cotizadas*. <https://cutt.ly/kyeoBOj>. 2006.

No obstante, de forma progresiva se ha ido extendiendo esta figura a otros sectores, con la coincidencia de haberse apreciado de forma muy generalizada la necesidad de otorgarle una protección específica⁷⁹.

Así, el Libro Blanco sobre la función de *Compliance*⁸⁰, regula en su apartado 4.5 la obligación de «establecer uno o varios canales a través de los cuales empleados y eventualmente terceros puedan realizar comunicaciones confidenciales relacionadas con el Código Ético, Código de conducta o norma de alto nivel equivalente» (epígrafe 1). Del mismo modo, se debe velar «para que los canales internos de denuncia sean fácilmente accesibles, conocidos, confidenciales y garanticen los derechos de que sean titulares las personas cuyos datos sean tratados, garantizando la no adopción de represalias frente a comunicaciones realizadas de buena fe» (epígrafe 3).

Especial protección merecerá la figura del oficial o responsable de cumplimiento normativo, encargada de recibir informaciones o denuncias relacionadas con las medidas de prevención y con la comisión de ilícitos⁸¹. Y es que difícilmente podría predicarse de esta figura la existencia de poderes autónomos de iniciativa y control si no encontrase una protección suficiente. La realización adecuada de sus funciones exige una total autonomía, imparcialidad e independencia, lo que puede traducirse incluso en un pacto de garantía de indemnidad y blindaje ante posibles represalias⁸².

En el ámbito de la protección de datos encontramos una figura similar en el delegado de protección, previsto en el art. 34 LOPD, a cuyo efecto la propia normativa exige que se garantizará su independencia, así como la imposibilidad de sufrir perjuicios por el desempeño de sus funciones (art. 36.2).

También en el ámbito autonómico, la figura del denunciante de irregularidades y la necesidad de su protección está experimentando una expansión progresiva⁸³. A título de ejemplo, debe aludirse a la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los

⁷⁹ Esta figura ha ido despertando un progresivo interés en las distintas ramas jurídicas, al requerir –por su propia naturaleza– un abordaje transversal, en tanto que afecta a los ámbitos administrativo, mercantil, penal, procesal y, en lo que aquí respecta, laboral. Al respecto, véase LOUSADA AROCHENA, José Fernando, y RON LATAS, Ricardo Pedro: *La protección laboral...* (Bibl. cit.).

⁸⁰ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMPLIANCE: *Libro blanco sobre la función de Compliance*. Madrid. <https://cutt.ly/syeoZdI>. 2017.

⁸¹ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «El régimen laboral del “Compliance officer”: un camino por andar». *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 38, pp. 114-119. 2018.

⁸² ROJAS ROSCO, Raúl: «Labour Compliance: Hacia el nuevo Estatuto Laboral del Compliance Officer». *El derecho*. <https://cutt.ly/cyegGdN>. Publicado el 22.11.2016. Recuperado el 17.05.2020.

⁸³ ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «¿Ciudadanos, soplones y príncipes clementes...» (Bibl. cit.).

informantes, de Castilla y León; la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha Contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, que en su art. 14 presta una especial atención a la protección de los denunciantes, estableciendo que no podrán padecer ningún tipo de aislamiento, persecución o empeoramiento de sus condiciones laborales o profesionales por denunciar, así como estableciendo elevadas sanciones y numerosas medidas de protección; o la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears.

En este mismo sentido, y a nivel estatal, se inició la tramitación de la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de Denunciantes (122/000022), tomada en consideración en marzo de 2017, si bien con infructuoso resultado⁸⁴.

En estas circunstancias, no resulta difícil apreciar la existencia de una cierta conciencia y aceptación respecto de que los denunciantes de irregularidades merecen una protección reforzada. Además, no parecen suficientes los mecanismos vigentes en el ámbito de la legislación ordinaria, que no permiten una restitución íntegra de las actuaciones llevadas a cabo contra dichos denunciantes de irregularidades.

De forma paralela, se han ido aprobando instrumentos normativos a nivel europeo que, además, han establecido conexiones entre esta figura y el ejercicio de derechos fundamentales.

En el ámbito europeo ocupa un papel especialmente relevante la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre las medidas legítimas para la protección de los denunciantes de irregularidades que, en aras del interés público, revelan información confidencial sobre empresas y organismos públicos, de la que se extraen algunos puntos fundamentales. En dicha resolución se vincula de forma explícita esta figura con la libertad de expresión y con la libertad de información (considerando A). Además, alude específicamente a la transparencia y la participación de los ciudadanos como una de las evoluciones y desafíos a los que han de hacer frente las democracias del s. XXI (considerando D), vinculando la actividad de denuncia de irregularidades con ámbitos tales como la salud, los derechos humanos, la seguridad, la integridad financiera, etc. (considerando G), con lo que se aprecia que su ámbito de aplicación ni mucho menos debe reducirse al meramente financiero.

⁸⁴ En este particular, véase RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen: «La protección de los informantes –whistleblowers– y las garantías de los investigados. Análisis de la propuesta de directiva de la Unión Europea y en España de la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes». *Revista de estudios europeos*, núm. extra 1, pp. 225-245. 2019.

La citada resolución realiza una serie de propuestas entre las que merece la pena destacar el carácter absolutamente amplio de su ámbito subjetivo (apdo. 14)⁸⁵ y con independencia de que la información transmitida no descubra la existencia de actos ilícitos (apdo. 19). También considera la importancia de establecer fórmulas sancionadoras contra aquellas entidades que hayan adoptado represalias contra los denunciantes de irregularidades (apdo. 6), incluso de carácter penal (apdo. 38), así como de fomentar la imagen pública –en aras de mejorarla– de dichos denunciantes (apdo. 25). En cuanto a la protección a los denunciantes, aborda la necesidad de anular las medidas adoptadas en su contra, compensándolo «plenamente» por los daños y perjuicios que haya podido sufrir (apdo. 38), así como de mantener el beneficio de la protección aunque haya podido cometerse un error en la apreciación de los hechos o aunque la amenaza percibida para el interés general no se haya materializado, siempre que, en el momento de la denuncia, tuviera motivos razonables para creer en su veracidad (apdo. 50).

La resolución también extiende su protección, con independencia de cuál fuese la intención del denunciante (apdo. 47). En este particular se observa una evolución importante, porque se trata de dar un paso en las medidas de protección que no se encontrarán vinculadas al objetivo perseguido por el denunciante, como hasta la fecha habían señalado algunos pronunciamientos. Es el caso de la STEDH de 12 de febrero de 2008, caso Guja, en el que se aborda la destitución del director del servicio de prensa del Ministerio Fiscal de Moldavia, tras publicar dos documentos que, según él, revelaban la injerencia de un alto cargo político en un procedimiento penal pendiente. La sentencia, que finalmente declara que hubo violación del derecho a la libertad de expresión, apunta que «un acto motivado por alguna queja o aversión personal o incluso por la perspectiva de algún beneficio personal, como una ganancia económica, no justifica un nivel de protección alto». Se evidencia así la evolución en la materia, fruto, sin duda, de la aspiración a combatir con mayor contundencia la corrupción.

Sin duda, toda esta regulación terminó cristalizando en la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019,

⁸⁵ Se «entiende por denunciante de irregularidades toda persona que comunique o revele información en interés público, incluido el interés público europeo, sobre un acto ilegal, indebido o que suponga una amenaza o un daño, o que menoscabe o ponga en peligro el interés público, por lo general, pero no exclusivamente, en el contexto de su relación laboral, ya sea en el sector público o en el privado, en el ámbito de una relación contractual o de su actividad sindical o asociativa; destaca que ello incluye también a las personas al margen de las relaciones laborales tradicionales entre empleador y trabajador, como consultores, contratistas, trabajadores en prácticas, voluntarios, estudiantes que trabajan, trabajadores temporales o antiguos empleados que tengan pruebas de tales actos y motivos razonables para creer fidedigna la información transmitida».

relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión⁸⁶. Esta destaca, entre sus considerandos, el especial papel de los denunciantes de irregularidades, en tanto que, en su condición de trabajadores⁸⁷, son los primeros en tener conocimiento de las mismas, por lo que desempeñan un rol fundamental en la lucha contra dichas irregularidades⁸⁸. La Directiva señala asimismo que uno de los principales impedimentos de tal actuación de denuncia suele ser el temor a represalias (considerando 1). Sin embargo, y de forma llamativa, su ámbito material (regulado en su art. 2) vuelve a hacer referencia en primer lugar a actuaciones propias del ámbito de la contratación pública (art. 2.1.a.i), financiero (art. 2.1.b), de competencia (art. 2.1.c), si bien también alude a otras ajenas a valores estrictamente económicos, tales como la protección del medioambiente (art. 2.1.a.v), la salud pública (art. 2.1.a.viii), etc.

Además, la Directiva establece expresamente que los motivos del denunciante no deben ser tenidos en cuenta, bastando con que su actuación se enmarque dentro de la buena fe (considerando 32) y que la información sea veraz en el momento de la denuncia, siempre que planteen dudas o sospechas razonables (art. 6.1.a), ya lo hagan a través de una denuncia interna –a través de los mecanismos de la propia empresa– o externa –acudiendo a una autoridad externa– (art. 6.1.b).

Ahora bien, la extensión de la figura del denunciante de irregularidades ha encontrado importantes resistencias que han oscilado en torno a dos aspectos principales: la inexistencia de mecanismos suficientes para garantizar el anonimato de los denunciantes y la ausencia de herramientas que permitan su protección en caso de ser descubiertos. Tales resistencias provocan un notable efecto disuasorio, de lo que se desprende que se estima que el 81 % de los

⁸⁶ Si bien se trata de una norma que deberá ser fruto de trasposición, resultando conveniente para alcanzar sus objetivos que dicha trasposición se produzca en términos ambiciosos, tal y como señalan GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «La tutela del “whistleblower”»: principios generales de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 230, pp. 13-18. 2020.

⁸⁷ La condición de trabajador en términos de la Directiva debe ser apreciada de forma absolutamente amplia, incluyendo todas las tipologías laborales posibles e, incluso, a los empleados públicos y a quienes, sin ser trabajadores en sentido estricto, puedan desempeñar actividades homologables, como podrían ser los TRADE (art. 4.1 y 4.4). Igualmente, se protege tanto a los exempleados (art. 4.2) como a aquellos cuya relación aún no haya comenzado (art. 4.3); e, incluso, a trabajadores cuya vinculación se produzca en el contexto de relaciones de descentralización productiva (art. 4.1.d).

⁸⁸ Sin que las obligaciones de buena fe propias del contrato de trabajo deban implicar su obligación de permanecer pasivo ante actuaciones irregulares de su empleador (STC 6/1988). En este sentido, véase VIDAL LÓPEZ, Pere: «¿Era realmente necesaria una Directiva europea de protección del “whistleblower”?». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 956, p. 11. 2019.

Europeos que experimentaron o fueron testigos de un caso de corrupción no lo denunciaron, según el Eurobarómetro Especial sobre Corrupción⁸⁹.

En cuanto a la necesidad de anonimato, la regulación tradicionalmente se oponía a esta posibilidad⁹⁰. Esta tendencia se mantiene en la normativa vigente. Así, tanto los arts. 266 y 267 LECr. como el art. 11.1.d del RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, establecen la necesidad de que en cualquier solicitud de inicio de un procedimiento se identifique plenamente al denunciante, lo que dificulta la conservación de su anonimato, especialmente si se abre la vía judicial. Esto se vincula con las garantías del denunciado, cuyos derechos fundamentales (al honor, a la tutela judicial efectiva, etc.) también se encuentran en juego.

No obstante, la normativa ha ido progresivamente atendiendo a esta necesidad de no verse descubierto. Así, en el ámbito laboral, el art. 10.1 LIT establece el deber de sigilo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, debiendo considerarse confidencial el origen de las quejas. En el ámbito fiscal, el art. 114.2 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria, regula las denuncias públicas, estableciendo que no formarán parte del expediente administrativo, y añadiendo el art. 114.3 que no se considerará al denunciante interesado en las actuaciones administrativas que se inicien como consecuencia de la denuncia ni se le informará del resultado de las mismas.

En este sentido, y en cuanto a la prevención de delitos en el ámbito de las personas jurídicas, puede incluso considerarse que los protocolos a los que hace referencia el art. 31.bis CP serán efectivos y suficientes exclusivamente cuando articulen mecanismos aptos y válidos de protección a los denunciantes, lo que resulta coherente con el deber de informar de posibles riesgos e incumplimientos al que se alude en el art. 31.bis.5.4.º CP al regular estos programas de cumplimiento normativo. Esta exigencia sin duda es coherente con el requisito de funcionalidad que se exige a dichos protocolos, siendo necesaria la articulación de mecanismos de salvaguarda de la confidencialidad o secreto de los denunciantes, así como de protección de su indemnidad al objeto de evitarles repres-

⁸⁹ COMISIÓN EUROPEA: *Special Eurobarometer 470 – Corruption*. <https://cutt.ly/3yeoCgV>. 2017.

⁹⁰ Ya en la Novísima Recopilación se prohibía la investigación de los hechos denunciados de forma anónima, salvo aquellos que tuvieran carácter notorio. También la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y la Compilación General de 1879 prohibían la denuncia anónima como mecanismo para comunicar hechos delictivos; de igual manera, la Real Orden Circular de 27 de enero de 1924 prohibía a las autoridades de forma expresa atender las denuncias con carácter anónimo. En este sentido, véase SÁNCHEZ PÉREZ, José Antonio: «Los canales de denuncia (I)». *Testigo de Cargo*, 49, pp. 48-50. 2019.

lias⁹¹. Este requisito también es destacado por la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por Ley Orgánica 1/2015, que hace referencia a la necesidad de una regulación protectora específica del denunciante. Debe recordarse que solo un cumplimiento pleno de los requisitos establecidos en la norma reguladora de los planes de cumplimiento normativo permitirá la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, permitiéndose en caso contrario solo la atenuación de la responsabilidad penal⁹².

Dicha tendencia a favor de tener en cuenta las denuncias anónimas viene consolidándose progresivamente, habiendo sido incluso acogida por la jurisprudencia⁹³.

Obviamente, no bastará con la confidencialidad; resultará necesario adoptar mecanismos suficientes de protección frente a represalias contra los denunciantes de irregularidades, que pueden adoptar numerosas formas (despidos, sanciones, degradación profesional, etc.).

Esta necesidad ya se apreció desde las etapas más tempranas de la implantación de esta figura, resultando un hito de gran importancia la estadounidense *Whistleblower Protection Act* de 1989, que preveía expresamente determinados mecanismos de protección ante represalias⁹⁴.

Estas cuestiones fueron expresamente abordadas por la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre las medidas legítimas para la protección de los denunciantes de irregularidades que, en aras del interés público, revelan información confidencial sobre empresas y organismos públicos, reconociendo la necesidad de salvaguardar la confidencialidad de la identidad de los denunciantes y de la información que revelan (considerando M), y reconociendo que existe una preocupación porque los denunciantes sean:

... víctimas de hostilidad, acoso, intimidación y exclusión en el lugar de trabajo, encuentren obstáculos para hallar otro empleo en el futuro o pierdan medios de subsistencia, y que sus familiares y sus compañeros puedan a menudo ser objeto de amenazas graves; que los temores de represalias pueden dar lugar a un efecto desalentador para los denunciantes, lo que supondría un riesgo para el interés público (considerando S).

⁹¹ MUÑOZ CUESTA, Javier: «Cuestiones esenciales para evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica». *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, pp. 39-49. 2017.

⁹² MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «El régimen laboral del “Compliance officer”...» (Bibl. cit.).

⁹³ Es significativa la STS [Sala Segunda] 35/2020, de 6 de febrero, RC 2062/2018, que valida una denuncia anónima como fuente de una investigación interna en una empresa, a partir de la cual se consigue descubrir la existencia de una actuación delictiva.

⁹⁴ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: «El difícil encaje del delator en el proceso penal español...» (Bibl. cit.).

Finalmente, la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, se posiciona de forma clara, entendiendo que la salvaguarda de la confidencialidad del denunciante es una medida fundamental para evitar represalias (considerando 82), a cuyo efecto se establece un deber de confidencialidad respecto de su identidad (art. 16.1).

En cuanto a la protección de los denunciantes, la Directiva apuesta por la necesidad de implementar medidas de protección efectiva para evitar represalias contra los mismos (considerando 87 y siguientes). Tras elaborar un amplísimo listado de actuaciones prohibidas (art. 19), establece diversos mecanismos de protección, tales como la obligación de prestación de información y asesoramiento (art. 20.1), incluso mecanismos de distribución de la carga de la prueba en tales supuestos, exigiendo que sea quien impone la medida perjudicial el que deba acreditar que su actuación se encuentra desvinculada de la denuncia (art. 21.5)⁹⁵.

La reparación de los denunciantes debe ser íntegra (art. 21.8 y 23.2), real, efectiva y disuasoria, hasta el punto de establecerse que «proporcionar una indemnización como alternativa a la reincorporación en caso de despido podría dar lugar a una práctica sistemática, en particular en las organizaciones de mayor tamaño y, por tanto, tener un efecto disuasorio en denunciantes futuros» (considerando 95).

Existe, pues, un amplio consenso en torno a la necesidad de asegurar protección constitucional a los denunciantes de irregularidades. Ahora bien, se constata un amplio debate en torno al derecho fundamental que debe amparar dicha protección. Se ha apreciado, por ejemplo, que la tutela debe derivarse de la actuación vinculada al cumplimiento de un deber (llegando, por ejemplo, hasta el punto de constituir una causa de exención de la responsabilidad penal, al amparo del art. 20.7 CP). Se considera, de esta manera, el claro carácter injusto de las actuaciones que supongan un perjuicio para un trabajador derivadas del mero cumplimiento de su obligación, independientemente de si se produce en el ámbito público o en el privado. Además, se viene considerando que la protección de tales actuaciones puede conectarse con el ejercicio de derechos fundamentales lo que, por otra parte, asegurará una mayor protección (de ámbito constitucional) a las mismas.

Esta situación, que comienza a tener presencia en los tribunales, viene canalizándose a través de la garantía de indemnidad⁹⁶. Sin embargo, parece no

⁹⁵ De este modo, se establecen mecanismos de protección equivalentes a los propios de los procedimientos de tutela de derechos fundamentales.

⁹⁶ Es el caso de la STSJ Madrid 853/2017, de 13 de septiembre, rec. 525/2017, que aborda el supuesto de una trabajadora de la industria farmacéutica despedida por denunciar la existencia de uso de fáрма-

ser la institución más adecuada, en tanto que no se trata de actuaciones dirigidas a evitar un proceso judicial formulado por el trabajador frente a su empresa.

Sí podría sostenerse que dicha protección tiene encaje en la garantía de indemnidad si se apreciase que las irregularidades denunciadas afectan al trabajador en su condición de ciudadano, que se verá, por ejemplo, mediatamente afectado por el fraude fiscal que pueda cometer su empresa. En el mismo sentido podría apreciarse su situación frente a la existencia de irregularidades de tipo medioambiental, debiendo recordarse en este particular que se trata de un derecho constitucional, respecto del que también se ha establecido –como contrapartida– el deber de conservarlo (art. 45.1 CE).

Como se ha señalado anteriormente, en algunos casos se han establecido beneficios derivados de la denuncia de irregularidades (por ejemplo, reducciones de penas, etc.), cuyo fundamento se encuentra en razones político-criminales que priman el criterio de la utilidad de dichas actuaciones en el ámbito de la investigación de los delitos⁹⁷. Algunos autores han encontrado en estas consideraciones el fundamento para la extensión de la garantía de indemnidad a las denuncias de determinadas actuaciones empresariales ilícitas⁹⁸.

Sin embargo, ya la STC 198/2001 resolvió que esta actuación no se encuentra conectada con la garantía de indemnidad⁹⁹, abordando la cuestión en el supuesto de un trabajador que denuncia la existencia de irregularidades ante el Servicio de Control de Juegos de Azar, y aduciendo dos argumentos que merecen ser comentados. En primer lugar, planteaba que el derecho fundamental no había sido lesionado, en tanto que el trabajador había podido realizar la denuncia sin obstáculo alguno. Esta conclusión no parece en absoluto

cos fuera de la indicación de estos; de la STSJ Cataluña 8235/2007, de 22 de noviembre, rec. 5513/2007, relativo a un trabajador despedido tras denunciar la existencia de irregularidades contables, facturas falsas; de la STSJ Asturias 2952/2007, de 29 de junio, rec. 3697/2006, que resuelve el supuesto de un trabajador que denuncia ante la Administración sanitaria y medioambiental la existencia de la actuación empresarial consistente en calificar agua envasada como mineral, cuando en realidad se trataba de agua de otra categoría; de la SJS10 de Valencia 325/2018, de 17 de septiembre, Autos 746/2017, que aborda el supuesto de un trabajador que remite un informe denunciando el incumplimiento de la normativa de transparencia la presentación de facturas ficticias o la existencia de contrataciones irregulares (sentencia posteriormente confirmada por la STSJ Valencia 1054/2019, de 2 de abril, rec. 516/2019); o de la STSJ Galicia 4272/2018, de 15 de noviembre, rec. 2826/2018, en el caso de una denuncia presentada ante la AEPD.

⁹⁷ Es el caso de los ya citados arts. 376 o 570 quáter 4.º del CP.

⁹⁸ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: «El difícil encaje del delator en el proceso penal español...» (Bibl. cit.).

⁹⁹ También rechazó que pudiera resultar tutelada por el derecho a comunicar información veraz, si bien dicha argumentación se sustenta en la falta de denuncia en la vía judicial previa de la lesión de este derecho, lo que impedía plantearlo por vez primera en el recurso de amparo. Al respecto de dicha sentencia, véase TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco Javier: «La garantía de indemnidad del trabajador y carga probatoria del empresario ante despido disciplinario. Comentario a la STC 198/2001, de 4 de octubre». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII*, pp. 353 y siguientes. Madrid: Civitas. 2000.

acertada, pues, como se ha señalado, la lesión del derecho no se produce exclusivamente cuando este no haya podido ejercitarse, sino también en los supuestos en que su ejecución haya implicado a posteriori perjuicios para el trabajador, los cuales no tuviese el deber de soportar. El segundo argumento plantea que el motivo real del despido no se encuentra en la denuncia de irregularidades, sino en una supuesta falta de profesionalidad del trabajador. Esta se vinculaba con el hecho de que el trabajador denunció una circunstancia sin relevancia, pero que motivó la presencia de agentes de la Guardia Civil en el centro de trabajo (un casino), causando un perjuicio a la empresa. «Al considerar la empresa que tal comportamiento no se compadece con la profesionalidad exigible a un empleado de su categoría», parece sancionarse la desproporción de la actuación del trabajador, lo que puede resultar bastante discutible, especialmente a la vista de la consecuencia desencadenada por parte de la empresa (despido).

Frente a esa postura, y precisamente tras la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, que vincula de forma expresa la actuación de denuncia de irregularidades con la libertad de expresión y de información (considerando 31), resulta necesario replantear la necesidad de ubicar su protección en el ámbito de los derechos fundamentales, en concreto, en la libertad de expresión (art. 20.1.a CE) o en el derecho a comunicar información veraz (art. 20.1.d CE)¹⁰⁰.

Esta posibilidad ya había sido explorada y perfilada por algunos pronunciamientos judiciales. Respecto del derecho a comunicar información veraz, se había considerado imprescindible que existiera un determinado ánimo de difundir el contenido de la denuncia¹⁰¹, por lo que no se vería protegida la actuación que se dirigía exclusivamente hacia su destinatario, excluyendo todo propósito de ampliar posteriormente su contenido a terceros. Además, se conectaba de forma directa este derecho fundamental con el interés público y con el derecho de la colectividad a recibir la información señalada¹⁰². También se apreciaba la necesidad de que la comunicación versase sobre hechos que, si bien no resultaba imprescindible que fuesen plenamente ciertos, sí que debían resultar cuanto menos veraces, lo que debía traducirse en que las denuncias «se presenten con cierto fundamento y sobre un fondo de verdad»¹⁰³. Precisamente por este motivo no se encuentran incluidos dentro del ámbito de protec-

¹⁰⁰ En este mismo sentido se pronuncia LOUSADA AROCHENA, José Fernando, y RON LATAS, Ricardo Pedro: *La protección laboral...* (Bibl. cit.).

¹⁰¹ STC 5/2004.

¹⁰² STC 168/1986.

¹⁰³ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), p. 89.

ción del derecho la denuncia de hechos o circunstancias inciertos, que incluso pueden suponer un perjuicio contra el honor de terceros, suponiendo una clara extralimitación en el ejercicio del derecho ¹⁰⁴.

En este particular, tuvo lugar un intenso debate doctrinal, en tanto que algún sector negaba la aplicación de este derecho a situaciones donde la información transmitida no tuviese carácter periodístico, entendiéndose que el derecho de información del art. 20 CE debía tener necesariamente esa connotación ¹⁰⁵.

Quienes sostenían la postura contraria negaban esa concepción elitista de la libertad de información, reducida al ámbito periodístico, considerando que del citado derecho no debían excluirse otras manifestaciones del mismo y también que la noción de interés público no debía vincularse necesariamente con la de interés general, ni con el «interés del público» ¹⁰⁶. De este modo, pese a que el interés público no se conecte con la actividad periodística, no cabe duda de que la información comunicada puede resultar necesaria para la persecución de actividades ilícitas de muy diverso tipo. Así, la publicidad otorgada a determinados hechos no se produciría a través de su lanzamiento hacia la opinión pública, sino a través de los mecanismos públicos de vigilancia y control de irregularidades.

Esta última tesis se refuerza tras la incorporación a nuestro derecho interno de la CDFUE ¹⁰⁷, en cuyo art. 11 se establecen dos derechos distin-

¹⁰⁴ STC 120/1983.

¹⁰⁵ «El propio TC, en reiteradísima doctrina (en su mayoría ajena a conflictos laborales), ha perfilado con gran precisión el contenido de este derecho fundamental identificándolo con la libertad de informar sobre “hechos de trascendencia pública, en el sentido de noticiables”, esto es, hechos dotados de “interés público” (STC 132/1995) o “relevancia pública” (STC 3/1997). El derecho fundamental persigue la libre comunicación de “noticias”, de “hechos noticiables” enmarcados en un “contexto informativo” (STC 176/1995); presupone, pues, la existencia de un “interés general en el conocimiento de los hechos”, que hace que estos sean “noticia” (SSTC 67/1988, 107/1988, 171/1990, 171/1991, 40/1992, 85/1992, 22/1995, 173/1995, 28/1996, 3/1997...). Con énfasis, la jurisprudencia constitucional reitera que el reconocimiento del derecho ampara la “relevancia social de aquello que se comunica... para poder así contribuir a la formación de la opinión pública libre” (SSTC 172/1990 y 132/1995). La comunicación protegida constitucionalmente es la que se refiere, pues, a “asuntos importantes para la vida en común” (SSTC 186/1986 y 3/1997), de tal manera que el derecho fundamental a tal comunicación de información presenta un doble carácter: “libertad personal y garantía de una opinión pública en un Estado democrático, a cuya formación contribuye” (SSTC 104/1986, 171/1990, 172/1990, 40/1992, 85/1992, 170/1994, 42/1995, 3/1997...): MONTÓYA MELGAR, Alfredo: «La declaración testifical...» (Bibl. cit.), pp. 271 y 272.

¹⁰⁶ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.), p. 86.

¹⁰⁷ Incorporado a nuestro ordenamiento interno a través del Tratado de Lisboa, que entró a su vez en vigor el 1 de diciembre de 2009. No debe olvidarse que la CDFUE ha de servir, además, de parámetro interpretativo de los derechos fundamentales constitucionales, al amparo del art. 10.2 CE. Al respecto, véase BUSTOS GISBERT, Rafael: «La aplicación judicial de la CDFUE; un decálogo a partir de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *Teoría y realidad constitucional*, núm. 39 (Ejemplar dedicado a: Monográfico: El TJUE como actor de constitucionalidad), pp. 333-359. 2017.

tos: de un lado, la libertad de expresión, que comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar información; de otro, la libertad de los medios de comunicación. De su redacción, con relevantes efectos interpretativos respecto del contenido de los derechos constitucionales, pueden extraerse dos conclusiones fundamentales. En primer lugar, parecen diferenciarse los derechos contenidos en el primer apartado de los aludidos en el segundo, conectados a la libertad de prensa. De esta manera, decaería el argumento que sostiene que la denuncia de irregularidades no puede sustentarse en el derecho a comunicar información veraz, en tanto que el ámbito de aplicación de este último se conecta necesariamente con el ejercicio periodístico: sin duda alguna, la redacción vigente permite apreciar que el derecho a comunicar información trasciende de los medios de comunicación¹⁰⁸. En segundo lugar, puede observarse que tales derechos se desconectan de la exigencia de veracidad, que podrá suponer ahora un aspecto relevante a tener en cuenta a los efectos de los perjuicios que pueda provocar el derecho, pero en modo alguno un requisito para la obtención de protección constitucional.

Debe diferenciarse, asimismo, el derecho de comunicar información, con el ejercicio de la libertad de expresión, donde la actuación protegida no gira tanto en torno a hechos, sino en cuanto a opiniones o valoraciones¹⁰⁹. La distinción entre ambos derechos tiene importancia en cuanto a la necesidad de determinar el carácter legítimo de su ejercicio, ya que las opiniones no son

¹⁰⁸ En sentido contrario, podría señalarse que el art. 52.4 CDFUE establece que los derechos reconocidos por la carta deben interpretarse en armonía con las «tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros». Sin embargo, opinamos que la exclusión del ámbito de la libertad informativa a los sujetos ajenos al ámbito periodístico supone no tanto un ejercicio interpretativo, sino una contraposición con el contenido del derecho reconocido por la vía de establecer un límite subjetivo no recogido en la misma.

¹⁰⁹ En cuanto a los efectos de la libertad de expresión vinculada a la denuncia de irregularidades, es especialmente significativa la STSJ Madrid de 16 de diciembre de 2013, rec. 1231/2013, que analiza el supuesto de un piloto de avión que comunicó a los pasajeros la existencia de una avería, tras lo que la empresa le sancionó. Ante dicha situación, el trabajador escribió, en privado, a varios departamentos y secciones de la aerolínea criticando dicha actuación y denunciando otras irregularidades; y, en público, en una página web de aviación. Como consecuencia de estas manifestaciones, el trabajador fue despedido. La resolución descarta que dicha actuación pueda enmarcarse en el ámbito de la garantía de indemnidad: «no considera esta Sala que se pueda extender la protección de la garantía de indemnidad por una posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva a todos los casos en que haya existido una discrepancia plasmada mediante mensajes cruzados entre empresario y trabajador, sin haberse presentado siquiera queja o reclamación alguna ante la Inspección de Trabajo o los representantes de los trabajadores». Se consideró, en cambio, que las denuncias podrían merecer protección en el ámbito de la libertad de expresión. No obstante, en este caso se descarta que exista una vulneración en este aspecto, dado que los hechos publicados en la página web no eran agridios, ni contrastados, considerándose que tenían un cierto carácter injurioso, a lo que se añadía el agravamiento por la difusión de las comunicaciones.

susceptibles de prueba en cuanto a su exactitud, por lo que no puede exigirse a quien hace uso de dicha libertad que demuestre la verdad de lo señalado o haber actuado de forma diligente en cuanto a la averiguación de lo manifestado; por el contrario, estos requisitos sí que condicionan la legitimidad del derecho a comunicar información, motivo por el cual el propio texto constitucional añadió a su enunciado el adjetivo «veraz»¹¹⁰. Sin embargo, estas exigencias no pueden traducirse en la necesidad de que el trabajador deba necesariamente acreditar los hechos denunciados. De este modo, la actuación empresarial por la que se impone al trabajador una consecuencia negativa en el caso de no haber acreditado tales hechos, debe ser declarada nula¹¹¹, salvo que se acredite que los hechos denunciados sean manifiestamente falsos o que se haya actuado con notoria mala fe.

La doctrina judicial que analiza las decisiones disciplinarias vinculadas a ejercicios de la libertad de expresión destaca como aspectos fundamentales el contexto y lugar donde se han proferido las expresiones, la forma –escrita o verbal–, la presencia de otras personas junto al destinatario de las críticas, la difusión pública y, especialmente, el tono empleado o la utilización de expresiones ofensivas o injuriosas¹¹², no encontrándose protegidas actuaciones que excedan de manera clara dichos límites¹¹³. Tampoco resulta relevante la motivación del trabajador a la hora de realizar la denuncia. Una vez que se enmarca dentro del derecho fundamental a comunicar información veraz, no resultará determinante que su actuación se lleve a cabo con un propósito que podría denominarse cívico o filantrópico, o que se deba al mero interés de quedar al margen de la responsabilidad que pueda declararse como consecuencia de las irregularidades demostradas¹¹⁴.

Con frecuencia, la libertad de expresión y el derecho a comunicar información veraz se encuentran íntimamente conectados, lo que ha permitido incluso reconocer que la vulneración de los mismos se produce de forma simultánea, dado que su deslinde no es muchas veces nítido, de manera que «en los

¹¹⁰ STC 4/1996.

¹¹¹ Es el caso de la STSJ Navarra 42/2016, de 21 de enero, rec. 554/2014, relativa al supuesto de una trabajadora que activó el protocolo de prevención de acoso laboral por hechos que no resultaron acreditados. No obstante, la sentencia rechaza que exista motivo de despido al no apreciar mala fe o voluntad de perjudicar a sus superiores.

¹¹² TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique: «Despido de un trabajador por comentarios contra la empresa vertidos en internet. Comentario a la STSJ Madrid de 16 de diciembre de 2013». *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 35, pp. 341-351. 2014.

¹¹³ Al respecto, véase la STC 203/2005.

¹¹⁴ Como ocurre en la STC 198/2001.

supuestos en que se mezclan elementos de una y otra significación debe atenderse al que aparezca como preponderante o predominante»¹¹⁵.

En cuanto al mecanismo utilizado por el denunciante para dar publicidad a los hechos descritos, pueden establecerse tres situaciones distintas.

El primer caso hace referencia a los trabajadores que den una total publicidad a los hechos, acudiendo a medios de comunicación o a otras vías autónomas para conseguir trasladar a la opinión pública la existencia de los hechos denunciados. Este caso ha sido resuelto sin ningún tipo de duda por la jurisprudencia constitucional en el sentido de entender vulnerado el derecho fundamental, al apreciarse que la actuación debe encontrarse protegida¹¹⁶.

El segundo supuesto se refiere a los trabajadores que acudan a organismos externos para hacer públicos los hechos denunciados. En este ámbito se verían incluidos tanto la existencia de denuncias ante organismos públicos (por ejemplo, en materia fiscal), como la que se produzca ante entidades privadas que tengan algún tipo de potestad en la materia. Es el caso, por ejemplo, de organismos o asociaciones que, pese a ser privados, realicen labores de denuncia o persecución de irregularidades (puede pensarse en entidades ecologistas como Greenpeace), dándose en ambos supuestos publicidad a los hechos denunciados. Este tipo de actuaciones también deben resultar protegidas, siendo especialmente significativa la STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, caso HakeIbracht y otros, que hace referencia a la denuncia de una actuación discriminatoria, si bien por las propias características del supuesto concreto resuelve el asunto en torno al principio de igualdad y a la tutela judicial efectiva¹¹⁷.

Por último, se alude a los supuestos en que los hechos se denuncien ante terceros, si bien en el ámbito interno de la propia empresa. En estos casos, también debe considerarse protegida la actuación consistente en dar publicidad a los hechos denunciados, pese a que no puede negarse que se tratará de una publicidad relativa, lo que no debe impedir que la denuncia merezca pro-

¹¹⁵ Es el caso de la STC 4/1996. Sin embargo, dicha resolución concluye declarando lesionados ambos derechos de un trabajador al que se impuso una sanción tras hacer pública una misiva en la que realizaba determinadas críticas públicas frente a su empresa, partiendo de un relato fáctico que pese a no resultar exacto demostró ser veraz (realización de numerosas horas extraordinarias, alegando que dicho exceso de jornada impedía mitigar el paro). Al considerar que su reivindicación podía afectar al interés general, se consideró que prevalecía sobre la alegación empresarial que le imputaba la existencia de un daño en su imagen derivado de dicha carta.

¹¹⁶ STC 4/1996.

¹¹⁷ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: «§138. El trabajador que apoya...» (Bibl. cit.). Véase también VELASCO PORTERO, María Teresa: «La protección de los trabajadores que apoyan...» (Bibl. cit.).

tección (así lo establece expresamente el art. 6.1.b de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019)¹¹⁸.

En todos los casos anteriores puede apreciarse la existencia de un esquema común, constituido por un trabajador denunciante, un sujeto infractor (que no tendrá por qué resultar necesariamente conocido o identificado), un destinatario o receptor (público en general, entidades públicas o privadas y órganos de vigilancia interna, según el supuesto) y la información relevante o merecedora de protección.

Sea como fuere, consideramos que los requisitos de «interés público» o «interés general» que se anudan a la libertad informativa no deben interpretarse de manera restringida. Aunque estos requisitos han sido especialmente tenidos en cuenta en los supuestos de conflicto de la libertad con otros derechos constitucionales (como la intimidad, el honor, etc.), ello no quiere decir que la ausencia de los mismos implique necesariamente que la conducta desarrollada se encuentre al margen del derecho. Debe tenerse en cuenta que tales exigencias no se encuentran recogidas en la CE (ni en los textos internacionales), por lo que no existe sustento normativo de primer grado para entender que la ausencia de dicho interés deba traducirse necesariamente en la inexistencia de protección constitucional. En todo caso, y aunque se admitiese el «interés público» como criterio de validez del ejercicio del derecho, entendemos que – precisamente por tratarse de un requisito no regulado explícitamente en la CE– deberá ser interpretado de forma que permitan considerarse incluidas dentro del mismo las actuaciones antes descritas, especialmente a la vista de su conexión con otros derechos (legales y constitucionales).

Como límite de estos derechos, en algunos supuestos se ha planteado la exigencia empresarial de que los trabajadores se vean obligados a guardar secreto profesional sobre los hechos que conozcan en su puesto de trabajo. No obstante, este deber se encuentra muy limitado cuando colisiona con derechos fundamentales como los aquí analizados. Incluso, en el ámbito de la Administración, se ha destacado el deber de los funcionarios de mantener el secreto profesional sobre sus actuaciones, si bien al mismo tiempo debe tenerse en cuenta la vigencia del principio de publicidad de la Administración, que debe prevalecer¹¹⁹. En este particular, la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento

¹¹⁸ Anteriormente a la entrada en vigor de dicha Directiva, algunos pronunciamientos habían considerado que tales actuaciones no merecían protección constitucional, como fue el caso de la STSJ País Vasco 1879/2005, de 12 de julio, rec. 1570/2005, que abordó el supuesto de un trabajador que denunció ante el Servicio de Intervención de su propia empresa la existencia de irregularidades de gestión y facturación, etc.

¹¹⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, y VALENCIANO SAL, Antonio: *Derechos fundamentales...* (Bibl. cit.).

Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019 establece que no se considerará que las personas que comuniquen información han infringido ninguna restricción de revelación de información, ni incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha denuncia o revelación pública (art. 21.2), salvo cuando dicha revelación, por sí misma, constituya un delito (art. 21.3).

1.3 Extensión de la protección a las actuaciones no jurisdiccionales a la luz de la STC 55/2004

Al margen de las denuncias públicas, existen otras numerosas actuaciones que, pese a encontrarse extramuros del proceso, tienen como finalidad la evitación del mismo. Sin duda alguna, las actuaciones clasificables en el presente apartado son las que más polémica vienen generando en cuanto a la necesidad de su protección. Se trata de actividades que se encuentran más allá de los límites del proceso ¹²⁰, motivo por el que no resulta tan clara la justificación de la necesidad de otorgarles protección constitucional en el marco de la tutela judicial efectiva. Sin embargo, como podrá observarse, no se trata de actuaciones a las que la doctrina judicial les haya negado la tutela constitucional de manera definitiva: existe aún hoy un amplio debate al respecto de estas «zonas grises», en el cual nos aventuraremos a tomar posición.

1.3.1 JUSTIFICACIÓN Y ENCAJE EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Uno de los avances más transgresores en el desarrollo de la garantía de indemnidad se produce con la STC 55/2004. Esta sentencia aborda el supuesto de un trabajador que, a través de su abogado, remite una comunicación a la empresa reclamando determinados derechos y proponiéndole que se avengan a resolver el conflicto existente, advirtiéndole de que, en caso contrario, se vería obligado a acudir a los tribunales. Tras recibir dicha comunicación, la empresa opta por despedirlo, señalando que en la misiva se incluyen numerosas apreciaciones considerables como ofensas verbales, lo cual transgrede la buena fe contractual.

¹²⁰ También denominados «estadios remotos de gestación de la acción judicial», en TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo: «Ampliación de la garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.), p. 184.

Tanto el Juzgado de instancia como el TSJ Andalucía/Sevilla declaran que el despido merece la calificación de improcedente. No obstante, el trabajador reclama en amparo, considerando que se ha vulnerado su garantía de indemnidad.

La STC parte de la asunción de que la comunicación remitida a la empresa no se encuentra incluida dentro de los actos previos necesarios para el acceso a la jurisdicción (de haber sido el caso, el litigio podría haberse resuelto con apoyo en la doctrina constitucional ya reflejada en las primeras sentencias que aluden a la garantía de indemnidad). El presente supuesto constituye una situación distinta, dado que el trabajador no se encontraba obligado normativamente a ningún intento previo de acuerdo, ni a remitir comunicación alguna a la empresa al objeto de resolver el conflicto.

Llegado este punto, el TC da un paso que se ha considerado absolutamente novedoso y totalmente revolucionario respecto de la doctrina existente hasta la fecha. La STC 55/2004 comienza haciendo referencia a los beneficios de los mecanismos de evitación del proceso, en un párrafo que, por su indudable trascendencia para la institución estudiada, transcribimos a continuación:

No es posible, sin embargo, dejar de valorar, en este contexto, los beneficios que se derivan de la evitación de los procesos (SSTC 217/1991, de 4 de noviembre, FJ 5; 12/2003, de 28 de enero, FJ 5), como algo útil o deseable, que es la finalidad pretendida por reclamaciones extrajudiciales previas como la formulada por el Abogado del Sr. Sánchez Romo. El objetivo de evitar un proceso permite extender la garantía de la indemnidad a esa actividad previa no imperativa, pero conveniente y aconsejable, cuando del contexto, que se integra por los actos anteriores, coetáneos y posteriores, se deduzca sin dificultad que aquélla está directamente encaminada al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así sucedió, en efecto, en el caso que el recurrente en amparo plantea ante este Tribunal: la Sentencia del Juzgado de lo Social declaró como hechos probados que el Sr. Sánchez Romo había formulado verbalmente a la empresa en ocasiones anteriores la reclamación sobre la titularidad que creía tener en la patente, y que en la carta dirigida por el Abogado a la empresa se hacía constar que la finalidad de la misma era resolver el «conflicto de manera amistosa, intentando llegar a una negociación razonable» para evitar el proceso; y consta, así mismo, en las actuaciones remitidas a este Tribunal que se ejercitó posteriormente la correspondiente acción judicial para reclamar en la jurisdicción competente los derechos sobre la patente.

La citada sentencia incluye numerosas cuestiones que merecen la pena ser analizadas. La primera cuestión es si los mecanismos de composición extrajudicial de un conflicto tienen encaje en el derecho a la tutela judicial efectiva. Con respecto a ello, el TC concluye que la garantía de indemnidad debe

extender su protección no solo a las actuaciones procesales o preprocesales, sino también a aquellas otras actuaciones extraprocerales que, no estando previstas en las normas procesales y no siendo necesarias para acceder al proceso, se dirigen a su evitación¹²¹. El único condicionante que establece es que de dicha actuación pueda deducirse «sin dificultad» que se encuentra «directamente encaminada» al ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción.

Debe destacarse que este razonamiento puede parecer *a priori* incluso contradictorio, en tanto que las actuaciones a las que se extiende la protección tienen como finalidad alcanzar un acuerdo amistoso para, precisamente, evitar acudir a la jurisdicción. Es decir, se aspira a que el proceso quede negado por las actuaciones que se llevan a cabo.

No obstante, aunque la voluntad inicial del trabajador resulte excluyente de la vía judicial, queda claro que, en el supuesto de no alcanzar este objetivo, ejercitaría su derecho de acceso a la jurisdicción¹²². De realizar este acto, sí habría continuidad entre él y las actuaciones llevadas a cabo previamente. Por tanto, puede considerarse que dichas actuaciones sí pueden enmarcarse en una fase previa no preceptiva en cuanto al planteamiento del ejercicio de sus derechos e intereses. Se concluye de este modo que debe extenderse la protección a aquellas actuaciones del trabajador que persiguen el fin de solucionar de forma pacífica y extrajudicial la controversia existente con su empresario, sin tener que acudir a la jurisdicción¹²³.

Sin duda, el TC adopta la postura menos cómoda, pues habría sido más fácil denegar el amparo y limitar la garantía de indemnidad a actuaciones del trabajador consistentes en acudir a la jurisdicción o a las vías previas necesarias. Frente a ello, este pronunciamiento –realmente atrevido– supone trascender un concepto estricto de tutela judicial efectiva, aun cuando ello genera numerosos nuevos interrogantes y obliga a acometer un profundo ejercicio de discernimiento en cuanto a los nuevos límites que con este paso se configuran en torno a la figura jurídica en cuestión.

¹²¹ Concluye así MONTROYA MELGAR que «la garantía de indemnidad protege al trabajador reclamante en vía procesal, preprocesal y extraproceraal frente a posibles represalias empresariales dirigidas a reprimir u obstruir la reclamación» (MONTROYA MELGAR, Alfredo: «Garantía de indemnidad en caso de reclamación extrajudicial presentada por abogado del trabajador. Comentario a la STC 55/2004, de 19 de abril de 2004». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XXII*, Cizur Menor: Civitas. 2004, p. 144).

¹²² Por lo tanto, solo se produce una negación inmediata de la vía jurisdiccional, sin descartar acudir a esta de forma mediata. Este matiz resulta fundamental en tanto que el empleo de las vías de solución extrajudicial de los conflictos dejará apartado el proceso solo de forma provisional, reservándose ese camino para el supuesto en que no se alcance un arreglo amistoso del problema. Queda así excluida en todo caso la negación radical de la vía jurisdiccional que se traduciría en el recurso a la autotutela.

¹²³ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.).

Otro argumento adicional para concluir la necesidad de extender la protección constitucional a este tipo de actuaciones es el reconocimiento que la Recomendación núm. 130 de la OIT, de 1967 realiza de la conveniencia de articular mecanismos de formulación de reclamaciones en el ámbito interno de la empresa, apostando incluso por alentar a las partes a acudir a tales mecanismos (art. 5) y advirtiendo expresamente de la necesidad de evitar limitaciones del derecho reconocido de los trabajadores a reclamar (art. 9) ¹²⁴. Como hemos visto, esta propuesta ha sido acogida por nuestra normativa interna, habiendo conducido al legislador a adoptar un criterio proclive a tales mecanismos. Pese a ello, la voluntad de conseguir la resolución extrajudicial amistosa de conflictos no se circunscribe exclusivamente al ámbito del legislador: los agentes sociales también se han pronunciado con reiteración en este sentido, siendo cada vez más frecuente la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas que animan a los trabajadores a intentar alcanzar soluciones amistosas a los conflictos que surjan con la empresa.

Un ejemplo especialmente significativo de lo anterior puede apreciarse en la negociación colectiva en el ámbito de la construcción. En el art. 36 del vigente VI Convenio General del Sector de la Construcción ¹²⁵ se establece lo siguiente:

Sin perjuicio del derecho que asiste a los trabajadores de acudir y plantear sus reclamaciones ante la autoridad administrativa o jurisdiccional competente, podrán presentarlas ante la empresa en que presten servicio a través de sus representantes legales o sus jefes inmediatos. Las empresas tratarán de resolver estas reclamaciones en el plazo más breve posible, con objeto de evitar o reducir su planteamiento formal en las mencionadas instancias ¹²⁶.

Así, la propia negociación colectiva ha apostado por que los trabajadores intenten acudir en primer lugar al empresario para resolver el conflicto, incluso a través de sus superiores jerárquicos, con el objeto de evitar o reducir la interposición de reclamaciones formales (administrativas o judiciales). De este modo, parece poco razonable que quede al margen de la protección constitucional una represalia adoptada contra un trabajador que, en el marco de su deber de buena fe y pese a no estar obligado a ello, acude al empresario a fin de encontrar una solución amistosa a su queja, en lugar de interponerla directamente ante otras instancias.

¹²⁴ Un estudio más amplio de este instrumento se realiza en el epígrafe del presente trabajo dirigido a estudiar la regulación internacional, incluida en el Capítulo II, apartado 1.1.

¹²⁵ BOE de 26 de septiembre de 2017.

¹²⁶ Debe destacarse que no se trata de una norma novedosa, sino que este planteamiento viene manifestándose desde el I Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (BOE de 20 de mayo de 1992), que ya lo incluía en su art. 40.

1.3.2 REQUISITOS DE LAS ACTUACIONES PROTEGIDAS

Un análisis detallado de la STC 55/2004 permite extraer una serie de requisitos que parecen ser imprescindibles para la extensión de la garantía de indemnidad a dichas actuaciones. De esto podría deducirse que no toda comunicación planteada por los trabajadores frente a su empresa *a priori* se encuentra tutelada. Deben concurrir determinados elementos, que justificarán la extensión de la protección. No obstante, lo que merece ser tutelado no son estos requisitos en sí, sino lo que conllevan, y es el ofrecimiento de agotar las vías amistosas. Es decir, sería un error concluir que la protección se extiende, por ejemplo, a las advertencias de iniciar un proceso judicial para el caso de no resolverse la cuestión de manera amistosa, ya que la actuación protegida –y así se desprende nítidamente de la sentencia– no es la citada advertencia, sino el intento por resolver el conflicto de manera amistosa. Tales requisitos son, de un lado, que se trate de una auténtica reclamación a la empresa; y, de otro, que de la actuación del trabajador pueda deducirse sin dificultad que va encaminada de forma directa al ejercicio del derecho a la jurisdicción.

a) *Reclamación de un derecho subjetivo*

El primer requisito fundamental supone que la actuación del trabajador debe consistir en una auténtica reclamación de un derecho frente a la empresa. Tal exigencia excluye otras tantas actuaciones, tales como meras aspiraciones, comentarios en el ámbito de una negociación, etc.¹²⁷

Lo anterior requiere, a nuestro juicio, que se esté exigiendo el cumplimiento de un derecho subjetivo: este derecho puede derivar de cualquier fuente normativa (ley, convenio, contrato, costumbre...), pero debe tratarse

¹²⁷ Se ha rechazado que se trate de actuaciones protegidas por la garantía de indemnidad en supuestos tales como la negativa, durante la negociación de condiciones de trabajo, a reducirse el salario (STSJ Canarias/Tenerife 457/2015, de 3 de junio, rec. 94/2015); el intercambio de correos electrónicos manteniendo discrepancias en cuanto a la forma de cálculo de un complemento variable (STSJ Andalucía/Málaga 128/2016, de 28 de enero, rec. 2002/2015); la manifestación verbal de disconformidad con un cambio de turnos (STSJ Canarias/Las Palmas 78/2017, de 31 de enero, rec. 1111/2016); rellenar un cuestionario en el que se manifiesta la aspiración a promocionar de categoría (STSJ Cataluña 6563/2017, de 30 de octubre, rec. 4110/2017); la solicitud de aclaración de las nóminas (STSJ Madrid 22/2018, de 12 de enero, rec. 975/2017); la manifestación de que solo cambiará de centro de trabajo «si se le traslada» (STSJ Galicia de 6 junio 2017, rec. 652/2017); la solicitud de que la empresa le financiasse un máster (STSJ Madrid 57/2017, de 18 de enero, rec. 1103/2016); la mera solicitud de un ascenso, sin apoyo normativo o pactado alguno (STSJ Asturias 2783/2019, de 26 de diciembre, rec. 2458/2019); o que se le diese un cargo en la cooperativa y «que le pagaran 300 o 400 euros más» (STSJ Cataluña 5827/2019, de 3 de diciembre, rec. 4981/2019).

de un derecho ejercitable ante la jurisdicción. Evidentemente, este requisito debe ser interpretado de manera flexible, de forma que no puede aceptarse que solo merezcan protección los derechos claramente reconocidos (precisamente, el ámbito del proceso es hábil para resolver la cuestión en torno a los derechos en disputa), ni las reclamaciones que finalmente prosperen¹²⁸. Sin embargo, deben quedar al margen de la garantía de indemnidad todas aquellas peticiones –absolutamente lícitas, pero no tuteladas en este ámbito– de mejoras de condiciones laborales que no puedan conectarse a un previo derecho subjetivo (sería el caso de una petición de incremento de sueldo sin sustento normativo, de la solicitud de no trabajar por las tardes cuando no exista regulación que la ampare...). El sentido de este requisito radica en que el objetivo perseguido es que un trabajador no tema por acudir a los tribunales en ejercicio de sus derechos, de forma que termine renunciando a los mismos. Sin embargo, la solicitud de mejores condiciones laborales sin sustento jurídico no debe quedar amparado por el derecho a la tutela judicial efectiva, sin perjuicio de que puedan ejercitarse en el ámbito de otros derechos fundamentales¹²⁹.

Además, existe otro criterio que, si bien ha sido apuntado en numerosas resoluciones judiciales, no ha sido aún identificado de forma nítida. Se exige que la actuación del trabajador constituya un «paso adelante» ante la empresa, una reivindicación sólida. Podría hablarse, incluso, de la formulación de una exigencia frente al empleador (en contraposición con otras actuaciones, tales como manifestar sugerencias, propuestas...). Esto ha sido enunciado de muy diversas maneras. Así, por ejemplo, se ha exigido que se produzca cierta «conflictividad»¹³⁰, la manifestación de «la voluntad del trabajador de oponerse e instrumentalizar cauces de reafirmación de su derecho»¹³¹ o que se puedan deducir «pretensiones de beligerancia»¹³² que permitan al empleador conocer

¹²⁸ Como ya se indicó en el epígrafe del presente trabajo destinado a analizar la «acción judicial como elemento fundamental», incluido en el Capítulo IV, apartado 1.1.1., lo protegido no es el resultado de la acción, sino su ejercicio. En este sentido, véase la STC 120/2006, y su comentario en GARCÍA RODRÍGUEZ, Bernardo: *Jurisprudencia Constitucional en materia sociolaboral...* (Bibl. cit.), p. 188.

¹²⁹ Los derechos fundamentales que podrían amparar dichas actuaciones son, entre otros, la libertad de expresión, la libertad sindical o derecho de huelga, todos ellos con protección constitucional.

¹³⁰ STC 16/2006. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: «La extensión de la garantía de indemnidad a testigos informales de situaciones de discriminación por razón de sexo». *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 61, pp. 54-65. 2020.

¹³¹ STSJ País Vasco 625/2018, de 21 de marzo, rec. 353/2018.

¹³² STSJ País Vasco de 14 de septiembre de 2004, rec. 1350/2004. En este sentido, véase igualmente FOLGOSO OLMO, Antonio: «La garantía de indemnidad y su extensión a las actuaciones no jurisdiccionales de los trabajadores». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, 412, pp. 73-91. 2017.

que se han puesto en marcha los «mecanismos tendentes a la reclamación del derecho», con independencia de cuál sea este¹³³.

Desde nuestro punto de vista, la clave está en que la reclamación formulada debe ser susceptible de ser identificada como tal. Es decir, debe expresar una petición clara, más o menos concreta, que permita identificar el derecho subjetivo ejercitado, poniendo de manifiesto la inequívoca voluntad del trabajador de mantener o disfrutar de su derecho¹³⁴. Debe tratarse de una reclamación, siendo considerada como tal, en palabras de Diez Picazo, todo «acto por el cual el titular de un derecho subjetivo, o de una facultad, se dirige al sujeto pasivo de dicho derecho o dicha facultad, requiriéndole para que adopte el comportamiento debido»¹³⁵. Así, se hace preciso:

... que la voluntad del acreedor se exteriorice mediante un acto por el que expresamente reclame –exija– de su deudor el cumplimiento de una obligación al mismo atribuida, no siendo suficiente para ella “la mera manifestación externa de

¹³³ Esta tesis es recogida de manera especialmente brillante por la SJS3 de Albacete 455/2019, de 11 de noviembre, Autos 478/2019, cuyos pasajes principales no nos resistimos a transcribir. Dicha resolución aborda el supuesto de un trabajador despedido tras solicitar un permiso, señalando la sentencia que «la petición del trabajador de un permiso para el traslado de residencia habitual se convierte, permítaseme la referencia cinematográfica a Alfred Hitchcock, en el “Macguffin” del presente pleito, esto es, una excusa argumental que motiva a los personajes y al desarrollo de una historia, pero carece de relevancia por sí misma. La petición inicial del trabajador para obtener el permiso de dos días y la negativa de la empresa es la que inicia el conflicto, pero en realidad no es el permiso en sí el que desencadena la decisión del despido, sino que [...] es la circunstancia de que el trabajador formule su petición como una exigencia sustentada en un derecho reconocido en el convenio colectivo de aplicación y no como una mera petición sobre la que el empresario puede decidir discrecionalmente, lo que lleva [a la] empresa a intentar convencer al trabajador de alcanzar un acuerdo sobre la terminación de la relación laboral, y ello sobre el presupuesto de entender que el hecho de que un trabajador quiera hacer valer los derechos que le asisten con arreglo al convenio colectivo frente a las directrices empresariales supone, por una parte que el trabajador en realidad no se encuentra a gusto en la empresa, y sobre todo constituye un indicio de que en el futuro podrán surgir nuevas peticiones de adecuación de su prestación de servicio a la regulación del convenio colectivo, lo que determina la necesidad de que ese trabajador termine su relación laboral, siendo por ello que, ante la imposibilidad de convencer al trabajador de alcanzar un acuerdo por su insistencia en seguir prestando servicio, se decide acordar el despido [...]. Lo que tenemos es una reacción de la empresa contra la actitud reivindicativa del trabajador demandante, que lo convierte, permítaseme la expresión, en un trabajador “potencialmente problemático” ante la posibilidad de nuevas reivindicaciones futuras». Por dicho motivo, concluye apreciando la vulneración de la garantía de indemnidad.

¹³⁴ Al respecto, se ha señalado que «entre el mero recordatorio de una deuda, sin ninguna dosis de reclamar su pago, y el puro acto de exigir de forma inexorable este, hay una serie de posibilidades intermedias, en las que debe entenderse que hay reclamación»: ALBADALEJO GARCÍA, Manuel: «Artículo 1973 (Prescripción de acciones) de “Comentarios al Código civil”». *Revista de derecho privado*, vol. 61, núm. 11. 1977, p. 989, cit. en OROZCO PARDO, Guillermo: *La interrupción de la prescripción extintiva en el derecho civil* [tesis doctoral, Universidad de Granada]. <https://digibug.ugr.es/handle/10481/6357>. 1984, p. 465.

¹³⁵ OROZCO PARDO, Guillermo: *La interrupción de la prescripción extintiva...* (Bibl. cit.), pp. 466 y 467. De hecho, la segunda acepción del verbo «reclamar» según el Diccionario de la Real Academia Española es «pedir o exigir con derecho o con instancia algo». De esta forma, podemos observar que la definición lleva implícita la inclusión del requisito anteriormente aludido: el ejercicio de un derecho.

la existencia de un derecho, sin el acto volitivo de una verdadera reclamación a la persona obligada”, citando también al respecto la sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1928¹³⁶.

Un criterio que resulta absolutamente ilustrativo para identificar qué debe considerarse como reclamación a tales efectos sería aceptar como tal toda actuación que permitiría la interrupción de la prescripción del derecho¹³⁷, es decir, aquella susceptible de retener el derecho y no permitir su extinción.

Lo anterior nos conecta con el siguiente aspecto que merece ser analizado: la forma que debe adoptar la reclamación para ser apreciada como tal¹³⁸. La propia doctrina civilista clásica ha restado relevancia al medio empleado, siempre que se tenga presente que la reclamación debe ser susceptible de ser probada¹³⁹. En esta línea, la jurisprudencia no ha negado virtualidad a estos efectos, por ejemplo, a actuaciones absolutamente antiformalistas como podrían ser las conversaciones telefónicas entre los letrados de las par-

¹³⁶ STS [Sala Primera] 773/1968, de 6 de diciembre.

¹³⁷ Esta interpretación es, además, congruente con nuestra propia cultura jurídica. No era habitual la inclusión de las reclamaciones extrajudiciales en los ordenamientos jurídicos extranjeros, aunque sí se trataba de una cuestión absolutamente enraizada en nuestro Derecho. Así, incluso antes del reconocimiento explícito de las reclamaciones extrajudiciales en el CC, algunos pronunciamientos ya habían considerado la eficacia de tales actuaciones (SSTS de 5 de octubre de 1854, de 12 de febrero de 1875 y de 7 de diciembre de 1885), reconociéndosele desde la STS de 9 de abril de 1988 incluso efectos interruptivos de la prescripción. De hecho, algunos pronunciamientos jurisprudenciales (SSTS de 5 de octubre de 1892 y 23 de febrero de 1893) ya aludían a la inclusión en las Partidas de antecedentes de reconocimiento de la eficacia a estos efectos de las reclamaciones no solo judiciales, sino también a las realizadas «privadamente entre amigos a avenidores»: OROZCO PARDO, Guillermo: *La interrupción de la prescripción extintiva...* (Bibl. cit.), p. 463.

¹³⁸ El criterio de la forma ha centrado de forma significativa la atención de la doctrina judicial, en lo que se refiere a la garantía de indemnidad. Al respecto, véase SALIDO BANÚS, José Luis: «Nulidad del despido por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Principio de indemnidad). SJS Núm. 33 Barcelona 9 septiembre 2014 (AS 2014, 2176)». *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 173, pp. 329-340. 2015. No obstante, como se expondrá a continuación, entendemos que no debe ser determinante.

¹³⁹ Como señala la STS [Sala Primera] 746/2008, de 21 de julio, RC 698/2002, «la interrupción de la prescripción es una forma de mantener la vigencia del derecho, porque el efecto extintivo propio de la prescripción deja de producirse cuando se demuestra que se ha ejercitado la acción o reclamado el derecho antes de la llegada del plazo [...]. El Código Civil introdujo la reclamación extrajudicial como forma de interrumpir la prescripción. Constituye un acto de naturaleza conservativa que tiene como finalidad la defensa del mismo derecho, por lo que no puede hablarse de interpretación extensiva, como hace el recurso, cuando se considera que se ha producido un auténtico acto de interrupción, puesto que se trata de un acto ligado al principio de defensa; lo que debe determinarse es, pues, si dicha interrupción tuvo o no lugar [...]. Para que se produzca una interrupción extrajudicial no se requiere que se formulen las reclamaciones por escrito ni que asuman ninguna forma; otra cosa será la prueba de que se haya efectuado el acto interruptivo, pero no debe confundirse la dificultad de prueba con la forma de determinados actos». En este mismo sentido, véase OROZCO PARDO, Guillermo: *La interrupción de la prescripción extintiva...* (Bibl. cit.).

tes¹⁴⁰. Por este mismo motivo, deben considerarse susceptibles de protección las reclamaciones de todo tipo dirigidas contra el empleador¹⁴¹, incluidas las verbales¹⁴² (sin perjuicio de la obvia dificultad probatoria), ya sea de forma directa o mediata¹⁴³. De este modo, puede concluirse que la forma a través de la que se vehicule la reclamación no debe constituir un límite para su validez como tal¹⁴⁴.

¹⁴⁰ STS [Sala Primera] 140/1983, de 10 de marzo.

¹⁴¹ Como se ha señalado, la forma de la reclamación debe ser interpretada de forma flexible, habiéndose aceptado como tal, por ejemplo, la remisión de correos (SJS10 de Valencia 325/2018, de 17 de septiembre, Autos 746/2017) o el envío de una carta (STSJ Cantabria 677/2018, de 9 de octubre, rec. 503/2018). Además, la protección de la garantía de indemnidad no desaparecerá cuando el receptor de la reclamación no tenga una capacidad absolutamente autónoma para reconocer lo solicitado. Un supuesto de gran interés relacionado con lo anterior fue resuelto por la STSJ Murcia 673/2019, de 5 de junio de 2019, rec. 131/2019, referido al supuesto de una trabajadora que formula una reclamación previa contra su empleador (la Universidad de Murcia), solicitando que se declare la existencia de fraude en la contratación y, en consecuencia, el carácter indefinido no fijo de la relación laboral. Se argumenta de contrario que dicha reclamación (que, debemos insistir, se formula de forma potestativa, al no tratarse ya de un acto preceptivo desde la aprobación de la LPAC, motivo que nos lleva a analizar este supuesto en el presente epígrafe y no dentro del referido a las actuaciones previas necesarias) no puede encontrarse protegida por la garantía de indemnidad en tanto que el empleador no tenía capacidad para reconocer por sí mismo la condición de indefinida no fija a la solicitante (sin previa declaración judicial), por ser una posibilidad vetada por el apartado segundo de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (dicho apartado establece, en su inciso final, que «los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial»). Sin embargo, la citada resolución aprecia que lo expuesto no impide que el órgano judicial aprecie y determine la existencia de una vulneración de derechos fundamentales. No puede obviarse que, con independencia de que el empleador pueda o no acceder a lo solicitado, será él quien deberá responder de las consecuencias en caso de que finalmente se ejercite una acción judicial. En este mismo sentido, véase ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa: «La garantía de indemnidad por reclamar la conversión del contrato temporal en indefinido. Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) de 12 de julio de 2019 (AS 2019, 2015)». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 229, pp. 303-311. 2020.

¹⁴² Es el caso de la STSJ País Vasco de 14 de septiembre de 2004, rec. 1350/2004, la SJS3 de Oviedo 375/2018, de 23 de agosto, Autos 397/2018, la STSJ Andalucía/Granada 980/2013 de 8 de mayo de 2013, rec. 625/2013 o la STSJ Murcia 96/2018, de 31 de enero, rec. 775/2017. Regresamos de nuevo al Diccionario de la Real Academia Española, cuya sexta acepción del verbo «reclamar» alude de manera indistinta a las acciones instrumentadas de forma verbal o por escrito.

¹⁴³ No puede suponer un obstáculo que la reclamación no se interponga directamente ante el empresario, sino a través de sus representantes. Es el caso, por ejemplo, del trabajador que presenta su reclamación ante la gestoría o asesoría de la empresa. Entendemos que tales actuaciones (nada infrecuentes) no pueden excluir en modo alguno la virtualidad de la garantía de indemnidad, especialmente cuando tales entidades funcionan como intermediarios entre el empleador y sus trabajadores. En sentido contrario se pronuncia, sin embargo, la STSJ Galicia 1491/2016, de 9 de marzo, rec. 52/2016. No obstante, entendemos que dicha conclusión es errada, especialmente a la vista del papel que en la práctica vienen a desempeñar las asesorías y gestorías, a las que en muchas ocasiones suelen remitir los empresarios a sus trabajadores para la realización de todo tipo de trámites burocráticos, tales como solicitudes de certificados, recogida de documentación laboral, etc.

¹⁴⁴ Sobre el criterio antiformalista que debe regir, debe destacarse la doctrina contenida en la STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, caso Hakelbracht y otros, que precisamente aborda el supuesto de una ley belga que supeditaba la validez de la actuación de denuncia a la adopción de una forma deter-

Ahora bien, aunque la STC 55/2004 hace referencia al supuesto de una comunicación privada, no parece que haya motivo alguno que limite a ese concreto mecanismo la protección de la garantía de indemnidad. Existen muchas otras herramientas a través de las que puede agotarse el intento de solución amistosa del problema y que deben obtener la misma tutela. La jurisprudencia constitucional no establece en absoluto que las medidas de solución amistosa del conflicto deban quedar protegidas exclusivamente cuando se articulen de alguna manera determinada. Sin duda, en pos de su eficacia, la garantía de indemnidad debe trascender los meros criterios formalistas, especialmente en lo atinente a las medidas de prevención del litigio ¹⁴⁵.

Esta interpretación es coherente con el impulso que en los últimos años ha tratado de dar el legislador a los distintos mecanismos de solución extrajudicial de conflictos. Esta voluntad se sustenta no solamente en la consideración altamente positiva que recibe la cultura de resolución de conflictos por las propias partes enfrentadas ¹⁴⁶, sino también en la necesidad de desjudicializar los litigios para agilizar la Administración de Justicia. Y es que la evidente saturación que sufren los órganos judiciales no permite que los procedimientos puedan resolverse con la celeridad que sería deseable, y ello naturalmente dificulta el cometido de ofrecer una justicia de calidad (problema que afecta especialmente al ámbito social).

En estas condiciones, resulta perfectamente razonable que la protección de la garantía de indemnidad deba extenderse a otras actuaciones, tales como la mediación ¹⁴⁷. El mismo criterio debe aplicarse al resto de mecanismos por los

minada. El TJUE descarta dicha posibilidad, apostando por la necesidad de una interpretación expansiva de la norma que asegure la eficacia del derecho. En este sentido, véase RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: «La extensión de la garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

¹⁴⁵ Especialmente ilustrativa a este respecto resulta la ya citada STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, caso Hakelbracht y otros. Recordemos que la actora se limitó a comunicar, de manera informal, a una aspirante a un puesto de trabajo, que no había sido contratada por el hecho de encontrarse embarazada. Como consecuencia de ello, fue finalmente despedida. Esta sentencia se posiciona a favor de dejar de lado cualquier interpretación de derechos fundamentales que pueda amparar su vulneración con apoyo en meros formalismos, y ello al objeto de evitar la aparición de espacios de impunidad que puedan suponer un obstáculo respecto de la plena vigencia de tales derechos. Se postula, así, una aspiración claramente expansiva y manifiestamente antiformalista, tratando de cubrir cualquier laguna que pueda surgir derivada del propio desarrollo de las relaciones laborales. En este sentido, véase SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, y FOLGOSO OLMO, Antonio: «Protección...» (Bibl. cit.). En la misma línea, véase también MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: «§138. El trabajador que apoya...» (Bibl. cit.). Sin embargo, es cierto que algunos pronunciamientos judiciales continúan resistiéndose a dicha posibilidad, como indica BAVIERA PUIG, Inmaculada: «El alcance de los actos preparatorios en la garantía de indemnidad. Comentario a la STSJ de Cantabria de 26 de junio de 2019 (AS 2019,2255)». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 232, pp. 307-314. 2020.

¹⁴⁶ BAZ TEJEDOR, José Antonio: «Desafíos para la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

¹⁴⁷ Sobre este mecanismo de composición de los conflictos, véase ÁLVAREZ CUESTA, Henar: «La mediación laboral a partir de la Ley 5/2012». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*,

que se trate de perseguir un resultado amistoso que evite el proceso, tales como los supuestos de conciliación no preceptiva o, incluso, de interposición de reclamaciones previas, cuando estas no son obligatorias. Debe recordarse que, tras la aprobación de la LPAC, se ha eliminado la obligatoriedad de agotar la vía previa en los supuestos de naturaleza laboral. Por lo tanto, este tipo de actuaciones ya no quedarán protegidas en su condición de actos necesarios para acudir al proceso (condición ya aludida en la prístina STC 14/1993), sino al amparo de la doctrina contenida en la STC 55/2004, en su condición de actos potestativos.

Similar conclusión debe alcanzarse respecto del arbitraje, que ha sido considerado como un «equivalente jurisdiccional», ya que «a través suyo las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción [...], esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada»¹⁴⁸. Al someterse las partes al arbitraje, renuncian a la tutela judicial (si bien solo *a priori*, ya que el acceso a los tribunales queda abierto para los supuestos de impugnación del laudo arbitral), aceptando un procedimiento de evitación del proceso y alternativo al mismo¹⁴⁹. En estos supuestos, no obstante, la propia doctrina ya ha destacado la existencia de dificultades añadidas a la hora de acreditar indicios de represalia, cuando para acudir a este tipo de procedimientos se precisa de la previa suscripción del compromiso arbitral¹⁵⁰.

En los mismos términos podría hablarse de la inclusión en el ámbito de la negociación colectiva (tanto sectorial como empresarial) de los protocolos de prevención del acoso¹⁵¹. En estas normas convencionales se prevé la posibilidad de que dicho acoso sea denunciado tanto por la víctima como por terceros. Se trata de mecanismos absolutamente voluntarios, pero que establecen mecanismos convenientes de resolución de tales conflictos en el ámbito interno de la empresa.

No obstante, con relativa frecuencia estas denuncias encontrarán protección en el ámbito de otros derechos fundamentales, como la prohibición de discriminación por sexo, o el derecho a la integridad física y moral. La considerable abundancia de previsiones convencionales respecto de la necesidad de establecer mecanismos de denuncias internas para combatir las distintas modalidades de

núm. 123, pp. 109-132. 2016. Además, merece ser destacado que su virtualidad viene siendo muy defendida incluso en el ámbito penal, como señala PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, José Ricardo: «Ars defendendi (memorias de un abogado penalista)». *Revista Abogacía Española*, 106. 2017.

¹⁴⁸ STC 62/1991.

¹⁴⁹ CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Tutela judicial efectiva y garantía...» (Bibl. cit.).

¹⁵⁰ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.).

¹⁵¹ Entre otros, hacemos referencia al protocolo de prevención y tratamiento de situaciones de acoso sexual y por razón de sexo y acoso discriminatorio, aprobado por el art. 118 del XIX Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 8 de agosto de 2018) o el protocolo de prevención contra el acoso, aprobado por el art. 71 del Convenio colectivo de Repsol Butano, SA (BPE de 20 de agosto de 2018).

acoso¹⁵² se ha visto favorecida, sin duda alguna, por la LOI, que establece la obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad (art. 45)¹⁵³. Dentro del contenido de estos planes se incluye el establecimiento de medidas de prevención del acoso sexual y por razón de sexo (art. 46.2.i). Además, se prevén determinadas medidas específicas para prevenir tales prácticas, como el establecimiento de «procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones» (art. 48.1). Estas medidas también han tenido su reflejo en el ámbito de las administraciones públicas, en cuyo seno se prevé la obligación de negociar protocolos de actuación frente al acoso sexual, que deberán de asegurar el tratamiento reservado de las denuncias y la identificación de las personas responsables de atender a las trabajadoras que formulen una queja interna (art. 62).

Fuera del ámbito de las medidas exclusivamente referidas al acoso sexual y por razón de sexo, debe destacarse la relevancia de la Comunicación de 8 de noviembre de 2007, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, por la que se transmite el Acuerdo Marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, y en la que se indica expresamente que se aspira a «prevenir y, en caso necesario, gestionar problemas de intimidación, acoso sexual y violencia física en el lugar de trabajo». En el citado Acuerdo Marco, de 26 de abril de 2007, se incluye un apartado cuarto, destinado a «prevenir, identificar y hacer frente a las situaciones de acoso y violencia», en el que se establece la obligación empresarial de especificar los procedimientos a seguir, figurando entre ellos una «fase informal en la que una persona en quien confían tanto la dirección como los trabajadores ofrece ayuda y asesoramiento». Además, se señala que los procedimientos se consideran adecuados cuando se procede con la necesaria discreción, no se revela información a partes no involucradas, se investigan las denuncias sin demora, etc.

Obviamente, estos mecanismos perderían toda su virtualidad si se permitiese despedir al trabajador que acudiese a estas vías, en lugar de proceder directamente ante la jurisdicción. En consecuencia, no parece justificado restar protección a los trabajadores que agotan esta posibilidad en lugar de judicializar directamente la situación que sufren, por lo que la adopción de cualquier tipo de represalia contra los trabajadores que acuden a estos mecanismos debe ser declarada lesiva de la garantía de indemnidad¹⁵⁴. Del mismo modo, resulta

¹⁵² Puede citarse, por ejemplo, el II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera (BOE 29 de marzo de 2012, art. 53); o el XXI Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 23 de noviembre de 2018, art. 57).

¹⁵³ Es cierto que la obligación a elaborar un plan de igualdad se limita a las empresas de más de 50 trabajadores, salvo que por convenio colectivo se prevea la obligación para empresas con menos empleados.

¹⁵⁴ En este sentido se ha pronunciado la STSJ Navarra 42/2016, de 21 de enero, rec. 554/2014 y la STSJ Madrid 365/2016, de 3 de mayo, rec. 258/2016. También se consideran que deben quedar protegidas

razonable que la misma protección se otorgue a los trabajadores que realizan su queja ante los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores, o ante los delegados de prevención en su ámbito, al objeto de que se traslade esa reivindicación a la empresa, o para que ejerciten ellos mismos la acción judicial, dada la legitimación que ostentan en el ámbito de sus competencias¹⁵⁵.

Existen muchos otros ámbitos en los que los convenios colectivos atribuyen a las comisiones paritarias competencias para mediar entre las partes¹⁵⁶, si bien en la gran mayoría de ellos se atribuye dicha competencia respecto de conflictos de carácter colectivo, y no individual.

Al respecto, resulta ilustrativo el anteriormente aludido VI Convenio General del Sector de la Construcción, que no agota con su art. 36 su convencimiento acerca de las bondades de alcanzar una solución pacífica a los conflictos. El mismo planteamiento vuelve a emerger cuando se trata de especificar las funciones de la Comisión Paritaria, la cual podrá:

... a instancia de alguna de las partes, mediar y/o intentar conciliar, en su caso, y previo acuerdo de estas y a solicitud de las mismas, arbitrar en cuantas ocasiones y conflictos, todos ellos de carácter colectivo, puedan suscitarse en la aplicación del presente Convenio (art. 108.1.c)¹⁵⁷.

Resulta lógico que la protección constitucional abarque a los trabajadores que, en lugar de acudir directamente a la jurisdicción, tratan de agotar todas estas vías, especialmente cuando han sido pactadas o recomendadas en el ámbito de la negociación colectiva, lo cual implica necesariamente que han sido suscritas por la parte empresarial.

b) *Conexión directa con el proceso*

Sin embargo, la STC 55/2004 no se limita a exigir que haya una reclamación, sino que requiere la concurrencia de otro requisito: dicha reclamación

las denuncias internas de acoso, con independencia de que no exista protocolo en la empresa al respecto o, existiendo este, no se haya acudido a este por el trabajador denunciante (STSJ Valencia 2731/2017, de 7 de noviembre, rec. 2460/2017).

¹⁵⁵ TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco Javier: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

¹⁵⁶ Sin ánimo de exhaustividad, puede hacerse referencia al II Convenio colectivo estatal de *contact center* (BOE de 12 de julio de 2017, art. 81.d); Convenio colectivo de las empresas y personas trabajadoras de perfumería y afines (BOE de 20 de agosto de 2019, art. 84.2); VI Convenio colectivo general de ferralla (BOE de 14 de marzo de 2019, art. 5.1.b); Convenio colectivo de empresas proveedoras civiles privadas de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetas a régimen concesional (BOE de 14 de agosto de 2018, art. 13.1), etc.

¹⁵⁷ Esta norma igualmente se remonta al I Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (BOE de 20 de mayo de 1992), si bien este antecedente queda limitado a los conflictos de carácter colectivo.

debe ir directamente encaminada al ejercicio del proceso. De lo expuesto se desprende claramente que será el trabajador quien deberá acreditar que concurre dicha situación, esto es, que la comunicación remitida a la empresa es solo un paso más dentro de un camino, del que el acceso al proceso es un momento necesariamente posterior —es decir, que resultará inevitable en caso de que el conflicto no se logre resolver de manera amistosa¹⁵⁸.

Algún sector doctrinal ha señalado que la locución «directamente encaminada» deberá ser objeto de una interpretación restrictiva, con el fin de impedir que pueda quebrarse la conexión entre la garantía de indemnidad y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, así, evitar el «desbordamiento de los límites razonables de la tutela»¹⁵⁹.

En todo caso, parece razonable concluir que el trabajador podrá acudir a cualesquiera mecanismos que permitan acreditar, de manera más o menos nítida, que su intención final es la de acudir al proceso y que la remisión de la comunicación es solo un paso previo. Esto podrá demostrarse de muy distintas maneras —sin que se trate de un *numerus clausus*—, entre las que se encontrará la advertencia explícita de que se acudirá a la jurisdicción en caso de no obtener una solución amistosa, pero también otros supuestos, como por ejemplo que la comunicación haya sido remitida por abogado (pues esto supondría un indicio bastante claro de que el acceso al proceso se baraja como un paso posterior) o referencias implícitas a la judicialización del conflicto¹⁶⁰. Indudable-

¹⁵⁸ Todolí Signes plantea cuál debe ser el criterio para diferenciar entre una reclamación interna (*a priori*, desprotegida) y una reclamación extrajudicial (protegida), considerando la existencia de dos posturas al respecto: la primera, objetiva, residencia la protección en el objetivo final perseguido por el trabajador; la segunda, subjetiva, lo hace en la percepción del empresario. Al respecto, véase TODOLÍ SIGNES, Adrián: «La garantía de indemnidad ante denuncias en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social e internas en la empresa: análisis de un quiero y (a veces) no puedo en la doctrina judicial». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, núm. 449-450, pp. 89-114. 2020. Sin embargo, a continuación sostiene que la postura objetiva permitiría la extensión de la protección a comentarios relativos al ejercicio de la acción, aunque estos no llegasen a oídos del empleador, siendo una tesis que no podemos compartir en tanto que consideramos que si el empresario no tiene conocimiento de la reclamación difícilmente puede represaliarla.

¹⁵⁹ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), p. 84.

¹⁶⁰ Han sido consideradas como tales la solicitud de un trabajador de que se le notifique por escrito la denegación de un permiso para proceder, «en su caso», a su reclamación judicial (STSJ Valencia 3161/2017, de 5 de diciembre, rec. 2739/2017 y STSJ Galicia 469/2018, de 12 de enero, rec. 4198/2017) o haberse presentado en las oficinas de la empresa con una amiga abogada, para reclamar la documentación de un accidente (STSJ Valencia 697/2017, de 20 de marzo, rec. 3129/2016). En sentido contrario, algunos pronunciamientos han rechazado la existencia de indicios en el caso de una trabajadora que manifestó al empleador «que si de aquí al lunes no se le había pagado todo lo que se le debía, tendría noticias de su abogado» (STSJ Valencia 1992/2015, de 13 de octubre, rec. 2096/2015) o en el caso de una trabajadora, cuyo marido le comunicó a la empleadora que aquella «iba a acudir a un abogado», tras lo que fue despedida. Se trata, en estos últimos casos, de decisiones con las que discrepamos absolutamente ya que

mente, el hecho de que con posterioridad se termine ejercitando la acción judicial constituirá también un elemento de gran solidez. También se ha considerado un indicio de la conexión entre la reclamación y el ulterior proceso la indicación de la normativa infringida (STS de 19 de abril de 2013, RCU 2255/2012)¹⁶¹.

Por otra parte, como se ha indicado, que la carta sea remitida por abogado no constituye en modo alguno un requisito fundamental. No parece existir ningún motivo que justifique que la protección de la garantía de indemnidad a la que hace referencia la STC 55/2004 quede excluida en supuestos en que la comunicación sea dirigida a la empresa por un graduado social, representante sindical o, incluso, personalmente¹⁶².

Además, debe resaltarse que la sentencia analizada establece que la intención de acudir a la jurisdicción pueda deducirse de las actuaciones previas «sin dificultad». Con respecto a ello, algunos autores han subrayado la palabra «deducir», aclarando que no se exige que se advierta de manera explícita la posibilidad de acudir a los tribunales¹⁶³. No parecería razonable que el otorgamiento de la protección constitucional dependiese tan solo del hecho de haberse incluido una mera oración adicional en la comunicación remitida¹⁶⁴.

1.3.3 ESCENARIO ACTUAL

Sin lugar a dudas, es en este punto donde se encuentra el mayor debate doctrinal y judicial en cuanto a los límites de la garantía de indemnidad. En

entendemos que exigir la alusión aún más explícita al inicio de acciones judiciales supondría una restricción desproporcionada de la garantía de indemnidad.

¹⁶¹ Sin embargo, la cita de la normativa vulnerada no puede convertirse en condición imprescindible para entender que nos encontramos ante una reclamación vinculada al proceso, en tanto que esto otorgaría mayor protección a las reclamaciones elaboradas por trabajadores con mayores conocimientos jurídicos, con lo que se ampararía una interpretación «elitista» de la garantía de indemnidad. Al respecto, véase TODOLÍ SIGNES, Adrián: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.), p. 110.

¹⁶² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRE, Mercedes: «Garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ Especial interés tienen los supuestos en el trabajador expresamente manifiesta al empresario su rechazo a la vía judicial, lo que se ha empleado en algunos casos para desconectar la reclamación del derecho a la jurisdicción (es el caso de la STSJ Aragón 71/2012, de 22 de febrero, rec. 28/2012, en un supuesto en que el trabajador manifestó que el riesgo de terminar en los tribunales le horrorizaba, habiendo huido siempre de él). Sin embargo, distintos argumentos permitirían alcanzar la conclusión contraria. En primer lugar, que no resultaría difícil apreciar que detrás de esa referencia del trabajador no se encontrase más que una advertencia velada precisamente en sentido contrario, como sostiene TODOLÍ SIGNES, Adrián: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.). En segundo lugar, que precisamente esa postura ratifica la apuesta decidida por la vía de resolución extrajudicial de los conflictos, a la que la STC 55/2004 opta por conceder una especial protección.

este lugar se ubica la decidida frontera entre quienes abogan, de un lado, por la extensión de la garantía de indemnidad a las reclamaciones formuladas por trabajadores y, de otro lado, por el rechazo a esta posibilidad, en tanto que consideran que supondría desvincular de manera definitiva la protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En concreto, el debate existe respecto de aquellas actuaciones del trabajador en las que, pese a existir un ejercicio de un derecho, no se realiza ninguna advertencia expresa en cuanto a la posibilidad de acudir a un ulterior proceso, ni se remite la comunicación por abogado, etc., siendo inmediatamente represaliado por el empleador. Se trata, en definitiva, de aquellos supuestos en los que no puede afirmarse que del ejercicio del derecho se desprenda «sin dificultad» que se encontraba «directamente encaminad[o]» al ejercicio del derecho –en términos de la STC 55/2004.

a) *Tratamiento judicial y doctrinal predominante*

De la doctrina contenida en la STC 55/2004 parece concluirse, *a priori* y *a sensu contrario*, que deben quedar excluidas del ámbito de la garantía de indemnidad aquellas actuaciones que, pese a ser ejercitadas por los trabajadores en defensa de sus derechos, no se encuentran conectadas con el acceso a los tribunales¹⁶⁵. Se ha considerado, en este sentido, que no cualquier queja de un trabajador puede activar la protección correspondiente a nuestra figura, y que dicha protección debería limitarse exclusivamente a las reclamaciones extrajudiciales directamente vinculadas con el derecho fundamental de acceso a los tribunales¹⁶⁶.

Esta es la línea que parecen haber adoptado tanto el TC como el TS, en tanto que rechazan que cualquier comunicación del trabajador a su empresario en reclamación de sus derechos pueda suponer automáticamente la activación de la garantía de indemnidad. Así, por ejemplo, la STC 326/2005 rechaza la vulneración del derecho en el supuesto en que un trabajador había venido exigiendo el establecimiento de más medios para realizar su trabajo. La sentencia rechaza que tal actuación merezca protección constitucional, dado que no es equiparable a una acción judicial:

La remisión de escritos al empresario en solicitud de mayores medios materiales no puede considerarse el ejercicio de una acción judicial o una reclama-

¹⁶⁵ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «La tutela del trabajador frente a represalias...» (Bibl. cit.).

¹⁶⁶ PEÑACOBIA RIVAS, Eduardo, y VIDAL LÓPEZ, Pere: «Garantía de indemnidad: necesaria conexión causal de una represalia empresarial con la conducta del trabajador de ejercicio del derecho a la tutela judicial, o preparativa o previo al mismo». *La Ley Digital*, 4083, p. 8. 2014.

ción administrativa o un acto preparatorio de una acción judicial, que son los supuestos a los que nuestra doctrina ha extendido la garantía de indemnidad derivada del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁶⁷.

En sentido idéntico se ha pronunciado también la STS de 19 de abril de 2013, RCU 2255/2012, que hace referencia al supuesto de una trabajadora que venía solicitando de forma reiterada un cambio de turno en su empresa e incluso presentó un escrito de queja ante el comité de empresa. La resolución desestima el recurso por no concurrir la necesaria contradicción, si bien *obiter dicta* indica que:

Una actuación de reivindicación interna en la empresa puede ser objeto de la protección de la garantía de indemnidad del derecho a la tutela judicial efectiva cuando resulta ser preparatoria o previa a la reclamación jurisdiccional pero no, como ocurre en la sentencia recurrida, cuando no consta este elemento del propósito o proyecto del trabajador de hacer valer en la jurisdicción derechos concretos supuesta o realmente lesionados.

Dicho esto, la sentencia destaca que tras haber transcurrido seis meses desde la presentación de la queja la actora no había iniciado ninguna acción judicial, lo que el TS utiliza para desvincular la reclamación del derecho a la tutela judicial efectiva.

La conclusión que se desprende de estos pronunciamientos es que no cualquier queja o desacuerdo permite la activación de la garantía de indemnidad. El trabajador no recibirá protección constitucional por la mera actividad de reivindicación, sin que exista proyección extramuros de la relación laboral¹⁶⁸. Las represalias derivadas de estas reivindicaciones deberán evitarse y sancionarse, pero no a través de la garantía de indemnidad, sino a través de los mecanismos previstos en la legislación laboral ordinaria¹⁶⁹. De esta manera, debe tratarse de evitar «el peligro de que situaciones de mera legalidad ordinaria terminen considerándose de relevancia constitucional»¹⁷⁰.

Esta misma postura ha sido respaldada también por algunos TSJ, cuyos pronunciamientos confluyen en considerar que la frontera a partir de la cual no debe extenderse la garantía de indemnidad se encuentra en las actuaciones reivindicativas planteadas por trabajadores, al margen de todo formalismo, y desvinculadas de cualquier tipo de advertencia de desembocar en el acceso a la jurisdicción. Esta conclusión tampoco se vería modificada porque existan meras

¹⁶⁷ STC 326/2005.

¹⁶⁸ PEÑACOBIA RIVAS, Eduardo, y VIDAL LÓPEZ, Pere: «Garantía de indemnidad: necesaria...» (Bibl. cit.).

¹⁶⁹ CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Tutela judicial efectiva y garantía...» (Bibl. cit.).

¹⁷⁰ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «El binomio “acción-reacción”...» (Bibl. cit.), p. 954.

alusiones a que se va a hablar con un asesor o abogado, de modo que esta situación tampoco justificaría la activación de la garantía de indemnidad¹⁷¹.

A pesar de que no existe ninguna regulación que sustente (ni refute) esta postura, un amplio sector doctrinal ha respaldado esta interpretación. De manera que la posición mayoritaria y más asentada consiste en negar que deba ampliarse la garantía de indemnidad a supuestos que, *a priori*, no parecen incluidos en los estándares tradicionales de dicho derecho (ejercicio de acción judicial, etc.). Además, en su apoyo se ha advertido que lo contrario equivaldría a una expansión de la figura que supondría «una desconexión del derecho fundamental del que dicha garantía nació»¹⁷². Dicho de otra manera, con una «expansión desmedida», la garantía de indemnidad:

... corre el riesgo de quedar desnaturalizada, en la medida en que su razón de ser se halla, precisamente, en el derecho fundamental (la tutela judicial efectiva) y no debería transformarse, por obra y gracia del Alto Tribunal, que estaría excediéndose de su ámbito propio de actuación, en un derecho autónomo, desligado del fundamental que le dio origen¹⁷³.

Asimismo, se ha denunciado el riesgo de que a partir de la garantía de indemnidad por el ejercicio de la tutela judicial efectiva:

... se construya una “garantía reivindicativa o por litigiosidad”, en la que resulte indiferente su conexión con la tutela judicial y lo que se proteja, en realidad, no es la represalia del empresario contra el ejercicio de un derecho fundamental (la tutela judicial efectiva en la prístina concepción de esta garantía), sino la mera existencia de una represalia empresarial. Con este planteamiento los criterios se invierten. Se eleva a derecho fundamental el ser víctima de una represión empresarial por el ejercicio de cualquier derecho, tenga o no dimensión constitucional y, en definitiva, se termina por considerar constitucional el derecho a no sufrir medidas empresariales cuya causa sea reactiva, sin más, cualquiera que sea la naturaleza de la acción que provoca dicha reacción¹⁷⁴.

Siguiendo esta argumentación, incluir las meras actuaciones reivindicativas internas dentro de la garantía de indemnidad podría generar un total desbordamiento de la institución y desembocar en un error que Alonso Olea deno-

¹⁷¹ BORRAJO DACRUZ, Efrén: «Garantía de indemnidad, controversia preconstituida y despido objetivo improcedente: comentario a la STSJ Andalucía de 7 de junio de 2010». *Actualidad laboral*, 17, pp. 2036-2042. 2010.

¹⁷² HERRAIZ MARTÍN, María Sol: *El Despido Nulo: Causas y Efectos...* (Bibl. cit.), p. 91.

¹⁷³ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), p. 38.

¹⁷⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «El binomio “acción-reacción”...» (Bibl. cit.), p. 954.

minó «banalización del ejercicio de los derechos fundamentales»¹⁷⁵. Esta situación terminaría degradando la vinculabilidad jurídica del derecho fundamental y desactivando su fuerza moral¹⁷⁶, además de que convertiría al trabajador en un «sujeto ultraprivilegiado»¹⁷⁷.

Resumiendo, los defensores de esta línea concluyen que no todas las actuaciones pueden encontrar acomodo en el derecho a la tutela judicial efectiva porque «una cosa es que se proteja el trabajador contra los actos del empleador, a lo que se destina toda la regulación laboral protectora, y otra que todos los derechos legales presenten una dimensión constitucional»¹⁷⁸. Las actuaciones que queden excluidas de la garantía de indemnidad deberán resultar sancionadas en el ámbito de la legislación ordinaria, sin encontrar protección en las especiales garantías de los derechos fundamentales – salvo que afecten directamente a alguno de estos.

Podría argumentarse que la regulación legal en materia laboral es insuficiente para proteger debidamente a los numerosos supuestos que según esta línea no encontrarían acomodo en la garantía de indemnidad, en tanto que es «cada vez más proclive a la improcedencia del [despido] y, con ello, a un régimen alternativo entre indemnización y readmisión que queda en manos empresariales»¹⁷⁹. Sin embargo, en opinión de la doctrina mayoritaria, esto no justifica que el TC adopte un «papel de adalid de la nulidad»¹⁸⁰ en pos de paliar las insuficiencias legales. No es cometido del TC solventar el problema que plantea «la patente “liberalización” o “descausalización” del despido»¹⁸¹, declarando nulo todo despido por represalia. Es al legislador a quien le corresponde resolver el conflicto existente entre la estabilidad de empleo y la continuidad y viabilidad de la empresa.

En conclusión, el planteamiento de base del sector doctrinal al que hacemos referencia es que la garantía de indemnidad –y, por tanto, el derecho fundamental– no dé cobertura automáticamente a cualquier reclamación independien-

¹⁷⁵ ALONSO OLEA, Manuel: «La relación de trabajo y la libertad de expresión». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XVI, pp. 25-37. Madrid: Civitas. 1998. P. 30.

¹⁷⁶ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio». *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, pp. 69-76. 2003.

¹⁷⁷ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), p. 149.

¹⁷⁸ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «El binomio “acción-reacción”...» (Bibl. cit.), p. 956.

¹⁷⁹ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), pp. 146 y 147.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 147.

temente de su naturaleza. Según este planteamiento, en determinados supuestos la protección constitucional resultaría absolutamente injustificada. Salvando las distancias, podría decirse que, del mismo modo que no toda infracción procesal provoca una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no toda represalia resultará relevante en términos de la garantía de indemnidad.

b) *Pronunciamientos judiciales «disidentes» (i): necesidad de extender la garantía de indemnidad*

Como acabamos de ver, la postura predominante es contraria a la inclusión automática de las actuaciones meramente reivindicativas dentro del rango de actuaciones constitucionalmente protegidas. Dada la contundencia con que se expresan a este respecto el TC, el TS y también la mayor parte de la doctrina, podría pensarse que la cuestión se encuentra cerrada y quedan descartadas otras vías.

Sin embargo, los matices que contienen las resoluciones comentadas, así como la amplia resistencia planteada por algunas resoluciones judiciales, aconseja replantear la cuestión con una mayor profundidad.

A tal efecto, debemos comenzar aludiendo a la STSJ País Vasco de 14 de septiembre de 2004, rec. 1350/2004, que hace referencia a la reivindicación verbal de unas trabajadoras al objeto de ser remuneradas por las horas extraordinarias que venían realizando, tras lo cual fueron despedidas con efecto inmediato. La sentencia comienza reconociendo que en principio actuaciones de este tipo parecen quedar fuera del ámbito de la tutela judicial efectiva, en tanto que no concurre ningún anuncio de ejercicio de acciones judiciales. Sin embargo, a continuación realiza una amplia argumentación que le lleva a sostener la necesidad de incluir esta actuación dentro del ámbito de la garantía de indemnidad. A tal objeto, comienza señalando que «repugna al sentido jurídico» que la mera reivindicación o discrepancia del trabajador con sus circunstancias laborales tenga como consecuencia el despido. La sentencia reconoce la imposibilidad de separar la fundamentación jurídica de la realidad del propio entorno laboral: se trata de un centro de trabajo de reducidas dimensiones en el que un grupo de trabajadores manifiestan su reivindicación de mejoras laborales ante unas condiciones que estiman precarias.

La sentencia considera razonable que cualquier actuación procesal en ejercicio de un derecho se produzca tras haberse intentado previamente su consecución en el seno de la empresa. Lo contrario implicaría que los trabajadores formularían demandas frente a su empresa sin siquiera haber planteado

previamente a su empresario sus reclamaciones. Además, el deber de buena fe contractual ampara la necesidad de diálogo dentro de la empresa, en el transcurso del cual el trabajador debe recibir un trato respetuoso con su dignidad y sus derechos. Esto es algo que, evidentemente, no ocurre cuando cualquier discrepancia laboral termina traduciéndose en un despido fulminante.

El TSJ aclara, por tanto, que no se trata de alcanzar nuevos escalones dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, sino de dilucidar si la represalia adoptada frente a una simple reivindicación supone una lesión del citado derecho. En el supuesto analizado, se valora que las trabajadoras no se limitaron a discrepar de sus condiciones, sino que, de forma conjunta, se enfrentaron al empleador «con pretensiones de beligerancia», la cual tenía su razón de ser en el total y generalizado desacuerdo con sus condiciones laborales. Ante esta situación, si el empresario adopta la represalia con el fin de evitar cualquier posible reclamación, su actuación se debe declarar lesiva del derecho fundamental. Termina señalando la sentencia que otra interpretación implicaría efectuar una peligrosa aceptación del sigilo del trabajador a la hora de reclamar sus derechos.

Otro ejemplo dentro de esta línea es la STSJ Madrid 440/2007, de 9 de mayo, rec. 1608/2007. Esta resolución hace referencia a un trabajador que venía quejándose de forma reiterada de la existencia de numerosas jornadas sin descanso y de la realización de labores que excedían su categoría profesional, planteando estas quejas bien directamente, bien a través de sus representantes unitarios. En respuesta a ello, la empresa se limitaba a señalar que estudiaría la situación, sin llegar a realizar ninguna actuación concreta, hasta que finalmente el trabajador fue despedido. La sentencia de instancia indica que no existía motivo alguno para el despido, más allá de que el trabajador resultaba molesto por las discrepancias que planteaba de forma reiterada, y concluye declarando la improcedencia. El Juzgado descarta que se haya vulnerado la garantía de indemnidad, basándose en el hecho de que no se habían realizado actos previos y obligatorios al ejercicio de acciones judiciales. El TSJ, por el contrario, sí aprecia una lesión de la garantía de indemnidad, entendiéndolo que no es determinante el hecho de que las reclamaciones se hayan realizado de forma directa (y no a través de abogado), ni tampoco el hecho de que no se haya indicado expresamente la intención de acudir a los tribunales. Entiende dicha resolución –tras recordar la doble faceta de la garantía de indemnidad: reparadora y preventiva– que:

Lo relevante en la tutela de la garantía de indemnidad es la conducta de represalia, por sí misma, con independencia del itinerario o futuro procesal encaminado a la obtención de una resolución fundada en derecho. Y lo relevante es esta conducta porque es el empresario el que indebidamente va extendiendo su poder disuasorio a una fase cada vez más alejada del proceso. Así la extensión

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

judicial de la tutela no va sino pareja y a la zaga de la extensión que el empresario realiza: allá donde sitúe su poder ilegítimo represivo ante una reclamación del trabajador, deberá operar el instrumento jurídico adecuado para eliminar de las relaciones laborales cualquier reticencia de los trabajadores a reclamar los derechos que les asisten por temor a represalias. Tal instrumento no es otro que la garantía de indemnidad en su faceta preventiva.

Además, recordando que la dependencia constituye una nota esencial del contrato de trabajo, el TSJ afirma que no puede permitirse que esta se traduzca en «la subordinación, el sometimiento total al empresario, realizando la prestación del trabajo en las condiciones impuestas por el patrón sin ninguna queja ni reclamación», por temor a las consecuencias que ello le podría acarrear. La alternativa, señala, está precisamente en el diálogo y en el acto de plantear al empresario abiertamente los desacuerdos, para analizarlos conjuntamente y buscar soluciones. Y, en este marco:

... la garantía de indemnidad es el instrumento jurídico fundamental para eliminar de las relaciones laborales cualquier inhibición ante la justicia, y para garantizar la efectividad real del Derecho del Trabajo, modulando la subordinación y la dependencia del trabajador y, por tanto, para limitar el poder del empresario en cuanto el mismo constituya una amenaza para la afirmación de los derechos de los trabajadores.

A continuación, debemos aludir a la STSJ Andalucía/Granada 980/2013 de 8 de mayo de 2013, rec. 625/2013. Esta sentencia resuelve el supuesto de una trabajadora que exigió verbalmente a la empleadora que le hiciera efectiva una compensación económica por las horas extraordinarias realizadas. Esta actuación desembocó en una discusión, en el transcurso de la cual la empresaria le comunicó a la trabajadora que «en los pequeños comercios era costumbre no pagar las horas extras y que no se las iba a pagar», que en caso de pretender cobrarlas se fuese «al Corte Inglés», y que no quería trabajadores que le reclamasen «cada minuto trabajado». Finalmente, le comunicó a la trabajadora su fulminante e inmediato despido. Interpuesta la correspondiente demanda, el Juzgado la estima parcialmente, declarando la improcedencia del despido. Llega a tal conclusión pese a entender que el despido constituye una «evidente represalia por parte de la empleadora respecto a la legítima reclamación por la trabajadora», pues se sustenta en lo siguiente:

Dicha reacción empresarial no lo ha sido contra el ejercicio de acciones judiciales, ni contra aquel tipo de actos previos legalmente exigidos para accionar, ni frente a quejas, reclamaciones o denuncias administrativas formuladas en ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, sino frente al mero ejercicio de un derecho laboral de la actora...

... lo cual no se incluye dentro de la garantía de indemnidad (conclusión que se alinea con lo expuesto en el epígrafe anterior). Sin embargo, la STSJ revoca la sentencia del Juzgado y declara la nulidad del despido, apreciando que la reclamación verbal de la trabajadora sí debe incluirse dentro del ámbito de protección de la garantía de indemnidad.

La siguiente resolución que merece ser comentada es la STSJ País Vasco 398/2017, de 14 de febrero, rec. 105/2017. Dicha resolución aborda la situación de una trabajadora que remite varios correos electrónicos realizando distintas peticiones, tras lo que es inmediatamente despedida, considerándose de aplicación la garantía de indemnidad. La sentencia comienza analizando, nuevamente, la deseabilidad del agotamiento de las vías previas, señalando que ello puede ser beneficioso y perjudicial para el trabajador:

... beneficioso porque dentro de la empresa puede solventarse la cuestión, obviando posibles actuaciones complejas posteriores; y, perjudicial, porque puede esa petición tener el mismo efecto que la publicitación, a través de instrumentos externos o ajenos a la empresa, de la petición como es una reclamación judicial. Y, dentro de este efecto nocivo, está el que la empresa, reactivamente, pueda utilizar los mecanismos de cercenación de la incentivación o motivación o práctica de una posterior reclamación por parte del trabajador. En definitiva, conocida por la empresa la intención por esta puede obtenerse en una fase ad intra la merma del acceso por parte del trabajador a los mecanismos de la tutela de sus derechos, o realizar lo que gráficamente suele denominarse un «aviso a navegantes».

Existen otros tantos pronunciamientos de distintos TSJ que han considerado la necesidad de extender la protección a este tipo de actuaciones ¹⁸².

Llegados a este punto, podría pensarse que se trata exclusivamente de resoluciones ciertamente aisladas e, incluso, contrarias al criterio sentado por la jurisprudencia, por lo que no merecen ser atendidas.

No obstante, lejos de dicha comprensión, lo cierto es que son un claro reflejo del debate existente en sede doctrinal respecto de la necesidad de extender la garantía de indemnidad a las reclamaciones formuladas por los trabaja-

¹⁸² Así, se ha declarado que deben quedar amparadas por la garantía de indemnidad situaciones tales como la de un trabajador que es despedido tras solicitar a la empresa el parte de accidente laboral, incluso pese a que la sentencia no declara suficientemente acreditada la existencia de dicho accidente (STSJ Andalucía/Granada 402/2007, de 14 de febrero, rec. 3291/2006); ser despedido tras solicitar verbalmente el disfrute de su permiso por matrimonio (STSJ Cataluña 1437/2007, de 19 de febrero, rec. 7676/2006); ser despedido tras solicitar una reducción de jornada por guarda legal (STSJ Asturias 2018/2015, de 23 de octubre, rec. 1808/2015); ser despedido el mismo día que consta que iba a solicitar la jubilación parcial (STSJ Cantabria 260/2016, de 15 de marzo, rec. 1065/2015); o la formulación de una reclamación privada a la empresa reclamando unas diferencias salariales (STSJ Canarias/Tenerife 1119/2017, de 11 de diciembre, rec. 346/2017).

dores en el ámbito intraempresarial, sin una conexión nítida con la posibilidad de acudir de forma inmediata al proceso.

El último hito destacable en esta materia es el representado por la STS 730/2019, de 23 de octubre, RCU 1790/2017. Este pronunciamiento tiene una especial significación, precisamente en tanto que podía parecer que la jurisprudencia no había adoptado una postura proclive al reconocimiento de la garantía de indemnidad en el ámbito de reclamaciones informales. En este contexto se dicta la resolución referida que, sin embargo, no entra al fondo al apreciar la inexistencia de contradicción, confirmando la sentencia recurrida. En esta última¹⁸³ se declaraba la nulidad del despido en un caso en que la empresa negó la solicitud de la trabajadora de disfrutar las vacaciones en los términos que solicitó, «lo que le obligaba a emprender las acciones oportunas para vencer la negativa de la empresa y hacer valer el derecho que la empleadora le había denegado». Por ello, formuló una queja verbal en dos ocasiones, indicándole la empresa que debía hacerlo por escrito, si bien la despidió justo a continuación, sin darle oportunidad de efectuarlo. La sentencia recurrida consideró esa actuación como un acto previo y preparatorio de las eventuales acciones judiciales necesarias para combatir la decisión empresarial.

La sentencia de contraste, por su parte, declaraba la improcedencia del despido, ya que el trabajador se había limitado a remitir un burofax, poniendo de manifiesto su intención de no realizar más horas extraordinarias, pero no había presentado ninguna queja contra la empresa en reclamación de un concreto derecho.

Como se ha señalado, la STS no aprecia contradicción. Para ello, se apoya en la formulación repetida de la reclamación (verbal) y en la conminación por la empleadora a formularla por escrito (pese a no darle oportunidad de efectuarlo), señalando que ello constituye una diferencia sustancial «que justifica perfectamente que las sentencias [...] hayan alcanzado un resultado distinto». Entendemos que dicha afirmación no hace sino apuntar que la actuación descrita en la sentencia recurrida sí que podría encontrar acomodo en la garantía de indemnidad.

Llegados a este punto, pueden extraerse algunos criterios comunes de la STS citada y de las principales SSTSJ ya aludidas, que conviene resaltar de cara a entender los elementos que permiten entender que una actuación pueda resultar (o no) constitucionalmente protegida.

¹⁸³ STSJ Madrid 133/2017 de 23 de febrero, rec. 599/2016.

En primer lugar, se da relevancia a los supuestos en que exista una cierta solidez en la reclamación¹⁸⁴. Como puede observarse, esto es tenido en cuenta por el TS al destacar esta circunstancia para rechazar la existencia de contradicción y justificar que la sentencia recurrida sí haya apreciado válidamente la garantía de indemnidad a la vista de las circunstancias concurrentes. En el caso de la sentencia recurrida se conmina a la trabajadora a ejercitar su derecho de forma clara (en este caso, por escrito) y, a la vista de que va a hacerlo (o ante la posibilidad de que ello ocurra), es cuando se toma la decisión de despedirla.

En segundo lugar, se da relevancia a la inmediatez de la respuesta empresarial. Así, aunque con frecuencia se considera la proximidad temporal un indicio relevante de la vulneración de derechos fundamentales¹⁸⁵, esta inmediatez genera una sospecha especialmente reforzada. Concretamente, y regresando a la STS analizada, debemos destacar que la decisión es tan fulminante que ni tan siquiera permite a la trabajadora presentar por escrito la reclamación, siguiendo las indicaciones que la propia empresa le había señalado.

De este modo, puede apreciarse que estos dos criterios son la pauta común que siguen las resoluciones judiciales que deciden extender la garantía de indemnidad a las actuaciones no jurisdiccionales, en muchos casos incluso sin ser enunciados de manera expresa¹⁸⁶. Entendemos que aquí se encuentra una posible salida a la encrucijada relativa a los límites de la garantía de indemnidad, si bien a ello se regresará más adelante.

c) *Pronunciamientos judiciales «disidentes» (ii): extensión de la protección al amparo de la libertad de expresión*

Todas las sentencias citadas hasta aquí se apoyaban en la garantía de indemnidad para otorgar protección constitucional a las actuaciones de los traba-

¹⁸⁴ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en muchos casos no es en absoluto sencillo delimitar la frontera entre meras controversias sobre las condiciones laborales y las reclamaciones formuladas al objeto de evitar judicializar el asunto. En este sentido, véase TODOLÍ SIGNES, Adrián: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

¹⁸⁵ A este punto se regresará más adelante, en el epígrafe del presente trabajo destinado a analizar «la conexión temporal y su evolución», incluido en el Capítulo V, apartado 3.1., donde se analiza este indicio en profundidad.

¹⁸⁶ Entre otras, es el caso de la STSJ Canarias/Las Palmas 447/2017, de 18 de abril, rec. 159/2017, la STSJ Madrid 617/2017, de 28 de septiembre, rec. 271/2017, la STSJ Canarias/Tenerife 1058/2017, de 23 de noviembre, rec. 312/2017, la STSJ Galicia de 28 de noviembre de 2017, rec. 3656/2017, la STSJ Valencia 3161/2017, de 5 de diciembre, rec. 2739/2017, la STSJ Valencia 3447/2017, de 29 de diciembre, rec. 3087/2017, la SJS1 Cuenca 24/2018, de 17 de enero, Autos 907/2017, STSJ Madrid 1065/2019, de 16 de diciembre, rec. 650/2019, STSJ Canarias/Las Palmas 447/2017, de 18 de abril, rec. 159/2017 o de la STSJ La Rioja 22/2017, de 9 de febrero, rec. 14/2017.

jadores. Ahora bien, existe también otra línea de pronunciamientos que sostiene que las actuaciones referidas pueden resultar protegidas también por otros instrumentos, como es el derecho a comunicar información veraz (respecto de las denuncias no jurisdiccionales) o la libertad de expresión (respecto de las reclamaciones internas en la empresa)¹⁸⁷. Podemos citar varios ejemplos representativos de este enfoque: la STSJ de Galicia 3750/2014, de 18 de julio, rec. 1562/2014, que analiza el supuesto de un profesor que es despedido tras realizar numerosas quejas derivadas de la falta de material escolar, declarándose finalmente la nulidad del cese y anudándola a la prohibición del trato desigual y a la libertad de expresión; la STSJ Cantabria 459/2010, de 15 de junio, rec. 415/2010, que aborda el supuesto de un trabajador despedido tras manifestar su queja por el incumplimiento de sus derechos laborales, declarándose la nulidad de la extinción por vulnerar su libertad de expresión; la STSJ Canarias/Tenerife 537/2006, de 4 septiembre, rec. 192/2006, que hace referencia a una trabajadora despedida por verter determinadas quejas contra la empresa en el seno de una asamblea que, según consta probado, no gustaron a la dirección de la empresa; la STSJ Madrid 81/2000, de 29 de febrero, rec. 4508/1999, que hace referencia a una médica residente que formula numerosas denuncias y quejas ante su tutor y la comisión de docencia dentro del hospital en el que trabajaba, tras lo que es represaliada, entendiéndose esto como una vulneración de la libertad de expresión de sus propias ideas y opiniones; o la STSJ Madrid 1/2007, de 9 de enero, rec. 4895/2006, que aprecia la vulneración de la libertad de expresión en el asunto de un vigilante de seguridad que remite comunicación a la Universidad Nacional de Educación a Distancia, entidad para la que trabaja su empresa, quejándose de manera informal del trato que viene recibiendo por parte de esta y solicitando ser contratado directamente por la universidad, la cual transmite su queja a la empresa y esta despide al trabajador.

Las sentencias referidas comparten una singularidad que resulta muy destacable: aplican la protección constitucional derivada de los derechos a comunicar información veraz y a la libertad de expresión a un supuesto nuevo. Recordemos que esta última opción resultaba clara cuando se trataba de reclamaciones relativas a un interés general o público (en el caso de las ya analizadas denuncias «altruistas»), pero no lo estaba tanto en relación con las reclamaciones formuladas en defensa de los derechos laborales o profesionales propios.

Ahora bien, hemos de puntualizar que también pueden producirse supuestos en los que no sea fácil discernir cuál es el interés al que obedece la actuación del trabajador. Un supuesto así ha sido analizado por la STC

¹⁸⁷ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «La tutela del trabajador frente a represalias...» (Bibl. cit.).

186/1996, que aborda el asunto del monitor de una piscina municipal. El actor remitió una comunicación a los profesores cuyos alumnos utilizaban dichas instalaciones, en la que criticaba la forma en que su empresa organizaba el programa de natación e, incluso, realizaba propuestas de actuación al respecto. Al tener conocimiento de la misma, la empresa le despidió. El despido finalmente fue declarado nulo por vulnerar el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, no debe pasarse por alto que el TC aprecia con claridad que el trabajador incluía en su denuncia también una queja por su situación laboral (si bien consideró este hecho solo tangencialmente y optó por considerar que el núcleo fundamental de la queja iba dirigido hacia la forma en que se prestaba el servicio por su empleador). Es decir, en un supuesto en que podía apreciarse la concurrencia tanto de un interés general como de la defensa de un derecho particular, el TC optó por apoyar su resolución en el derecho a la libertad de expresión.

Finalmente, existe un pronunciamiento que merece ser analizado en profundidad. Hacemos referencia a la reciente STC 146/2019¹⁸⁸, relativa a un supuesto de lo que se ha denominado como «*proto-whistleblower*»¹⁸⁹. En esta, se aborda el supuesto de un trabajador de un centro de día de titularidad municipal, que es gestionado por la empresa que le contrata. Este trabajador trasladó a su empresa determinadas quejas relativas a la calidad del servicio prestado, pero también a los medios que la empresa ponía a su disposición. Al ser desatendidas tales quejas, las formuló nuevamente, pero esta vez ante el ayuntamiento. La empresa finalmente le despidió, alegando una serie de cuestiones de índole disciplinario, que no resultaron acreditados.

Pese a que la sentencia del juzgado declaró la nulidad del despido, la STSJ optó por la improcedencia al considerar que no era susceptible de encuadrarse dentro de la libertad de expresión y manifestar que la actuación del trabajador había consistido en «plantear reivindicaciones laborales por cauce inadecuado, e inmiscuirse en denuncias para las que no estaba legitimado y que, por no haber quedado acreditadas, fueron meras apreciaciones cuya sola mención ante el ayuntamiento causaron a la empresa un perjuicio injusto».

Cuando el TC analiza la cuestión (tras la inadmisión de la casación unificadora por falta de contradicción), parte del entendimiento de que «con sus mani-

¹⁸⁸ Esta sentencia ha sido ampliamente comentada en MORARU, Gratiela-Florentina: «El derecho a la libertad de expresión en las relaciones laborales...» (Bibl. cit.).

¹⁸⁹ MARTÍNEZ SALDAÑA, David: «El Tribunal Constitucional otorga el amparo a un “*proto-whistleblower*” (la STC 146/2019, de 25 de noviembre, como contrapunto a la STC 126/2003, de 30 de junio)». *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/01/el-tribunal-constitucional-otorga-el.html>. Publicado el 20.01.2020. Recuperado el 09.06.2020.

festaciones, el trabajador se refirió estrictamente a cuestiones relativas al desarrollo de su relación laboral en el centro de trabajo y, principalmente, a los problemas que tenía para el desempeño de sus funciones», destacando, además, que dicha comunicación se había realizado sin emplear términos que pudiesen ser consideradas atentatorias contra el honor de la empresa. Por lo expuesto, termina declarando que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la libertad de expresión.

La singularidad de esta sentencia es que resuelve que la manifestación de quejas relativas a cuestiones laborales también puede resultar amparada en el ámbito de la libertad de expresión. Es cierto que concurren circunstancias que permiten apreciar un matiz singular, cual es que las quejas se vertieron hacia el ayuntamiento (aunque inicialmente lo fueron también ante la empresa), siendo este un tercero respecto de la relación laboral, lo que justifica que el asunto se resuelva en el ámbito de la libertad de expresión, al obtener las quejas una cierta publicidad. Sin embargo, resulta llamativo que el propio Ministerio Fiscal indique en su dictamen que la actuación debería resultar protegida igualmente en el ámbito de la garantía de indemnidad, sin que suponga obstáculo alguno que en modo alguno haya existido alusión (próxima o remota) a la posibilidad de acudir a la jurisdicción¹⁹⁰.

Así, puede apreciarse nuevamente que la tarea de deslindar los derechos fundamentales en juego no es en absoluto sencilla. Pero, lo que nos resulta más relevante, esta resolución permite constatar que la libertad de expresión es un derecho susceptible de ser empleado para hacer valer reivindicaciones de carácter netamente laboral, de forma que en algunos supuestos puede confluir de manera decidida con la garantía de indemnidad.

1.3.4 DOS PROPUESTAS PARA AVANZAR

Los pronunciamientos expuestos en el epígrafe anterior permiten constatar que existe una significativa línea de resistencia frente a la postura tendente a denegar la protección constitucional a las reclamaciones formuladas en el seno de la empresa, la cual señalábamos como predominante. Las voces discordantes se niegan a aceptar que la represalia adoptada contra un trabajador por el hecho de reclamar de manera informal merezca protección únicamente en el ámbito de la legislación ordinaria. Nosotros también consideramos que

¹⁹⁰ Esta posibilidad es rechazada por el TC en tanto que el demandante de amparo no la plantea en ningún momento, «al no ser tarea de este Tribunal reconstruir la demanda de oficio para suplir la carga de argumentación que pesa sobre la parte recurrente».

existen numerosos motivos que conducen a entender que debe proporcionarse a este tipo de actuaciones un plus de protección.

Para empezar, debe tenerse en cuenta que el propio desarrollo de las relaciones en el ámbito de la empresa –unido al hecho de que al trabajo se dedica una gran parte del tiempo vital– coadyuva a que con frecuencia puedan surgir en el lugar de trabajo interacciones cuya intensidad pueda incluso desembocar en enfrentamientos ¹⁹¹. Evidentemente, este tipo de circunstancias se producirán con más frecuencia en el ámbito de pequeñas y medianas empresas, donde las relaciones humanas resultan más estrechas y, en consecuencia, los roces se producen de forma más habitual ¹⁹².

Este análisis no se puede desvincular de la realidad socioeconómica existente en España. Como puede apreciarse en la siguiente tabla, según el DIRCE, y teniendo en cuenta exclusivamente a las empresas con asalariados, aquellas que emplearon entre 1 y 9 trabajadores han venido representando en la última década un porcentaje que oscila en torno al 90 % del total.

Año	(%) Empresas < 10 trabajadores
2019	89,98
2018	89,79
2017	90,03
2016	90,35
2015	90,71
2014	90,99
2013	90,67
2012	89,81
2011	89,29
2010	89,25

Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos en la página web del INE ¹⁹³. Los datos relativos a cada anualidad hacen referencia a los existentes a día 1 de enero.

Este dato indica claramente que la gran mayoría de empresas son de muy reducido tamaño, lo que necesariamente implicará una relación muy estrecha entre trabajadores y empresario. En estas condiciones, no parece extraño que surjan con una mayor frecuencia conversaciones, comentarios, críticas o negociaciones referidas a las condiciones laborales. Como consecuencia de ello, y al

¹⁹¹ TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique: «Despido de un trabajador por comentarios...» (Bibl. cit.).

¹⁹² GARCÍA NINET, José Ignacio; BARBANCHO TOVILLAS, Fernando, y BARCELÓ FERNÁNDEZ, Jesús: «Por causa del ejercicio del derecho fundamental...» (Bibl. cit.).

¹⁹³ www.ine.es.

objeto de que la prohibición de represalias no quede vacía de contenido, resulta imprescindible flexibilizar la activación de la garantía de indemnidad, para que no deba someterse a rigorismos o requisitos formales injustificados¹⁹⁴.

En supuestos así, por tanto, no se puede negar que la propuesta de extender la protección a las actuaciones informales posee un alto grado de legitimidad, pues obedece al objetivo de evitar que trabajadores que hayan actuado de buena fe, agotando las vías pacíficas internas en la empresa, se vean fulminantemente represaliados antes de poder llegar incluso a formular una acción judicial. Asimismo, proteger las actuaciones informales dirigidas a la resolución de conflictos permite evitar el absurdo de «hiperjudicializar» las relaciones laborales con el único objetivo de que las negociaciones o disputas puedan iniciarse en una situación de igualdad. Este es, en definitiva, el planteamiento que respalda la Recomendación núm. 130 de la OIT, de 1967, que apuesta por establecer mecanismos internos que permitan formular reclamaciones, sin que ello pueda traducirse en consecuencias perjudiciales para el trabajador (art. 2.a).

Todas estas consideraciones permiten concluir que, efectivamente, resulta necesario otorgar una protección especial a las actuaciones a las que venimos haciendo referencia. Ahora bien, ello no nos exime de dar respuesta a las principales críticas que se han formulado en contra de la ampliación de la protección constitucional a las reclamaciones informales.

El primer problema que se ha señalado es la necesidad de determinar el derecho fundamental con el que pueda conectarse esta protección. Este problema tradicionalmente ha recibido dos respuestas, que hemos analizado respectivamente en los dos epígrafes anteriores: la primera respuesta considera que las actuaciones en cuestión no se encuentran vinculadas a ningún derecho fundamental y, por tanto, no deben obtener protección constitucional; la segunda respuesta aprecia que tales protecciones deben vincularse al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, en nuestro escenario actual, ninguna de ambas termina de resolver el problema. La primera implica reducir de forma muy relevante la protección otorgada a aquellos trabajadores que, en lugar de interponer una demanda frente a la empresa, tratan de resolver el problema en un primer término de forma amistosa. Y la segunda respuesta no se sostiene en la medida en que –al menos de partida– no existe ningún ejercicio judicial propiamente dicho, por lo que no resulta clara la vinculación de este tipo de reclamaciones con el derecho de acceso a la jurisdicción.

A continuación, realizamos dos propuestas que, según nuestro criterio, permitirían dar respuesta a la situación actual.

¹⁹⁴ FOLGOSO OLMO, Antonio: «La garantía de indemnidad y su extensión...» (Bibl. cit.).

a) *La presunción de ejercicio del derecho*

Como se ha expuesto, las reclamaciones formuladas en el seno de la empresa –en caso de ser denegadas– podrán ser ulteriormente planteadas a través de un proceso judicial. En los supuestos en que esto último ocurra, la adopción de represalias quedaría integrada en el ámbito de actuación de la garantía de indemnidad.

El debate se centra en los supuestos en que se formula una reclamación frente a la empresa y, tras ser desatendida (o ignorada), no se acude al proceso. En esta situación consideramos que resultará fundamental analizar la actuación del trabajador a través del prisma de los criterios temporales razonables de ejercicio de la acción. Si la actuación empresarial se produce una vez que se han excedido los límites temporales idóneos para el ejercicio judicial de la acción sin que esto haya ocurrido, la reclamación del trabajador no encontrará protección constitucional¹⁹⁵. En cambio, si el empleador adopta una represalia contra el trabajador dentro de los márgenes temporales que harían razonable el ejercicio inmediato de la acción, su reclamación deberá presumirse conectada al proceso y, por tanto, protegida por la garantía de indemnidad.

Lo contrario implicaría beneficiar al empleador que reacciona fulminantemente frente al trabajador que reclama, evitando que este pueda acudir al proceso. El planteamiento que proponemos no hace más que aplicar la doctrina constitucional que extiende la protección a las actuaciones previas o preparatorias del ejercicio del derecho fundamental. En el ámbito de las relaciones laborales, estas actuaciones deben ponerse en relación con tres aspectos. En primer lugar, con la propia comprensión de las actuaciones tendentes a la evitación amistosa del proceso como parte integrante de la tutela judicial efectiva¹⁹⁶. En segundo lugar, con el entendimiento de que tales vías son pertinentes y adecuadas en el ámbito de las relaciones laborales, precisamente en virtud de lo previsto por la Recomendación núm. 130 de la OIT, de 1967¹⁹⁷, que estable-

¹⁹⁵ STSJ Cataluña 509/2018, de 26 de enero, rec. 6079/2017. Obviamente, esto será así salvo que el trabajador pueda justificar dicha demora. Evidentemente, tales márgenes temporales no serán los mismos en los casos en que el empleador rechace la reclamación de manera expresa y cuando lo haga de forma tácita. Esta interpretación es coherente con la adoptada por nuestro legislador, que ha considerado que es más razonable la dilación a la hora de ejercitar la acción en los casos de silencio que en aquellos en los que hay respuesta expresa (siendo con frecuencia más amplios los plazos en supuestos de silencio administrativo que en los de resolución expresa). Del mismo modo, estará en la mano del trabajador acreditar de manera fehaciente que había iniciado los trámites para ejercitar la acción, resultando obviamente distintos los tiempos cuando se trate de reclamaciones de especial complejidad o cuando resulte necesario obtener determinada documentación previa.

¹⁹⁶ STC 55/2004.

¹⁹⁷ Esta Recomendación ha sido analizada con más profundidad en el epígrafe del presente trabajo dedicado a la regulación internacional, incluido en el Capítulo II, apartado 1.1.

ce que «todo trabajador que juzgue tener motivos para presentar una reclamación [...] debería tener derecho: (a) a presentar dicha reclamación sin que pueda resultar para el interesado o los interesados ningún perjuicio por el hecho de haberla presentado» (art. 2.a). En tercer lugar, con el principio de buena fe recíproca que debe imperar en las relaciones laborales (art. 5.a y 20.2 ET). Entender lo contrario no hace sino establecer una interpretación restrictiva del derecho a la tutela judicial efectiva, que perjudica al trabajador que ejercita su derecho de buena fe y beneficia al empleador que actúa de forma más contundente contra el derecho fundamental (privilegiando, así, las actuaciones empresariales ventajistas)¹⁹⁸.

Estas consideraciones se apoyan en la premisa, como apunta Todolí Signes, de que:

toda reclamación o muestra de descontento por parte del trabajador frente a un incumplimiento real y efectivo del empresario tiene por objeto evitar la judicialización del asunto. Y es que, en efecto, el trabajador, frente a un incumplimiento del empresario, solamente tiene una forma lícita y última de hacer cumplir la norma: la judicial. Siendo así, habrá que entender que todo el resto de fórmulas tienen como objetivo evitar llegar a este extremo¹⁹⁹.

Esta solución se construye, en definitiva, sobre la prueba de presunciones. Se postula que cuando el trabajador ha sido despedido por reclamar en el ámbito interno de la empresa conforme a los criterios ya expuestos (buena fe, voluntad de componer amistosamente el conflicto...), una apresurada reacción empresarial puede vaciar de contenido su derecho. Planteado de otra manera, se terminaría perjudicando al trabajador que, en lugar de formular demanda directamente frente a su empleador, intenta acudir de forma previa al mismo para resolver el conflicto. Y, en estos casos, ante una represalia que suceda de manera inmediata a la reclamación, cabe establecer la presunción de que esta ha tenido como objeto adelantarse a la judicialización del conflicto, motivo por el que merecerá protección constitucional.

¹⁹⁸ De hecho, esta interpretación sería la más coherente con lo previsto en el art. 9 de la Recomendación núm. 130 de la OIT, de 1967, que establece que «ninguna de las disposiciones de la presente Recomendación debería tener por resultado limitar el derecho del trabajador a acudir directamente, respecto del examen de una reclamación, sea ante la autoridad competente en materia de trabajo, sea ante un tribunal de trabajo o ante toda otra autoridad judicial, cuando la legislación nacional le reconozca tal derecho». Así, una interpretación judicial que ampare la desprotección de este tipo de reclamaciones extrajudiciales, no haría *de facto* sino desproteger (esto es, limitar) el ejercicio del derecho a reclamar ante la jurisdicción. Esta interpretación, además, es congruente con lo previsto en el art. 17.c de la misma Recomendación, en tanto que establece que «cuando todos los esfuerzos para resolver la reclamación dentro de la empresa hayan fracasado, debería existir la posibilidad, habida cuenta de la naturaleza de dicha reclamación, de resolverla definitivamente por medio de [...]: (c) recurso ante un tribunal de trabajo o ante otra autoridad judicial».

¹⁹⁹ TODOLÍ SIGNES, Adrián: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.), p. 111.

Sin embargo, este planteamiento, lejos de solucionar la cuestión, no hace sino trasladar el problema a otro punto: el de discernir dónde se encuentran los «límites temporales razonables» del ejercicio de la acción. Es decir, una vez planteada la reclamación por el trabajador, la cuestión es discernir a partir de cuándo se entenderá que la ausencia de ejercicio jurisdiccional de la reclamación desconecta esta del derecho a la tutela judicial efectiva. Dicho de otra manera, y en palabras del TC, se trata de determinar el plazo que debe transcurrir desde el ejercicio de la reclamación intraempresarial para que se pueda difuminar la presunción de que dicha reclamación se encuentra «directamente encaminada» al acceso al proceso.

En nuestra opinión, el plazo no tiene que coincidir con el del ejercicio de la acción²⁰⁰, lo que resulta claramente excesivo. En su lugar, y ante la inexistencia de pautas razonables en la materia, nos atrevemos a sugerir el criterio temporal (flexible) de dos meses, por ser este el tomado en cuenta por el legislador tanto para el ejercicio de la acción judicial desde que se deba entender agotada la vía previa en el ámbito de procesos contra la Administración²⁰¹, como para los supuestos de interrupción o suspensión del plazo del ejercicio de la acción cuando se solicita el derecho de asistencia jurídica gratuita²⁰². Entendemos que se trata de una pauta inicial razonable que permite aplicar la presunción de ejercicio del derecho, lo que, como se ha señalado anteriormente, no impedirá que el trabajador pueda acreditar que, transcurrido ese plazo, no se había ejercitado la reclamación por motivos ajenos a este, en cuyo caso la protección deberá mantenerse.

b) *El reconocimiento de un derecho fundamental autónomo a reclamar contra la empresa*

Consideramos que existe otra posibilidad adicional, que sigue emanando del derecho a la tutela judicial efectiva –pero solo en parte: la posibilidad a la

²⁰⁰ Debe tenerse en cuenta que, al amparo del art. 59.1 ET, el plazo general de ejercicio de las acciones laborales es de un año.

²⁰¹ Art. 69.2 LRJS.

²⁰² El párrafo segundo del apartado segundo del art. 16 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, establece la suspensión de los plazos procesales y de ejercicio de la acción cuando el ciudadano solicita este derecho. En concreto, se establece que «el cómputo del plazo de prescripción se reanuda desde la notificación al solicitante de la designación provisional de abogado por el Colegio de Abogados o, en su caso, desde la notificación del reconocimiento o denegación del derecho por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y, en todo caso, en el plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud».

que apuntamos consiste en reconocer, tal y como ya hemos adelantado, que la garantía de indemnidad ha ido emancipándose progresivamente de su «derecho madre»²⁰³, hasta el punto de configurarse como un derecho autónomo.

La consagración como derechos constitucionales autónomos no tiene por qué encontrarse reñida con su falta de reconocimiento explícito en la CE, ya que –como algunos autores han advertido– su consagración se desprende de «ciertos principios constitucionales, o [...] de otros derechos constitucionalmente reconocidos»²⁰⁴; se trata, en definitiva, de «derechos fundamentales implícitos que se derivan necesariamente de la existencia de otros y que terminan por ser reconocidos expresamente en algún momento por el TC»²⁰⁵.

Nuestra propuesta se sustenta sobre cuatro pilares que, conjuntamente considerados, dotan de sustantividad a este nuevo derecho. El primero es el derecho a la dignidad en el ámbito del contrato de trabajo, elevado a la categoría de derecho fundamental por los arts. 1 y 31.1 de la CDFUE²⁰⁶. El segundo es el derecho a la solución extrajudicial o amistosa de los conflictos laborales, vertiente muy relevante del derecho a la tutela judicial efectiva regulada por el art. 24.1 CE, y que no tiene por qué constreñirse a los supuestos de acudir a mecanismos formales preestablecidos para ello. El tercero es el derecho a la libertad de expresión²⁰⁷ reconocido en los arts. 20.1.a CE y 11.1 CDFUE que, en este caso, resultará adjetivo de los dos derechos anteriores, en tanto que el derecho ejercitado no será la libre expresión como tal, sino que esta servirá como mecanismo para defender la dignidad en el trabajo y para resolver los conflictos²⁰⁸. El cuarto y último será el derecho al control jurisdiccional efectivo de los derechos, derivado de los arts. 24.1 CE y 47 CDFUE, si bien inter-

²⁰³ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave en la progresiva configuración autónoma de la misma (1999-2010)». En: Antonio Pedro Baylos Grau, Jaime Cabeza Pereiro Jesús Cruz Villalón y Fernando Valdés Dal-Ré (Eds.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010: libro homenaje a María Emilia Casas*. Madrid: La Ley. 2015, p. 872.

²⁰⁴ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio: «Las normas internacionales sobre Derechos...» (Bibl. cit.), p. 40.

²⁰⁵ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «El binomio “acción-reacción”...» (Bibl. cit.), p. 911. Un claro ejemplo de lo expuesto se encuentra en el llamado derecho fundamental a la protección de datos, emanado a partir del principio a la dignidad humana (art. 10.1 CE) en relación con el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y con el derecho a la libertad informática (art. 18.4 CE), adquiriendo unos contornos absolutamente más amplios que sus precededores, así como una total autonomía y sustantividad respecto de estos (STC 292/2000). Al respecto de este derecho, resulta muy esclarecedor el estudio incluido en SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, y CUADROS GARRIDO, María Elisa: «Autodeterminación informativa: un derecho en alza». *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 8, pp. 85-127. 2019.

²⁰⁶ Al derecho a la dignidad ya se ha prestado una especial atención en el presente trabajo, a cuyo efecto nos remitimos al epígrafe correspondiente, incluido en el Capítulo II, apartado 5.2.

²⁰⁷ LOUSADA AROCHENA, José Fernando, y CABEZA PEREIRO, Jaime: «Las últimas...» (Bibl. cit.).

²⁰⁸ De este modo, se concreta en un «derecho de los trabajadores de formular quejas acerca de la forma de actuar de su empresa», como establece MORARU, Gratiela-Florentina: «El derecho a la libertad de expresión en las relaciones laborales...» (Bibl. cit.), p. 286.

pretado en los términos ya expuestos por la doctrina del TJUE contenida en sus sentencias de los asuntos Johnston, Coote y Hakelbracht y otros.

Como se ha señalado, pues, la solución trasciende la selección de un único derecho fundamental para evaluar su lesión y radica en considerar que la actuación empresarial puede tener efectos plurilesivos, que justifican un análisis holístico de la vulneración. Es en estos términos como se plantea la garantía de indemnidad en tanto que derecho autónomo.

No debe suponer un obstáculo a esta interpretación la falta de reconocimiento expreso de la garantía de indemnidad como derecho autónomo. Algunos autores han criticado, con acierto, que la dimensión jurídico-positiva de los derechos ha recibido en ocasiones una importancia excesiva. Sin ánimo de minusvalorar los esfuerzos de los colectivos que luchan por el reconocimiento de determinados derechos, lo cierto es que incidir excesivamente en su positivización, hasta el punto de considerarla el único camino posible, puede provocar el efecto no deseado de blindar qué derechos merecen la calificación como fundamentales y cuáles no, «impidiendo y limitando la dimensión histórica, inconclusa y abierta» de los derechos²⁰⁹. En definitiva, el peligro se halla en olvidar la faceta historicista de los derechos y, con ello, su continua evolución y progreso.

Lo anteriormente expuesto permite dar respuesta, a su vez, a las alarmas planteadas ante el pretendido riesgo de banalización del ejercicio de derechos fundamentales y de pérdida de su efectividad por desbordamiento; alarmas que incluso han desembocado en defender propuestas incongruentes con el propio ordenamiento jurídico, por el mero hecho de atrincherarse en una interpretación claramente restrictiva de los derechos fundamentales.

Recordemos, por ejemplo, la incongruencia relativa a la regulación de las causas del despido. Como es sabido, el despido –en su condición de potestad empresarial y por el grave perjuicio que puede causar al trabajador– debe cumplir el requisito de causalidad; es decir, para ser procedente debe ajustarse a algunas de las causas legalmente previstas (por ejemplo, en el art. 54 ET). En consecuencia, cuando el empleador actúa al margen de dichas causas, carece de fundamento legal para despedir. En esos casos, se considera de forma muy generalizada la conveniencia de que el despido sea calificado como improcedente; salvo que concurra alguno de los supuestos cualificados que permita deducir como consecuencia la nulidad.

²⁰⁹ SÁNCHEZ RUBIO, David: «Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos». *Derechos y Libertades: Revista Del Instituto Bartolomé de Las Casas*, 33, pp. 99-133. 2015.

Ahora bien, la incertidumbre aparece cuando la normativa vigente apunta expresamente que una actuación concreta no podrá implicar el despido del trabajador. Existen numerosos ejemplos de lo expuesto, como el previsto en el ya citado art. 12.4.e ET, que establece que un trabajador no podrá ser despedido por rechazar la conversión de su contrato a jornada completa en uno a tiempo parcial.

El problema es que esta norma queda absolutamente fuera de lugar ante la existencia de un régimen causal y regulado de extinción del contrato de trabajo. Si las causas que justifican el despido se establecen expresamente, carece de sentido alguno la prohibición de perjudicar al trabajador que se niega a novar su contrato. Señalábamos que solo existían dos motivos posibles para explicar esta actuación del legislador: o bien una voluntad de reiteración, o bien una voluntad de establecer una protección adicional. Sin embargo, y regresando así al punto de inicio, según la interpretación que vienen realizando actualmente los tribunales, esa protección adicional no puede otorgarse, al no concurrir ninguno de los supuestos tasados para la declaración de nulidad de la actuación empresarial.

Pues bien, en este contexto histórico-normativo actual, en que se realiza una interpretación restrictiva de una legislación que resulta ser insuficiente e incongruente, enarbolar el riesgo de banalización del ejercicio de derechos fundamentales para evitar su interpretación expansiva resulta totalmente injustificado. No parece pretender más que encubrir la aspiración de una absoluta descausalización del despido; y eso que este actualmente ya es prácticamente libre, en la mayoría de los supuestos. Además, no puede pasarse por alto que aun cuando se aprecie la concurrencia de un derecho fundamental, esto en modo alguno determinará inequívocamente la declaración de nulidad del despido, pues el empleador siempre tendrá ocasión de justificar y acreditar que su actuación fue conforme a derecho y alejada de todo propósito lesivo, y no fue arbitraria ni injustificada. Subyace así nuevamente la aspiración empresarial de que el despido pueda adoptarse al margen de toda causa.

A mayor abundamiento, el referido riesgo de banalización del ejercicio de derechos fundamentales bien podría salvarse con la fijación de criterios que determinen la activación de la garantía de indemnidad, tales como la consistencia de la reivindicación²¹⁰ o que se plantee en términos más sólidos – sin que ello exija necesariamente acudir a medios escritos. Un ejemplo muy claro se encontraría en la STS de 19 de abril de 2013, RCU 2255/2012, que no presta atención tanto al medio utilizado como a la forma en que se plantea la

²¹⁰ MORÁN ROA, Sonia: «La protección jurídica del trabajador reclamante...» (Bibl. cit.).

queja, indicando, en referencia a la sentencia de contraste, que la «mención de un precepto legal real o supuestamente infringido podría entenderse ciertamente [...] como una reclamación previa o preparatoria del ejercicio de una acción judicial».

Por último, se ha señalado también la necesidad de limitar el ámbito de protección de la garantía de indemnidad en aras de evitar una excesiva litigiosidad:

Si la evolución de la doctrina del TC sigue virando hacia una protección absolutamente extensiva, que llega a crear la sensación de que se está otorgando un blindaje casi absoluto a los trabajadores que litigan o reclaman, esta imagen bien pudiera provocar cierto efecto llamada en otros trabajadores²¹¹.

Compartir este argumento se hace muy complicado, especialmente teniendo en cuenta la doctrina del TJUE en materia de derechos fundamentales (entre otras, la STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, caso Hakebrandt y otros), que viene apostando de manera decidida por una tutela efectiva de los mismos y una defensa de su vigencia a través de una evolución absolutamente expansiva y dinámica de su contenido²¹².

Por otra parte, no deja de resultar llamativa la alusión al «efecto llamada», formulación que difícilmente sería imaginable en el ámbito de cualquier otro derecho fundamental (como la libertad sindical o en el ámbito de la igualdad). Pero, además, incluso aceptando (a efectos meramente dialécticos) el argumento del «efecto llamada», este decaería rotundamente ante la consolidada doctrina que trata de combatir precisamente el efecto disuasorio o de desaliento, cuya existencia se constata en relación con un totalmente lícito ejercicio de los derechos fundamentales.

Dicha promoción del derecho fundamental, además, encuentra un especial sentido en la actualidad, a la vista de las reformas laborales de la última década que se han orientado hacia la vía de flexibilizar y descausalizar las medidas de reestructuración empresarial, contribuyendo aún más a la precarización del empleo que ya existe a causa de la grave situación de crisis económica. Todo ello, sumado a las reticencias por parte de los trabajadores a la hora de reivindicar el respeto a sus derechos, añade justificación a la necesidad de extender y garantizar la protección a los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo.

²¹¹ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), p. 149.

²¹² MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: «§138. El trabajador que apoya...» (Bibl. cit.).

1.4 Actuaciones de salvaguarda de los derechos

Un supuesto de especial relevancia y que merece un tratamiento detallado radica en las actuaciones de resistencia o de defensa del propio estatuto jurídico laboral. Se hace referencia a los supuestos en que el empleador trata de imponer al trabajador una merma en sus condiciones laborales no por la vía legalmente establecida (por ejemplo, mediante una modificación sustancial de sus condiciones laborales), sino a través de la exigencia de que acepte de forma voluntaria unas nuevas condiciones de trabajo, negándose el empleado a dicha modificación²¹³.

La jurisprudencia, si bien inicialmente mantuvo una postura que permitía concluir que la protección se extendería a tales actuaciones, actualmente parece rechazar que estos conflictos deban dirimirse en el ámbito de la garantía de indemnidad.

Representativa de la primera postura aludida fue la cuestión abordada por la SAN 150/2013 de 24 de julio, dictada en procedimiento 144/2012, y posteriormente confirmada por la STS de 10 de febrero de 2015, RC 221/2013. En la misma se reflexiona sobre si puede vulnerarse la garantía de indemnidad también por negarse el trabajador a renunciar a determinados derechos, cuyo ejercicio no exige propiamente actuaciones concretas por parte del trabajador, por cuanto su finalidad es precisamente protegerlo frente a determinadas medidas por parte del empresario (por ejemplo, cláusulas de blindaje frente al despido que establezcan una indemnización superior). Es decir, frente a las habituales represalias, que se producen por una actuación positiva (como una acción judicial), se plantea si también vulnera la garantía de indemnidad la negativa del trabajador –es decir una actuación pasiva– a renunciar a una cláusula destinada a blindarle frente a un eventual y ulterior perjuicio empresarial.

En el presente supuesto, la empresa exigió al trabajador que renunciase a la cláusula penal y le advirtió que, si no se producía dicha renuncia, le incluiría dentro del personal afectado por el despido colectivo. La empresa terminó cumpliendo su amenaza. Ante esta situación, la AN primero y el TS después entienden vulnerada la garantía de indemnidad del trabajador, porque se ha vaciado de contenido la función protectora de la cláusula penal, que constituía una garantía para su defensa frente a medidas extintivas empresariales.

²¹³ Evidentemente, se hace referencia a la mera negativa y no a la actuación consistente en el ejercicio simultáneo de acciones judiciales (como ocurre en la STSJ Cataluña 7729/2017, de 18 de diciembre, rec. 5894/2017), respecto del que la cuestión obtiene una respuesta clara, tal y como se ha visto en epígrafes anteriores.

No obstante, la línea que ha adoptado la jurisprudencia posterior parece descartar tal posibilidad. Es el caso de la STS 456/2018, de 26 de abril, RCU 2340/2016, que describe que unos trabajadores fueron citados por la empresa a una reunión para «novar su contrato de trabajo», debido a la reducción de la carga de trabajo que tuvo lugar tras ser modificado el contrato de servicios que la sustentaba. En dicha reunión, la empresa entregó una propuesta voluntaria por la que los trabajadores dejaban de ser indefinidos a tiempo completo, pasando a ser fijos discontinuos. Esta oferta fue aceptada por varios trabajadores, pero rechazada por el actor, tras lo cual todos fueron despedidos por causas organizativas y productivas.

Pues bien, la sentencia dictada considera que:

La conducta empresarial, que genere consecuencias negativas para el trabajador realizada a continuación de una negativa del trabajador a transformar su contrato de trabajo, no supone vulneración de la garantía de indemnidad ya que para que se produzca la misma, necesariamente ha de ir precedida del ejercicio por parte del trabajador de una acción judicial o de actos preparatorios o previos o reclamaciones extrajudiciales, conductas que no se han producido en el caso examinado.

No obstante, algún sector doctrinal ha criticado firmemente estas conclusiones por entender que con frecuencia la propuesta de conversión ofrecida por parte del empleador se formula con la amenaza implícita de una consecuencia perjudicial para el caso de no aceptarla. Se valora que la respuesta del trabajador no puede considerarse libre, especialmente teniendo en cuenta la flexibilidad con la que se vienen aplicando y aceptando las medidas de reestructuración empresarial. En esta línea, se ha interpretado que debe extenderse la garantía de indemnidad a las medidas de despido adoptadas como consecuencia de que el trabajador responda con una negativa a planteamientos de este tipo²¹⁴.

Debe tenerse en cuenta además que el ya aludido art. 12.4.e ET establece la prohibición de que el trabajador pueda sufrir una sanción o efecto perjudicial por rechazar la conversión de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial (o viceversa), sin perjuicio de las medidas que proceda adoptar al amparo de los arts. 51 y 52.c ET. Se ha considerado que dicha prohibición

²¹⁴ CABEZA PEREIRO Jaime: «La garantía de indemnidad en caso de decisiones de la empresa adoptadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Sobre la sentencia del TC 183/2015, de 10 de septiembre». *Derecho de Las Relaciones Laborales*, 2, pp. 167-172. 2016.

no hace sino introducir un auténtico *ius resistendae* del trabajador frente a la exigencia empresarial²¹⁵.

Surge entonces la cuestión acerca de qué calificación debe recibir el despido colectivo u objetivo individual adoptado en supuestos de negativas de trabajadores a aceptar estas exigencias, cuando no se acredita plenamente la licitud de la actuación empresarial. Parece poco apropiado que la consecuencia deba ser la mera declaración de la improcedencia, porque esto haría superflua la alusión incluida en dicho precepto a la prohibición de sanciones o efectos perjudiciales, por tratarse de la consecuencia obvia o mínima que cabría atribuir a dicha actuación. Puede entenderse que la inclusión de dicha prohibición trata de aportar un plus de protección a los supuestos de negativas de trabajadores a someterse a tales exigencias empresariales y a mermar «voluntariamente» su estatus laboral.

Algún sector de la doctrina también ha entendido que procede la declaración de nulidad de la represalia adoptada en estos supuestos. La argumentación jurídica a favor de la nulidad sostiene que el art. 12.4.e ET añade otra causa de discriminación al art. 17.1 ET²¹⁶.

Todo ello, obviamente, se plantea sin perjuicio de que la situación en la empresa puede verse agravada tras la negativa del trabajador a aceptar la transformación y esa nueva situación sí que permita la imposición de la medida de flexibilidad externa. Surge entonces la duda de si cabría realizar una interpretación integradora de las normas en juego, teniendo en cuenta que la definición legal de causas económicas incluye no solo la existencia de pérdidas actuales, sino también de pérdidas previstas (art. 51.1 ET).

Existen otros pronunciamientos destacables en este sentido, que sí han apostado por la necesidad de incardinar tales actuaciones dentro del ámbito de la garantía de indemnidad. Puede hacerse referencia a la STSJ Andalucía/Granada 1202/2007, de 18 de abril, rec. 179/2007, que contempla el supuesto de una trabajadora a la que se le ofertó la suscripción de un documento por el que solicitaba voluntariamente el traslado a otra provincia. La trabajadora, asesorada legalmente, remitió una comunicación manifestando de forma terminante que no se encontraba conforme con dicha propuesta, ni mucho menos con plantearla como si fuese una petición voluntaria. La empresa reaccionó despidiéndola de manera inmediata. Pese a que no existió ejercicio de acción judicial en sentido estricto, la sentencia concluye que el despido se produjo exclu-

²¹⁵ LOUSADA AROCHENA, José Fernando: «El trabajo a tiempo parcial en el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 162, pp. 127-140. 2014.

²¹⁶ *Ibidem*.

sivamente a resultas de la misiva remitida por la trabajadora, en la que instaba a que se respetaran sus condiciones laborales. Y, si bien en la misma se advertía que en caso de no respetar su posición se iniciarían acciones judiciales, resulta llamativo que las mismas no serían en aras de la consecución de un derecho, sino para su preservación, a lo que la resolución comentada anuda la lesión de la garantía de indemnidad.

Por otra parte, resulta llamativo que respecto de otros derechos sí que se considera que la resistencia es actuación suficiente para activar la protección del derecho constitucional. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la igualdad y no discriminación. Así, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, establece que se considera incluido en el concepto de discriminación «el acoso y el acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo» (art. 2.2.a).

En todo caso, parece que la postura del TS se asienta en la línea de negar que este tipo de actuaciones merezcan protección en el ámbito de la garantía de indemnidad, especialmente a la vista de su reciente STS 130/2019, de 20 de febrero, RCU 3941/2016, en la que reitera su doctrina precedente, estableciendo que la resistencia de un trabajador a novar su contrato no se considera actuación protegida por la garantía de indemnidad. No obstante, no se trata en absoluto de una cuestión pacífica. Con anterioridad a dicho pronunciamiento ha existido un amplio debate judicial respecto de dicha cuestión²¹⁷ que, sin embargo, no parece que se haya cerrado tras los últimos pronunciamientos del TS.

²¹⁷ En la línea del TS se han pronunciado, entre otras, la STSJ Valencia 1757/2015, de 15 de septiembre, rec. 1866/2015, la STSJ Madrid 340/2016, de 13 de abril, rec. 4/2016 y la STSJ Valencia 1732/2016, de 26 de julio, rec. 1787/2016 (rechazo a la conversión de un contrato de trabajo fijo en fijo-discontinuo), la STSJ Canarias/Las Palmas 15/2016, de 8 de enero, rec. 907/2015 (negativa a suscribir una baja voluntaria como condición para una nueva contratación), la STSJ Andalucía/Sevilla 2281/2017, de 17 de julio, rec. 2954/2016 (negativa a la movilidad funcional y novación contractual), la STSJ Cataluña 3033/2018, de 17 de mayo, rec. 1277/2018 y la STSJ Madrid 720/2018, de 30 de octubre, rec. 178/2018 (negativa a cambio de condiciones laborales). En cambio, a favor de incardinar ese tipo de actuaciones en el ámbito de la garantía de indemnidad, se han pronunciado la STSJ Madrid 151/2015, de 20 de febrero, rec. 886/2014, la STSJ Galicia 6627/2015, de 26 de noviembre, rec. 3703/2015 (rechazo a una reducción voluntaria de la jornada), la SJS3 de La Coruña 589/2015, de 23 de diciembre, Autos 408/2015 y la STSJ Castilla-La Mancha 575/2017, de 26 de abril, rec. 136/2017 (negativa a suscribir un contrato en peores condiciones), la STSJ Galicia de 14 de marzo de 2018, rec. 19/2018 (oposición a un cambio de turno), la STSJ Galicia de 5 de abril de 2018, rec. 438/2018 (extinción voluntaria del contrato) y la STSJ Castilla y León/Burgos 341/2019, de 22 de mayo, rec. 235/2019 (negativa a modificación de condiciones laborales).

Llegados a este punto, nos parece muy poco razonable que se pueda conceder más protección al trabajador que reclama lo que no tiene que al que trata de conservar lo que ya ha conseguido. De forma muy significativa, la interpretación más restrictiva otorgaría una mayor protección al trabajador que formula una reclamación para mejorar su posición que al que se niega a perder voluntariamente su estatuto jurídico laboral y, en definitiva, al que se limita a ejercitar su derecho por la vía de negarse a desprenderse de él²¹⁸.

Consideramos, en definitiva, que la actuación por la que el trabajador salvaguarda sus derechos debe quedar protegida, en tanto que no constituye más que un ejercicio (pasivo) de su propio derecho²¹⁹. Sin embargo, acudiendo a las reglas clásicas en supuestos de alegación de vulneración de derechos fundamentales, cuando el empleador pueda acreditar que su decisión se encuentra desvinculada de la actuación (de resistencia) del trabajador, se rechazará la existencia de lesión del derecho. Para ello, resultarán fundamentales dos criterios, ambos conectados con la coherencia de la actuación empresarial: el primero, que la actuación empresarial se encuentre idóneamente justificada, y el segundo, que la decisión adoptada sea proporcional con el planteamiento inicialmente formulado al trabajador.

El primer criterio depende de la adecuación de la actuación con las necesidades de la empresa: es lo que podríamos denominar exigencia de coherencia de la medida en términos absolutos. En definitiva, si la empresa alega la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción para proponer al trabajador la merma de sus derechos, ante la negativa de este último no será razonable que adopte una medida absolutamente desvinculada de sus necesidades, como podría ser una medida de corte disciplinario u otra actuación igualmente perjudicial (finalización anticipada de contrato temporal, etc.)²²⁰.

Solo superado este primer filtro procederá analizar la actuación empresarial en términos relativos. Es decir, si la empresa propone una pérdida de derechos (por ejemplo, una leve reducción de jornada) y el trabajador se opone, no podrá adoptarse una medida que sea absolutamente desproporcionada con

²¹⁸ De forma significativa, la segunda definición que da el Diccionario de la Real Academia del término «reclamación» es «oposición o contradicción que se hace a algo considerado injusto, o que no se consiente», motivo por el que no cabría excluir este tipo de actuaciones de aquel concepto.

²¹⁹ En este sentido, se ha afirmado que «solo a través de la lucha por los derechos, que quiere decir su constante ejercicio y su defensa tenaz frente a todo posible obstáculo, amenaza o violación, puede garantizarse su posesión efectiva y la consiguiente valorización de la persona. Un derecho no ejercitado o no defendido está en realidad destinado a decaer y finalmente a sucumbir»: FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal...* (Bibl. cit.), p. 944.

²²⁰ Es el caso abordado por la STSJ Castilla y León/Valladolid de 2 de julio de 2018, rec. 857/2018.

la inicialmente propuesta. De esta manera, deberá acreditarse por la empresa que su actuación final se mantiene conectada con sus necesidades y no se ha adoptado como represalia ante la resistencia del trabajador a perder sus derechos²²¹.

1.5 Actuaciones del trabajador que no activan la garantía de indemnidad

Uno de los principales debates que viene produciéndose en torno a los derechos fundamentales en general (y la garantía de indemnidad en particular) es el referido a su utilización torticera, empleándolos como herramienta para blindarse ante el ejercicio de las potestades empresariales. Se critica que, de este modo, los derechos fundamentales puedan terminar convirtiéndose en un medio para alcanzar fines que merezcan una protección menor.

Se denuncia que esta situación puede provocar dos riesgos, diferentes pero estrechamente conectados. El primero es la ya vaticinada «banalización del ejercicio de los derechos fundamentales»²²², por la que la expansión indiscriminada del ejercicio de tales derechos implicaría, precisamente, la pérdida de su valor y de su legitimidad intrínseca. El segundo es que la utilización maliciosa de los mismos pudiese generar una suerte de sospecha sobre los trabajadores que realmente los necesitan con un propósito legítimo, dificultando su defensa en sede judicial, pagando así «justos por pecadores».

Las críticas formuladas a la garantía de indemnidad como consecuencia de lo anterior han alcanzado tal punto que en ocasiones se ha llegado a proponer la conveniencia de que a los tres elementos tradicionales de la institución (acción, reacción, conexión) se sume uno cuarto: el requisito de que el ejercicio del derecho se produzca dentro del marco de la buena fe²²³. El ejercicio de

²²¹ Obviamente, dicha actuación deberá analizarse en consonancia con la legalidad vigente y las herramientas de las que pueda disponer el empresario. De esta manera, podrá aceptarse la licitud de la actuación empresarial que, ante la negativa del trabajador de novar su contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial, adopta la decisión de despedirlo (supuesto analizado en la STS 576/2018, de 30 de mayo, rec. 2329/2016). Esta interpretación no puede considerarse lesiva de la garantía de indemnidad en tanto que el empleador no disponía de otra opción que pudiese ser considerada más respetuosa y proporcionada, habida cuenta de la prohibición establecida en el art. 12.4.e ET («la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 41.1.a»). Lógicamente, el supuesto podría recibir una respuesta muy diferente cuando no mediase la prohibición aludida, en cuyo caso no resultaría razonable que el empresario optase por despedir al trabajador, sin agotar las vías a su alcance.

²²² ALONSO OLEA, Manuel: «La relación de trabajo...» (Bibl. cit.). p. 30.

²²³ TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, y VALENCIANO SAL, Antonio: *Derechos fundamentales...* (Bibl. cit.).

buena fe de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo veda las actuaciones del trabajador que puedan dirigirse a causar cualquier tipo de daño al empresario²²⁴.

Esta postura se apoya en que la jurisprudencia constitucional ha afirmado que los derechos constitucionales «están sometidos a límites y en que el principio de buena fe, exigible cualesquiera que sean las circunstancias, impide la realización de actividades que [...] van dirigidas a la perturbación del normal desenvolvimiento del trabajo»²²⁵.

No obstante, el establecimiento de la buena fe como límite para el ejercicio de los derechos fundamentales merece una amplia crítica. En primer lugar, se ha considerado que exigirlo supondría elevar un principio general de interpretación (además, de legalidad ordinaria), propio del derecho privado, a la categoría de criterio determinante para la resolución de conflictos en materia de derechos fundamentales. Además, se ha criticado que detrás de esa postura se encuentra la ambición de «resucitar, de épocas anteriores, el genérico deber de lealtad del trabajador, en la práctica, por mucho que formalmente la jurisprudencia insista que este deber ya no está vigente»²²⁶. En este sentido, queda descartado que el criterio de la buena fe posea legitimidad suficiente para suponer una limitación a los derechos fundamentales y, en concreto, de la garantía de indemnidad²²⁷ –además, debe añadirse que «el ejercicio de un derecho fundamental no requiere justificación alguna; lo que requiere justificación es, precisamente, la limitación de un derecho fundamental»²²⁸.

Pero incluso aceptándolo como criterio a valorar, este deber no podría traducirse en ningún caso en la imposibilidad de ejercitar los derechos fundamentales, sino simplemente en que estos no puedan ser utilizados con un fin esencialmente lesivo²²⁹. Además, llegados a este punto hay que señalar que

²²⁴ No en vano la buena fe se establece de forma expresa en la normativa laboral como uno de los deberes laborales de los trabajadores (art. 5.a ET) y el criterio bajo el que deben efectuarse sus prestaciones recíprocas (art. 20.2 ET), siendo además su transgresión una de las causas previstas legalmente de despido disciplinario (art. 54.2.d ET). También el art. 3 de la Recomendación núm. 130 de la OIT, de 1967, establece que las reclamaciones que los trabajadores presenten contra la empresa deben someterse al principio de la buena fe.

²²⁵ STC 120/1983.

²²⁶ TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, y VALENCIANO SAL, Antonio: *Derechos fundamentales...* (Bibl. cit.), p. 19.

²²⁷ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.).

²²⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional y por el Poder Judicial». *Revista del Poder Judicial*, 45. 1997, p. 43, cit. en IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), p. 28. Una vez descartada la buena fe como criterio para limitar derechos fundamentales, se propone que en su lugar sirva de contrapeso, entre otros principios, la libertad de empresa (art. 38 CE): GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, e IGARTUA MIRÓ, María Teresa: «Libertad de información y contrato de trabajo...» (Bibl. cit.).

²²⁹ RIERA VAYREDA, Carlos: *El despido nulo...* (Bibl. cit.).

difícilmente puede apreciarse que el ejercicio por el trabajador de sus derechos fundamentales pueda provocar un daño efectivo a la empresa, más cuando se han previsto legalmente mecanismos más que suficientes para solventar tales situaciones (por ejemplo, frente a los supuestos de litigación abusiva)²³⁰.

Sin embargo, y más específicamente, existen algunos derechos que no consisten en una actuación positiva del trabajador (como sí sería el caso de la libertad de expresión o la libertad de pensamiento), sino más bien en el establecimiento de una prohibición para el empresario (por ejemplo, el derecho a la integridad física o el derecho a no ser discriminado). Como hemos explicado al inicio de este trabajo, la garantía de indemnidad se incluye entre estos últimos. Desde este punto de vista, queda reafirmado que no existe razonablemente la posibilidad de que el derecho provoque un daño al empleador.

De este modo, el debate no debe centrarse en torno a si el derecho ha sido ejercitado conforme a la buena fe o no, sino en cuanto a los efectos que debe tener su ejercicio; y, en particular, acerca de los mecanismos protectores que del mismo se derivan respecto de la situación del trabajador. Por ello, hay que analizar la respuesta que el ordenamiento jurídico proporciona a los supuestos en que la interposición de una demanda por parte del trabajador se produzca con el exclusivo objetivo de obtener un determinado blindaje. Para tal efecto, con frecuencia se hace alusión a dos figuras: el fraude de ley y el abuso de derecho. Vamos a analizarlas a continuación.

El fraude de ley se encuentra regulado en el CC, que en su art. 6.4 establece lo siguiente: «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él [...] no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir». Con esta figura se hace referencia a la utilización de una norma jurídica para lograr fines antijurídicos. Esta paradoja tiene fácil explicación: los actos realizados en fraude de ley son lícitos cuando son analizados uno a uno. Es al contemplarlos en conjunto, y no como elementos aislados, cuando se aprecia su ilicitud²³¹.

El abuso de derecho se encuentra regulado igualmente en el CC, de la siguiente manera: «los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de

²³⁰ El art. 75.4 LRJS establece la obligación de buena fe procesal y la prohibición de formular pretensiones temerarias, contemplando incluso la posibilidad de imponer sanciones, «de forma motivada y respetando el principio de proporcionalidad, ponderando las circunstancias del hecho, la capacidad económica y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes o a terceros». Asimismo, prevén sanciones el art. 97.3 LRJS para el momento del dictado de la sentencia y el art. 235.2 LRJS para la fase de recurso.

²³¹ SERRANO MORENO, José Luis: «La clasificación de los derechos constitucionales y el ejercicio abusivo de derechos fundamentales». *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de Las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 54, pp. 275-303. 2006.

buena fe [...] la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo» (art. 7 CC)²³². Esta institución requiere la concurrencia de tres requisitos: que el acto abusivo sea un acto de ejercicio de un derecho subjetivo reconocido de forma expresa por el derecho objetivo, que este ejercicio cause un perjuicio a un interés no protegido por la norma y, finalmente, la antisocialidad o inmoralidad del daño, que es superior al beneficio obtenido por el ejercicio del derecho²³³.

La diferencia entre ambas instituciones es nítida. En el caso del abuso de derecho, el derecho existe (en caso contrario, no se podría producir dicho abuso), pero su ejercicio obedece a unos fines diferentes de aquellos que justificaron su protección legal. En el caso del fraude de ley, se intenta el nacimiento de un derecho (que no existe) con fundamento en una norma que no es la correctamente aplicable²³⁴. No obstante esta diferencia, tanto en el fraude de ley como en el abuso de derecho concurren dos niveles: «una apariencia elemental de licitud contra una realidad global de ilicitud»²³⁵.

La aplicación de estas instituciones en el ámbito de los derechos fundamentales en absoluto ha resultado pacífica. No puede dejar de destacarse que se trata de figuras recogidas en el Título Preliminar del CC, el cual (pese a haber sido reconocida de forma prácticamente unánime su eficacia general respecto de la integridad del ordenamiento jurídico) no deja de tener exclusivamente carácter de ley ordinaria. Por ello, no parece del todo acertada la posibilidad de que por estas vías se puedan introducir límites a los derechos fundamentales, especialmente teniendo en cuenta que su regulación se encuentra reservada a la ley orgánica (art. 81.1 CE).

A lo anterior debe añadirse que, tal y como ha señalado la jurisprudencia constitucional, los límites de los derechos fundamentales deben interpretarse

²³² En el ámbito procesal, dicha figura fue reconocida en el art. 11.2 LOPJ, y en el art. 75.1 LPL/1990 (la figura no aparecía en la anterior LPL/1980). Actualmente, se encuentra recogida en el art. 75.1 LRJS.

²³³ SERRANO MORENO, José Luis: «La clasificación de los derechos constitucionales...» (Bibl. cit.). Esta figura no fue inicialmente reconocida por la jurisprudencia, que ya en su STS de 4 de diciembre de 1903 se apoyaba en el aforismo romano *qui iure suo ititur neminem laedit* (quien ejercita su derecho no daña a nadie). Esta concepción clásica se vincula con la expresión atribuida a Hegel, por la cual afirmaba que «yo no hago nada injusto cuando hago valer mi derecho», como indica GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: *La lengua...* (Bibl. cit.), p. 105. Con posterioridad, el TS fue revisando su propia doctrina y relativizando esa posición, sin desarrollar aún de forma técnica esta institución (SSTS de 29 de marzo de 1910 o de 5 de julio de 1922). No fue hasta la STS [Sala Primera] de 14 de febrero de 1944, de la cual fue ponente el Excmo. Sr. Castán Toboñas, en la que ya se enuncia de forma explícita la figura del abuso de derecho. Aun así, dicha institución no se positivizó hasta la reforma del CC operada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil. Véase MUÑOZ ARANGUREN, Arturo: *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*. Madrid: Marcial Pons. 2018.

²³⁴ MUÑOZ ARANGUREN, Arturo: *La litigación abusiva...* (Bibl. cit.).

²³⁵ SERRANO MORENO, José Luis: «La clasificación de los derechos constitucionales...» (Bibl. cit.), p. 287.

restrictivamente y, además, en el sentido más favorable a su eficacia y contenido esencial²³⁶. En consecuencia, la posible utilización de estas instituciones solo podrá tener lugar cuando su apreciación no arroje ninguna duda razonable²³⁷, y no en los supuestos en que pueda simplemente concurrir alguna sospecha. Así, es ya clásica la doctrina que recuerda que «la jurisdicción no puede declarar la existencia de fraude de ley sin un soporte fáctico que acredite la concurrencia de los requisitos que lo configuran y sin quedar precisada cuál es la norma cuyo cumplimiento se pretende eludir»²³⁸. En definitiva, es un lugar común que el fraude no se presume.

El abuso de derecho también debe apreciarse de forma muy restrictiva, en tanto que constituye una institución que otorga un considerable poder a los jueces y tribunales, que (con fundamento en los indeterminados conceptos sobre los que se construye, tales como el de interés antisocial) pueden limitar sin los controles y garantías necesarias el ejercicio de derechos de todo ámbito y muy especialmente los de carácter fundamental, conseguidos tras arduas e históricas conquistas²³⁹. Resulta significativo que en la CE solo se utilice el término abuso al aludir al riesgo de extralimitación en el empleo de sus facultades del Ejecutivo, precisamente al limitar derechos fundamentales (párrafo segundo del art. 55.2 CE), lo que ahonda en la función de tales derechos para servir como freno al poder estatal²⁴⁰. En consecuencia, que los jueces y tribunales puedan emplear esta figura como vía para limitar derechos fundamentales no deja de resultar altamente conflictivo, hasta el punto de haberse sostenido la inconveniencia de aplicar esta figura en el ámbito de los derechos fundamentales²⁴¹.

Expuesto lo anterior, las principales críticas que se han realizado en cuanto al ejercicio fraudulento de derechos fundamentales se vienen produciendo en torno a dos supuestos principales: la existencia de reclamaciones sin ningún fundamento legal, realizadas con el único propósito de obtener un blindaje frente a la empresa; y la selección del momento de interposición de dicha reclamación, al objeto de preconstituir una apariencia lesiva de derechos fundamentales.

²³⁶ STC 159/1986.

²³⁷ ROJO TORRECILLA, Eduardo: «Sobre la legalidad de la huelga profesional-política (“mixta”). A propósito de la sentencia del TSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2018 (caso huelga general 8.11.2017)». *Eduardo Rojo Torrecilla*. <https://cutt.ly/wyeg0aK>. Publicado el 10.05.2018. Recuperado el 17.05.2020.

²³⁸ STS de 15 de septiembre de 1986.

²³⁹ ROVIRA VIÑAS, Antonio: *El abuso de los derechos fundamentales*. Universidad Autónoma de Madrid. 1980.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ SERRANO MORENO, José Luis: «La clasificación de los derechos constitucionales...» (Bibl. cit.).

El primero de ellos hace referencia a las reclamaciones que resultan fraudulentas por injustificadas e improcedentes. Se considera, en definitiva, que no puede otorgarse protección constitucional a las reclamaciones formuladas por un trabajador cuando estas carezcan de todo sustento jurídico, pues se asume que eso podría obedecer simplemente al objetivo de activar la tutela de la garantía de indemnidad. Algunos autores han aludido a la elevada frecuencia con que supuestamente ocurre esta práctica, manifestando su clara preocupación por la posibilidad de que la garantía de indemnidad sea utilizada de forma abusiva²⁴². A la vista de los pronunciamientos judiciales, la presunta frecuencia simplemente no parece corresponderse con la realidad²⁴³.

En todo caso, debe hacerse referencia a la propia redacción del art. 24.1 CE, que vincula el derecho a la tutela judicial con el ejercicio de sus «derechos e intereses legítimos»²⁴⁴. Evidentemente, lo anterior no puede traducirse en la necesidad de que el trabajador tenga razón en su reclamación, lo que desvirtuaría el propio derecho de acceso a los tribunales al amparar solo el ejercicio de acciones que resulte finalmente exitoso. De hecho, para la propia jurisprudencia constitucional es cuestión resuelta que el derecho de accionar no puede quedar condicionado al buen resultado de la acción emprendida: por tratarse de un condicionamiento incompatible con el libre ejercicio de ese derecho²⁴⁵ y porque no se puede hacer depender la garantía de indemnidad del desenlace de la reclamación²⁴⁶ ni tampoco de su mantenimiento más allá de la ejecución de la represalia²⁴⁷. En suma, no debe olvidarse que con la garantía de indemnidad «se protege el derecho a reclamar y no el derecho que se reclama»²⁴⁸. Precisamente por este motivo, ya desde la STC 7/1993 se conecta la garantía de indemnidad no al resultado de la pretensión, sino al ejercicio «de unos derechos de los que

²⁴² IGARTUA MIRÓ, María Teresa: «Una nueva vuelta de tuerca en la doctrina sobre la garantía de indemnidad: de la represalia prohibida al perjuicio irrogado». *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 6, pp. 13-30. 2012.

²⁴³ Resulta significativo el tremendo eco que se le da a estas actuaciones fraudulentas –pese a los muy reducidos supuestos en los que se termina apreciando su existencia– y, en cambio, la escasa relevancia que se le otorga al hecho de que la adopción de represalias sea una práctica absolutamente extendida, habiéndose colocado prácticamente a la cabeza de los supuestos de declaración judicial de nulidad por vulneración de derechos fundamentales.

²⁴⁴ Además, debe recordarse que se ha realizado una interpretación muy amplia de tales intereses legítimos, siendo calificados como la «titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta» (STC 252/2000).

²⁴⁵ STC 32/1986.

²⁴⁶ STC 16/2006.

²⁴⁷ STC 120/2006.

²⁴⁸ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La prohibición de discriminar...» (Bibl. cit.), p. 1243.

se creía asistido»²⁴⁹. De este modo, no pueden prosperar las posturas que defienden que el planteamiento de una demanda que no sea estimada puede traducirse en la desaparición de la garantía de indemnidad²⁵⁰, ya que:

El trabajador no puede actuar con fundado temor a que su intento infructuoso de su reclamación pueda derivar en una medida de la empresa que, fundamentada en una transgresión de la buena fe contractual y en un abuso de confianza o no fundamentada expresamente, posibilite una respuesta represiva²⁵¹.

En conclusión, solo debería quedar excluido del ámbito de protección de la garantía de indemnidad el ejercicio notoriamente arbitrario e ilegítimo de los derechos, considerándose que:

No podrá entenderse bastante la existencia de procesos previos para vincularlos con un despido posterior, si aquellos se revelan como defensa de pretensiones absolutamente infundadas, absurdas, descabelladas, temerarias, abusivas o fraudulentas; de otra forma, el interesado, por el solo hecho de plantear una reclamación, adquiriría una protección privilegiada, injustificada e irrazonable²⁵².

Estos supuestos, en que la reclamación realizada es lo menos importante y se persigue exclusivamente la activación de un mecanismo de protección, se han considerado constitutivos de fraude de ley, por lo que no pueden resultar protegidos²⁵³. No obstante, debe insistirse en que requerirán cumplida prueba del mismo, que no cabrá presumir en ningún caso.

²⁴⁹ En esta misma dirección se orientan las normas europeas que abordan materias conectadas con derechos fundamentales. Es ilustrativo el caso de la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 1991 sobre la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo, en cuyas «Recomendaciones a los empresarios» (apartado quinto) se incluye un subapartado rubricado «Faltas contra la disciplina», en el cual se denuncia que deberán adoptarse consecuencias negativas contra trabajadores que hayan presentado denuncias que no hayan sido aceptadas –por ejemplo, por considerar que las pruebas no son concluyentes– o, incluso, cuando hayan sido aceptadas, sin que se incluya referencia al resultado de las mismas, que resultará irrelevante.

²⁵⁰ Algunos autores han sostenido el criterio por el cual se vincula la existencia de la protección al resultado del anterior procedimiento, como es el caso de VIDAL LÓPEZ, Pere: «No toda demanda judicial activa la “garantía de indemnidad”». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 919, 8. 2016. A tal efecto, se apoyan en la STS de 17 de septiembre de 2009, RCU 2751/2008. No obstante, lo cierto es que dicha resolución no se limita a tener en cuenta el resultado de las anteriores reclamaciones, sino que valora de forma íntegra lo ocurrido, y toma en cuenta la existencia de muy numerosas quejas previas que no sufrieron represalia alguna.

²⁵¹ TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco Javier: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.), p. 680. Por este mismo motivo, no puede considerarse que el sobreseimiento o archivo de las diligencias incoadas a raíz de la interposición de una denuncia por el trabajador deba hacerse equivaler necesariamente con una actuación sancionable, en tanto que solo implican que no se han apreciado pruebas suficientes que permitan incardinar los hechos descritos dentro del tipo sancionador, pero no necesariamente que tales hechos sean inciertos.

²⁵² VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La prohibición de discriminar...» (Bibl. cit.), p. 1246.

²⁵³ En algunos casos, estas actuaciones han sido incluso calificadas como constitutivas de transgresión de la buena fe contractual, en los supuestos en que se produzca un «evidente uso arbitrario, contumaz o temerario del trabajador al recurso a la vía judicial, [con la finalidad clara de] limitar al empresario en el

Hasta la fecha, la jurisprudencia constitucional no se ha pronunciado sobre esta cuestión. En cambio, sí que hay algunos pronunciamientos judiciales recaídos en el ámbito de los derechos fundamentales. Es el caso de la STS de 7 de diciembre de 1999, RC 1946/1999, que analizó un supuesto en que se calificaba a la actuación del demandante como abusiva y torticera, por lo que rechazó que existiese lesión del derecho, llegando incluso a imponer la sanción correspondiente al art. 97.3 de la ley adjetiva²⁵⁴.

El segundo supuesto al que anteriormente se ha hecho referencia atiende a los casos en que se imputa al trabajador haber articulado su reclamación en una fecha concreta, con el fin de preconstituir su protección²⁵⁵. No obstante, la apreciación de esta posibilidad también debe ser muy cuestionada, salvo cuando no concurra en absoluto un interés legítimo protegible. En primer lugar, esta posibilidad requerirá indefectiblemente de una prueba clara por parte de la empresa respecto de que el trabajador conocía que la empresa iba a actuar de esa manera. Pero, incluso cuando ello ocurra, no parece que pueda reprocharse a un trabajador la formulación de una reclamación procedente en un momento u otro, pues ello podrá ajustarse a muy diversos motivos (interés personal, dudas a la hora de hacer valer su derecho, retrasos en el asesoramiento, etc.). En estos supuestos, en consecuencia, no resulta procedente la consecuencia de la no activación de la garantía de indemnidad, quedando en todo caso en manos del empleador la carga de demostrar que su actuación iba a producirse igualmente, por lo que se encuentra desvinculada de la previa reclamación²⁵⁶.

uso de sus poderes», como señala TOROLLO GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.), p. 681, por lo que podrían amparar incluso el ejercicio de las potestades disciplinarias en su contra.

²⁵⁴ MORÁN ROA, SONIA: «La protección jurídica del trabajador reclamante...» (Bibl. cit.). En similar sentido se pronuncia, en este caso sí en cuanto a la garantía de indemnidad, la STSJ Cantabria 772/2011, de 10 octubre, rec. 643/2011.

²⁵⁵ En este sentido se ha pronunciado la STSJ Madrid 489/2015, de 17 de junio, rec. 696/2014, la STSJ Andalucía/Sevilla 3449/2016, de 15 de diciembre, rec. 74/2016, la STSJ Madrid 719/2017, de 27 de noviembre, rec. 346/2017, la STSJ Madrid 79/2018, de 29 de enero, rec. 1006/2017 o la STSJ Madrid 413/2018, de 9 de julio, rec. 80/2018.

²⁵⁶ Es significativa la STSJ Andalucía/Sevilla 3068/2019, de 5 de diciembre, rec. 3435/2018, que resuelve un supuesto como el abordado, si bien apuesta por hacerlo desde una posición objetiva, llegando a señalar que considera la actuación del trabajador «legítima, pero ineficaz». Probablemente, esta sea la solución más adecuada para este tipo de situaciones, debiendo sustraer el debate del ámbito de la reprochabilidad y centrarlo en el de la facticidad. Lo contrario podría implicar que la cuestión quedase sumergida en el aspecto de la voluntad del trabajador, liberando así del análisis la actuación empresarial, que no tiene por qué resultar precisamente inocente. Es el caso abordado por la STSJ Madrid 912/2017, de 23 de octubre, rec. 725/2017, en la que se declara la nulidad del despido tras realizar la siguiente valoración: «En este caso entiende este tribunal que ese abordaje se ha hecho de una manera incompleta, pues, si sospechoso puede parecer el indicado proceder de la trabajadora, más lo es que la empresa pusiera fin a sus servicios tras la presentación de demanda y a continuación con-

La jurisprudencia constitucional ha prestado atención a los supuestos en que la actuación empresarial era previamente conocida –o podía resultar previsible– por el trabajador, concluyendo que ello no libera a la empresa de la obligación de acreditar que su actuación se encontraba plenamente justificada y libre de todo propósito represivo²⁵⁷. En sentido contrario se ha pronunciado posteriormente la STS 892/2016, de 26 de octubre, RCU 2913/2014, dictada en Sala General, precisamente revisando su doctrina previa²⁵⁸, e incluso imputando al reclamante la intención de preconstituir la acción de nulidad. Esta resolución, no obstante, se construye sobre los concretos hechos probados de la sentencia (que incluyen relevantes matices respecto de los relativos a la doctrina precedente), además de que fue objeto de un contundente voto particular que criticaba la elusión de los criterios precedentes, así como la obligación empresarial de acreditar la justificación de su actuación²⁵⁹.

Como conclusión, las referidas denuncias de utilización abusiva de la garantía de indemnidad deben ser muy matizadas, por distintos motivos.

tratase a otra persona para cubrir el puesto de trabajo que aquélla había dejado. Nada se justifica sobre este relevante hecho ni por la empresa, ni por la sentencia de instancia ni por el escrito de impugnación de recurso». En esta línea abunda la STSJ Canarias/Las Palmas 111/2016, de 15 de febrero, rec. 1207/2015, al señalar que «es perfectamente compatible la subjetiva ideación de preconstituir el indicio (ante la hipotética –por desconocida– no renovación contractual) con la existencia de una posterior reacción de naturaleza represaliante (decidiendo entonces –tras conocer la reclamación de la trabajadora– no volver a contratar)».

²⁵⁷ Es el caso de la STC 144/2005 y de la STC 87/2004. Este pronunciamiento es especialmente significativo. Hace referencia a la existencia de unas bases reguladoras de una bolsa de trabajo (pactadas incluso con la representación de los trabajadores) que implican la preterición de los trabajadores que formulen determinadas reclamaciones contra la empresa. Dichas bases eran de público conocimiento antes de la interposición de la demanda (e, incluso, antes de la contratación de algunos de los trabajadores de la empresa), lo que no excluye que la interposición de la demanda acarree consecuencias perjudiciales y, por tanto, deba apreciarse la vulneración de la garantía de indemnidad.

²⁵⁸ Este pronunciamiento matiza la doctrina contenida, entre otras, en la STS de 6 de marzo de 2013, RCU 616/2012, a la vista de circunstancias concurrentes. Al respecto, es muy interesante el comentario que se realiza en ROJO TORRECILLA, Eduardo: «Sobre cesión ilegal de mano de obra, por una parte, y (no) vulneración de la garantía de indemnidad, por otra. Notas a una polémica sentencia del TS de 26 de octubre de 2016 (con voto particular parcialmente discrepante de cuatro magistrados)». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/11/sobre-cesion-ilegal-de-mano-de-obra-por.html>. Publicado el 25.11.2016. Recuperado el 30.05.2020.

²⁵⁹ La cuestión en la actualidad queda lejos de estar clara, ya que en 2020 se han dictado distintas STS que han sostenido posturas que podrían resultar incluso contradictorias. Así, de un lado, algunas sentencias han seguido la línea instaurada por la STS 892/2016, de 26 de octubre, RCU 2913/2014, llegando a declarar que la extinción en la fecha prevista resulta suficiente para contrarrestar los indicios aportados (es el caso de la STS 196/2020, de 3 de marzo, RCU 61/2018, la STS 356/2020, de 19 de mayo, RCU 4496/2017, la STS 540/2020, de 29 de junio, RCU 2778/2017, y la STS 674/2020, de 16 de julio, RCU 1921/2018); de otro lado, la STS 514/2020, de 24 de junio, RCU 3471/2017, se pronuncia en sentido contrario, regresando a la doctrina original (sostenida por la STS de 6 de marzo de 2013, RCU 616/2012) y, a nuestro juicio, más acorde con la ya clásica jurisprudencia constitucional que considera que el mero vencimiento del contrato no excluye necesariamente la existencia de una vulneración de derechos fundamentales.

En primer lugar, la atención que se ha prestado y las críticas que se han dirigido a esta posibilidad parecen excesivas y ciertamente desproporcionadas en relación con su escasa presencia, apenas testimonial, en sede judicial. Sin duda, esto no es sino una muestra más del relevante potencial de la garantía de indemnidad en cuanto a la defensa de los derechos de los trabajadores y de las lógicas resistencias que surgen ante un mecanismo de tal envergadura, que además se encuentra en constante expansión.

En segundo lugar, se ha criticado arduamente la protección que consiguen estos trabajadores que ejercitan de manera «fraudulenta» sus derechos. Sin embargo, no puede perderse de vista que dicha protección no es tal, ya que solo tendrá lugar en los casos en que el empleador no acredite la licitud de su actuación. De este modo, al empresario le bastará con demostrar que existe una causa real que justifique la decisión adoptada.

Por último, no hay que desatender la consecuencia que debe anudarse a la interposición de reclamaciones manifiestamente temerarias o improcedentes. Dicha consecuencia podrá consistir no solamente en la no activación de la garantía de indemnidad, sino incluso (en atención a los términos de la reclamación formulada) en una sanción: por ejemplo, en el caso de verse injurias en la reclamación o de ejercitarse acciones penales manifiestamente infundadas. En todo caso, no puede olvidarse que tales resultados deberán someterse al juicio de proporcionalidad, al objeto de evitar la imposición de consecuencias que produzcan un efecto de desaliento en el trabajador que se decida a reclamar.

En conclusión, puede deducirse que estas posibilidades deberán ser interpretadas en términos absolutamente restrictivos, a fin de evitar limitaciones indeseables en el ámbito de los derechos fundamentales. Esto, sumado al escaso número de supuestos en que realmente se ha llegado a apreciar dicha posibilidad, hace dudar de la magnitud real de la cuestión, que parece ser muy inferior a la atención que viene recibiendo.

Muy probablemente, el problema real que subyace en tales críticas radica en que siguen existiendo muchas actuaciones empresariales sin causa ni justificación. En concreto, y en el ámbito del despido, debe destacarse que el art. 4 del Convenio 158 de la OIT impone la causalidad de la extinción del contrato, estableciendo que:

No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

Sin embargo, en los últimos años se ha tendido hacia la práctica descausalización del despido (y, por extensión, del resto de actuaciones empresaria-

les); esto es, hacia el «despido libre» (que no gratuito²⁶⁰). En esta situación, es cierto que la activación de la garantía de indemnidad puede suponer un claro obstáculo para los empresarios que decidan terminar con una relación laboral, sin que exista causa real justificada para ello. No obstante, en términos prácticos, ello se traduce en algo tan sencillo como la necesidad de demostrar que sus actuaciones se encuentran justificadas al fundamentarse en motivos sólidos y reales. Por lo demás, pueden seguir ejerciendo con normalidad sus facultades directivas y organizativas²⁶¹.

2. ELEMENTO OBJETIVO DESENCADENADO: LA REACCIÓN ADVERSA O REPRESALIA

En este capítulo se analiza el segundo elemento fundamental del mecanismo de la garantía de indemnidad: el perjuicio sufrido por el trabajador como consecuencia de su reclamación.

Con el propósito de obtener el resultado más tuitivo posible para el derecho fundamental, la jurisprudencia constitucional ha adoptado un criterio marcadamente amplio a la hora de determinar qué actuaciones pueden constituir una represalia y, por tanto, deben prohibirse. En consecuencia, puede apreciarse que resultan prohibidas acciones de muy diversa tipología, con independencia de la forma que adopten, e incluso sin que se precise de elemento intencional alguno por parte de la empresa.

2.1 Concepto amplio de represalia

El propio concepto de indemnidad expresa que el trabajador que ejercita su derecho no puede resultar perjudicado por ello. Esa indemnidad debe ser interpretada en un sentido expansivo, de manera que se extienda a todas las

²⁶⁰ Esto no debe entenderse en el sentido de que la cuantía de la indemnización por despido carezca de relevancia. Muy al contrario, esta cuestión ocupa un papel muy destacado en la agenda política de las principales asociaciones patronales, que plantean de forma reiterada la necesidad de reducir el coste de tales indemnizaciones con fundamento en los supuestos beneficios que ello acarrearía: disminución de retenciones a la hora de contratar –y, por ende, generación de más empleo–, posibilidad de dedicar esas cuantías a políticas de innovación o mejora de la competitividad. En este sentido, véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos Jesús, y MARTÍNEZ LUCIO, Miguel: «El discurso del despido libre en España: una reflexión sobre el papel de los mitos y los prejuicios en las políticas de empleo españolas». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, núm. 1, pp. 191-219. 2014. Véase también MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Actualidades y críticas del convenio 158 OIT...» (Bibl. cit.).

²⁶¹ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: «La garantía de indemnidad del trabajador...» (Bibl. cit.).

situaciones perjudiciales que pueda sufrir un trabajador, ya que los derechos fundamentales deben constituir «un límite infranqueable»²⁶², impermeable a toda actuación empresarial lesiva de derechos del trabajador y que sea adoptada como reacción a dicho ejercicio de derechos. En este sentido, García Murcia afirma que:

El hacer valer las propias posiciones, en la sede o lugar que corresponda, incluida la sede judicial, no merece reproche alguno en el seno del correspondiente contrato, ni como sanción, ni como perjuicio, ni como postergación, ni siquiera como desprecio o desconsideración²⁶³.

Las actuaciones que refiere el autor como posibles –si bien no deseadas ni lícitas– consecuencias de la actuación del trabajador han recibido la denominación genérica de represalia. La represalia constituye el último de los elementos fundamentales de la propia dinámica de la garantía de indemnidad y consiste en la actuación reactiva llevada a cabo por el empleador tras el ejercicio legítimo del derecho por parte del trabajador.

No obstante, este término no parece ser el más preciso ni adecuado. La primera acepción de represalia que fija el Diccionario de la Real Academia Española es la «respuesta de castigo o venganza por alguna agresión u ofensa». Puede apreciarse que el término así definido alude a la existencia de un ánimo o motivación de revancha, de escarmiento. No obstante, esto no resulta del todo exacto cuando se emplea como concepto jurídico, dado que la jurisprudencia constitucional ha dejado claro que la garantía de indemnidad no protege exclusivamente frente a actuaciones con un elemento volitivo. Al contrario, la intencionalidad lesiva no es requisito indispensable para la activación de la protección constitucional, pues esta existe igualmente en los supuestos en que aquella no concurre²⁶⁴. Basta sencillamente con que la consecuencia per-

²⁶² NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «El binomio “acción-reacción”...» (Bibl. cit.), p. 949.

²⁶³ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.) prólogo, p. 10.

²⁶⁴ Hasta tal punto llega la necesidad de descargar el concepto de la carga volitiva que se ha llegado a proponer la sustitución del término «represalia» por el de «perjuicio irrogado» en IGARTUA MIRÓ, María Teresa: «Una nueva vuelta de tuerca...» (Bibl. cit.), que ha comenzado a ser empleado por algunos pronunciamientos judiciales (es el caso de la STSJ Galicia 4964/2015, de 18 de septiembre, rec. 2297/2015). Pese a lo acertado de la propuesta, apostamos por un tercer concepto, el de «reacción adversa», que consideramos mucho más preciso, en tanto que incluye los dos elementos clave: el elemento reactivo a la reclamación y el elemento perjudicial contra el accionante. En el presente trabajo, no obstante, optamos por continuar empleando de forma generalizada el vocablo «represalia», dado que es el término más frecuentemente referido por la jurisprudencia constitucional (con la excepción de la STC 62/2010) y por la doctrina científica. Nuestro objetivo es evitar equívocos y no dar a entender que se analizan dos figuras distintas; por tanto, esta opción obedece un fin meramente práctico y en ningún caso debe deducirse nuestro respaldo ideológico a ella.

Por otra parte, también se ha sugerido el término «retorsión» (en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «Las nuevas dimensiones de la denominada garantía de indem-

judicial se haya producido a raíz del ejercicio del derecho fundamental. Es decir, el elemento determinante no será el ánimo de causar un daño al trabajador, sino la concurrencia de un nexo causal²⁶⁵ entre el ejercicio del derecho y la consecuencia lesiva²⁶⁶.

Por este motivo, resulta necesario repensar la consecuencia perjudicial como elemento de la garantía de indemnidad, de forma que no quede vinculada a la existencia de un elemento intencional. Una represalia concebida en estos términos podría definirse como cualquier actuación que impida, obstaculice, desincentive o desaliente el ejercicio del derecho fundamental, y que se produzca a resultas de su ejercicio. De hecho, uno de los requisitos fundamentales es que su aparición sea posterior a la actuación del trabajador, pues en caso de preexistir a la reclamación quedaría demostrado que se debe a causas ajenas a esta, con lo cual la protección constitucional no se activaría²⁶⁷.

Otro requisito que debe cumplir la actuación del empleador para poder ser considerada como represalia en el sentido al que estamos apuntando es que sea muy concreta y determinada. Para que se aprecie una lesión del derecho fundamental, no basta con que el empresario haga una recomendación, sugerencia o petición de que se abandone la previa reclamación²⁶⁸ –salvo que esta vaya acompañada de advertencias de otras actuaciones más concretas, en cuyo caso sí podría considerarse afectada la garantía de indemnidad²⁶⁹. A este res-

nidad». *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 20. 2004, p. 5). Sin embargo, este vocablo no nos parece en absoluto apropiado. El Diccionario de la Real Academia Española define «retorsión» como «acción de devolver o inferir a alguien el mismo daño o agravio que de él se ha recibido», y no parece que solo desde el punto de vista subjetivo del empleador puede ponerse al mismo nivel el ejercicio del derecho por parte del trabajador con el perjuicio causado por la actuación patronal inconstitucional.

²⁶⁵ STC 6/2011.

²⁶⁶ Dedicamos el Capítulo V de la presente obra al análisis del nexo causal.

²⁶⁷ ATC 350/2004.

²⁶⁸ Como resuelve la STS de 18 de septiembre de 2001, RC 193/2001. Esta sentencia aborda el supuesto de un sindicato que «insta» a una de sus federaciones a «abstenerse de iniciativa judicial alguna» contra un acuerdo adoptado. La sentencia señala que: «según el diccionario académico, “instar” no equivale a prohibir sino a “insistir con ahínco” en una “súplica o petición”. Es cierto, en cambio, que el acto de instar o pedir de forma enfática e insistente no acudir a los tribunales puede equivaler en determinadas circunstancias a requerimiento a desistir del ejercicio de una acción, arreglando una discrepancia mediante conversaciones o negociaciones internas. Pero ello no significa necesariamente procurarse ilícitamente un cerco de inmunidad, sino que puede responder también a la creencia, no enteramente desprovista de fundamento, de que en bastantes controversias resulta preferible la solución extrajudicial negociada o conciliada a la solución judicial. En cualquier caso, el acto de “instar” o requerir a la otra parte de una relación de conflicto a que no ejercite acciones jurisdiccionales sólo constituye una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva cuando va acompañado de amenaza de represalias; sólo entonces queda afectada la llamada “garantía de indemnidad”».

²⁶⁹ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías: «La garantía de indemnidad y sus perfiles». *Revista General de Derecho Del Trabajo y de La Seguridad Social*, 11. 2006.

pecto, Casas Baamonde²⁷⁰ e Igartua Miró²⁷¹ consideran que no basta con la existencia de meras amenazas, actuaciones coactivas o disuasorias; los avisos deben referirse a un futuro perjuicio concreto, real, actual. Este apunte, no obstante, debe ser matizado. Si bien es verdad que la mera sugerencia o indicación al objeto de evitar la judicialización de un conflicto no debe ser considerada lesiva de un derecho fundamental²⁷², también es cierto que muchas otras actuaciones pueden ir más allá; y, al ubicarse estas en un ámbito de relaciones estructuradas en torno al principio de dependencia, conviene ser muy escrupuloso para determinar cuáles de ellas pueden desincentivar el ejercicio de derechos fundamentales, y por tanto no son tolerables. En este sentido se pronunció el TJUE, dejando claro que debe protegerse cualquier medida –no solo el despido– que pueda «disuadir eficazmente a un trabajador de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional»²⁷³. Claramente, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, por lo que corresponderá al órgano judicial analizar caso por caso. Precisamente por eso parece poco prudente excluir de forma categórica cualquier manifestación empresarial que no se traduzca en un perjuicio objetivo, ya que resulta claro que también de esa forma puede el empleador disuadir en determinados supuestos a sus trabajadores.

Cuando se trata de esbozar un panorama de los perjuicios que puede sufrir el trabajador, lo primero en lo que se tiende a pensar son las distintas manifestaciones de la potestad correctiva del empleador, ya sea a través de la imposición de sanciones o a través del despido disciplinario. No obstante, la amplitud de las facultades empresariales que pueden desplegarse (en particular en aquellas relaciones laborales más prolongadas) permite que el empleador que decide represaliar a uno de sus trabajadores no se tenga que ver limitado a la posibilidad de despedirle. Por ello, aunque las medidas disciplinarias sean una vía importante por la que se puede producir el perjuicio, no puede olvidarse la otra gran potestad del empleador que, sin duda, puede suponer riesgos iguales o incluso mayores: nos referimos a su potestad organizativa²⁷⁴.

²⁷⁰ CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad (El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional)». En: María Emilia Casas Baamonde, Jesús Cruz Villalón y Federico Durán López (coords.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, pp. 695-744. 2006.

²⁷¹ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.).

²⁷² STS de 18 de septiembre de 2001, RC 193/2001.

²⁷³ STJCE de 22 de septiembre de 1998, asunto C-185/97, caso Coote.

²⁷⁴ Lógicamente, todo esto no significa que pueda descartarse que la represalia pueda producirse a través de actuaciones sin fundamento legal, como pueden ser las amenazas o las lesiones. En este supuesto, la protección le corresponderá a la jurisdicción penal, sin perjuicio de la posibilidad de exigir también el derecho a una indemnización por lesión de la garantía de indemnidad.

Antes incluso de recurrir a medidas disciplinarias, el empresario puede hacer uso de sus poderes organizativos para llevar a cabo otras numerosas actuaciones que terminen perjudicando al trabajador y, en definitiva, desincentivando el ejercicio de sus derechos fundamentales. A este respecto, la cantidad de opciones es tan amplia como la propia imaginación humana²⁷⁵, además de que no debe subestimarse la posibilidad de que las medidas adoptadas se lleven a cabo a través de actuaciones que, consideradas aisladamente, puedan parecer inocuas, pero analizadas de forma global pueden mostrar un panorama represivo íntegro²⁷⁶.

En los primeros pronunciamientos en que analizaba la garantía de indemnidad, la jurisprudencia constitucional hizo referencia a actuaciones empresariales que consistían en la extinción del contrato de trabajo. En la primera sentencia que explicitaba la garantía de indemnidad se partía precisamente de un despido, sustentándose para ello en el Convenio núm. 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982, relativo a la terminación de la relación de trabajo. Sin embargo, su fundamentación jurídica ya apuntaba a que la protección de la garantía de indemnidad debía ir más allá y hacerse extensiva «a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial»²⁷⁷.

De este modo, ya se advertía que esta institución no podía quedar limitada a los supuestos de extinción contractual, pues ello conllevaría la desprotección del trabajador, que podría verse presionado por su empresario de muchas y diferentes maneras, fueran directas o indirectas²⁷⁸, y que no tenían por qué consistir en la terminación de la relación laboral.

Progresivamente, el TC ha tenido la oportunidad de ir abordando muchos otros supuestos, dejando claro en todo momento que su vocación es claramente expansiva y que considera esta lectura de la garantía de indemnidad la única posible, si lo que se pretende es evitar que se generen espacios de impunidad que puedan facilitar la adopción de medidas perjudiciales frente al trabajador.

²⁷⁵ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: «La repercusión de la garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

²⁷⁶ Naturalmente, este uso de la potestad organizativa por parte del empleador constituye un ejercicio desviado de su finalidad pues, como se ha señalado, «no es que el empresario defienda legítimamente sus intereses; es que emplea de modo espurio su poder, su posición dominante en el contrato de trabajo»: GARCÍA NINET, José Ignacio; BARBANCHO TOVILLAS, Fernando, y BARCELÓ FERNÁNDEZ, Jesús: «Por causa del ejercicio del derecho fundamental...» (Bibl. cit.), p. 14.

²⁷⁷ STC 14/1993.

²⁷⁸ Un supuesto de interés es el analizado por la SJS31 de Barcelona 193/2019, de 11 de junio, Autos 662/2017, relativa a los conocidos como «riders». Tras remitir estos una carta en la que reclamaban unas determinadas mejoras laborales e iniciar numerosas acciones de protesta, la empresa realizó un «rediseño» de su organización que implicaba que, si no aceptaban unas condiciones unilateralmente impuestas, serían despedidos. La sentencia considera que dicha reorganización se produjo como consecuencia de sus reivindicaciones laborales, declarando la nulidad del despido.

En consecuencia, la jurisprudencia producida hasta el momento abarca una gama de supuestos muy variados, tales como traslados o sanciones²⁷⁹, modificaciones de condiciones laborales²⁸⁰, decisiones de no renovar un contrato²⁸¹ o de no prorrogar una comisión de servicios²⁸² cuando lo habitual era realizar esas renovaciones y prórrogas.

Pero, además, esta interpretación expansiva implica que la protección debe extenderse también a aquellos supuestos que la propia legislación no conciba *a priori* como perjudiciales para el trabajador. Merece en este sentido una especial referencia el *ius variandi* del empleador (art. 39 ET), a través del cual se pueden adoptar medidas claramente perjudiciales bajo una apariencia de absoluta inocuidad. Medidas de este tipo se suelen realizar de manera unilateral por el empleador, sin recurrir a ningún tipo de formalidad (al no implicar una modificación sustancial de condiciones laborales) y adoptándose con vocación de permanentes. Además, se tiende a considerar que constituyen una manifestación inocua, lícita y legal del ejercicio de funciones directivas del empresario, por lo que se pueden aplicar sin necesidad de justificación o motivación, encontrando su único límite en el respeto a la dignidad del trabajador²⁸³.

Por su apariencia de regularidad, por tanto, el *ius variandi*, puede ser una herramienta especialmente poderosa en manos del empleador cuando se dispone a adoptar medidas empresariales perjudiciales. De hecho, resulta frecuente que el empresario opte por este tipo de actuaciones, enmascarando así su auténtico propósito lesivo²⁸⁴. Una represalia de este tipo fue analizada por la STC 188/2004. La empresa alegaba la existencia de movilidad funcional para encubrir la asignación de puestos de trabajo carentes de contenido, con lo que se lesionaban numerosos derechos laborales regulados en el art. 4.2 ET, tales como el derecho laboral a la ocupación efectiva, a la promoción profesional y el respeto a su dignidad²⁸⁵.

²⁷⁹ STC 5/2003.

²⁸⁰ STC 128/2002.

²⁸¹ STC 144/2005, comentada en BALLESTER PASTOR, María Amparo: «El derecho del trabajador a la tutela judicial efectiva...» (Bibl. cit.).

²⁸² STC 336/2005.

²⁸³ MIÑARRO YANINI, Margarita: «La degradación profesional en represalia por el ejercicio de funciones sindicales. En torno a la STC 188/2004, de 2 de noviembre». *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 174, pp. 53-61. 2005.

²⁸⁴ MONEREO ATIENZA, Cristina: «Falta de renovación de falso contrato arrendaticio y garantía de indemnidad. Comentario a la STC 16/2006, de 19 enero (RTC 2006, 16)». *Aranzadi Social*, 5, pp. 891-904. 2006.

²⁸⁵ MIÑARRO YANINI, Margarita: «La degradación profesional en represalia...» (Bibl. cit.).

A través del *ius variandi* pueden acometerse también otros tipos de represalias que, sin tener ningún fundamento legal, pueden ser profundamente perjudiciales para el trabajador: tales como el aislamiento²⁸⁶, la desacreditación profesional, la difamación²⁸⁷ e incluso el vaciamiento de funciones, amparado en la supuesta buena fe del empleador, que postula que la medida se ha llevado a cabo para descargar de trabajo al reclamante²⁸⁸. O, incluso, en el mero retraso a la hora de reconocer derechos indiscutidos²⁸⁹.

Un apartado importante dentro de esta categoría son las medidas adoptadas por el empleador cuyo objeto es reducir las retribuciones del trabajador reclamante, pero que son articuladas a través de mecanismos supuestamente inocentes. Es el caso, por ejemplo, de la decisión de dejar de abonar al trabajador una gratificación económica vinculada a resultados, cuando la no superación de la puntuación exigida se produce en un supuesto en que el sistema de valoración es poco claro, presenta evidentes notas de discrecionalidad y no se aplica por igual a todos los trabajadores²⁹⁰. La misma lesión del derecho fundamental se aprecia también en el supuesto de un trabajador que percibe de su empresa una cantidad fija mensual que, pese a vincularse nominalmente a determinados resultados (complementos por objetivos, etc.), en la práctica se encuentra absolutamente descausalizada. Así, la decisión empresarial consistente en cambiar la naturaleza de la retribución y comenzar a exigir determinados resultados para abonarla también puede ser considerada lesiva de derechos fundamentales cuando es adoptada a raíz del ejercicio del derecho fundamental²⁹¹. Una valoración idéntica se otorga en el supuesto de un trabajador que percibe una parte de sus retribuciones bajo un concepto extrasalarial (pese a no estar vinculada realmente a ningún gasto) y esta resulta suprimida de forma unilateral por la empresa a raíz de la reclamación del trabajador. Lo mismo ocurre cuando la empresa incrementa de forma generalizada las retribuciones

²⁸⁶ A cuyo efecto no hay que descartar actuaciones tales como la exclusión de un grupo de WhatsApp o la no invitación a las cenas o comidas organizadas por la empresa para entregar una gratificación (STSJ Asturias 2623/2019, de 17 de diciembre, rec. 2102/2019).

²⁸⁷ BALDUZZI, María Matilde: «Procesos y prácticas de estigmatización...» (Bibl. cit.).

²⁸⁸ MIÑARRO YANINI, Margarita: «La degradación profesional en represalia...» (Bibl. cit.).

²⁸⁹ Un supuesto especialmente llamativo es el abordado por la STSJ Galicia de 11 de noviembre de 2019, rec. 4352/2019, en el que se calificada como lesiva de la garantía de indemnidad la actuación consistente en demorar de manera injustificada la respuesta a una solicitud de una medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Aunque compartimos la resolución, discrepamos en el derecho afectado, ya que entendemos que debería haberse amparado al trabajador con fundamento en el art. 14 CE.

²⁹⁰ GIL PLANA, Juan: «Un supuesto de indemnidad: retribución por objetivos como instrumento de represalia». *Aranzadi Social*, 3, pp. 3171-3175. 2001.

²⁹¹ STSJ Andalucía/Granada 1493/2019, de 6 de junio, rec. 2664/2018.

de toda la plantilla, con la exclusiva excepción del trabajador que reclamó frente a la empresa²⁹².

Otro tipo de actuación que también encuentra acomodo dentro del concepto de represalia prohibida es la supresión por parte del empleador de una mejora voluntaria. Este es un buen ejemplo de cómo la protección se extiende a cualquier perjuicio sufrido por el trabajador, por mucho que pueda tener un origen discrecional o no causal, ya que «ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional contraria a los derechos fundamentales del trabajador»²⁹³.

Esta postura, sin embargo, choca con otra decisión adoptada por la anterior STC 54/1995. En esta sentencia se hace referencia a un supuesto en que una empresa contrató a varios trabajadores de otra, sin que existiera obligación legal de subrogación. Excluyó, sin embargo, a aquellos que habían reclamado judicialmente. Estos entendían que sí tenían un derecho subjetivo, pero obtuvieron una sentencia desestimatoria. En este caso, el TC negó la existencia de una vulneración de la garantía de indemnidad. La STC concluye que aquella sentencia previa legitima la decisión empresarial y establece que la subrogación del resto de trabajadores constituye un acto graciable de la nueva empresa, incardinable dentro de su autonomía privada²⁹⁴. Surgen importantes dudas acerca de si en la actualidad el TC llegaría a la misma conclusión o, al menos, si la fundamentaría de la misma manera (esto es, con exclusivo sustento en la autonomía privada de la nueva empresa).

La reflexión acerca de la existencia de lesión del derecho fundamental no se agota en el análisis de los tipos de medidas que puedan adoptarse. Hay otro aspecto que debe ser tenido en cuenta y es el supuesto en que la ejecución de la represalia, de la naturaleza que sea, se vea frustrada por causas ajenas a la voluntad empresarial. Puede pensarse, por ejemplo, en la imposición –con propósito lesivo– de un horario determinado a un trabajador reclamante durante un determinado período temporal, pero que finalmente no se materializa porque el trabajador inicia una baja médica, por un motivo distinto, que abarca dicho período. El supuesto del empleador que trata de llevar a cabo una represalia pero no consigue que surta efectos, sin duda, merecerá

²⁹² STSJ Cataluña 7344/2007, de 25 octubre, rec. 4755/2007.

²⁹³ STC 120/2006.

²⁹⁴ PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, Fernando: «Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (garantía de indemnidad) y a la igualdad». *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 81, pp. 109-111. 1997.

un reproche constitucional, justificado en la necesidad de desincentivar ese tipo de actuaciones ²⁹⁵.

Por otra parte, debe matizarse que la garantía de indemnidad no puede amparar la continuidad de situaciones jurídicas irregulares, por mucho que estas puedan incluso beneficiar al reclamante ²⁹⁶. Este caso fue resuelto por la STC 298/2005, que aborda el supuesto de unas trabajadoras que venían desempeñando unas tareas que no les correspondían. Tras interponer una demanda, se les reconoció judicialmente el derecho a percibir las retribuciones complementarias correspondientes a dicho trabajo. A continuación, la administración empleadora les comunicó la adscripción a las funciones que realmente les correspondían, decisión contra la que accionaron considerando que se trataba de una represalia. La citada STC declara que no existió tal represalia ilícita, en tanto que:

La decisión administrativa de no prolongar el desempeño por las demandantes de amparo de unas funciones que en resolución judicial firme se habían declarado impropias de su nivel profesional y, consecuentemente, asignarles unos cometidos adecuados a su titulación, no hace sino poner fin a una situación que había sido declarada judicialmente como irregular, de suerte que no puede constituir indicio de discriminación o represalia, sino que, antes al contrario, se revela como un acuerdo encaminado al cumplimiento de la legalidad ordenadora de la función pública y que por ello es plenamente razonable y ajena a toda lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y es que la garantía de indemnidad, como manifestación o vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, no comprende ni cobija el mantenimiento de una situación jurídica irregular.

En el mismo sentido se ha pronunciado también la STC 3/2006.

Por último, y si bien afecta al ámbito de la protección de los denunciantes de irregularidades, resulta interesante traer a colación la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. El art. 19 de la Directiva establece un amplio listado de represalias, «incluidas las amenazas de represalias y las tentativas de represalias», que deben encontrarse prohibidas. Entre las represalias reflejadas, además de las ya descritas, figuran otras tales como denegación de formación, evaluación o referencias negativas, daños –incluidos a su reputación–, anulación de una licencia o permiso, referencias médicas o psiquiátricas, etc. Dicho listado es

²⁹⁵ Esta situación se hallaría en una posición análoga a la figura penal de la tentativa acabada (art. 62 CP), que ha merecido un claro reproche jurídico, por lo que no apreciamos motivo alguno para excluir su protección en el ámbito de la tutela de derechos fundamentales.

²⁹⁶ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «El binomio “acción-reacción”...» (Bibl. cit.).

perfectamente aplicable al presente supuesto en los términos en que lo venimos analizando, habida cuenta de la protección integral, efectiva y expansiva que debe otorgarse al derecho fundamental.

2.2 Actuaciones anteriores a la relación laboral

Con carácter general, las represalias –de todo tipo– se adoptarán frente al trabajador durante la vigencia de la relación laboral. No obstante, nada impide que puedan producirse actuaciones lesivas de la garantía de indemnidad con carácter previo o posterior a dicha vinculación. Surge, por tanto, la cuestión acerca del tratamiento que deberían recibir.

En un primer momento, el TC descartó que pudiesen resultar protegidas las actuaciones empresariales que tuviesen lugar con carácter previo al establecimiento de la relación laboral. Así se declaró en la STC 54/1995, que partía de un supuesto ciertamente particular²⁹⁷. Un grupo de trabajadores trabajaba para una primera empresa que parecía encontrarse en una situación de relevante crisis, sin pagar las retribuciones a sus trabajadores ni proporcionarles trabajo efectivo. Finalmente, sus instalaciones fueron adquiridas (por adjudicación en subasta pública) por otra empresa diferente. Esta segunda empresa alcanzó un acuerdo con el comité de empresa de la entidad anterior, por el que se comprometía a incorporar a su plantilla a un grupo de los trabajadores de esta (entre los que se encontraban los actores), ya que se proponía reanudar la misma actividad de la primera empresa. Dicho acuerdo excluía expresamente la existencia de sucesión de empresas entre ambas mercantiles, así como toda obligación de subrogar a sus trabajadores por parte de la nueva empresa.

En ejecución de lo pactado, se incorporaron los trabajadores de la primera empresa, salvo cinco, que reclamaron judicialmente y denunciaron la existencia de una sucesión de empresas. Esta reclamación fue rechazada, si bien se les reconoció el derecho a ser incorporados a la nueva empresa, en virtud del pacto ya aludido. Contra estas sentencias, los trabajadores formularon sendos recursos. Posteriormente, tres de esos cinco trabajadores suscribieron un acuerdo con la nueva empresa, por el que los actores reconocían la inexistencia de subrogación, así como la validez del acuerdo alcanzado entre la empresa y el comité; y la empresa, por su parte, se comprometía a contratarlos. Sin em-

²⁹⁷ Al respecto, véase PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, Fernando: «Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad. Comentario a la STC 54/1995, de 24 de febrero». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XIII*, pp. 130 y siguientes. Madrid: Civitas. 1995.

bargo, los dos trabajadores restantes mantuvieron su recurso, que fue finalmente desestimado.

A continuación, estos trabajadores formularon una nueva demanda, reclamando su derecho a ser incorporados a la nueva empresa en los términos del acuerdo alcanzado entre la empresa y el comité. Dicha petición fue denegada, por entenderse que los trabajadores rechazaron su incorporación y prefirieron acudir a la vía judicial, considerando así que el ejercicio de su autonomía de voluntad era lo que había generado la diferencia de trato.

Tras recurrir en amparo, la STC 54/1995 apreció que la relación laboral había quedado válidamente extinguida y, al no poder apreciarse la existencia de ninguna obligación subrogatoria, resolvió que:

No es posible imputar la vulneración del derecho fundamental por represalia a la negativa del empresario a integrar en su plantilla al trabajador, pues mal puede ser represaliado un trabajador cuya relación laboral con la actual empresa no se ha constituido aún.

De forma llamativa, el TC añade que la sentencia previa (que rechaza la existencia de obligación subrogatoria) legitima la decisión empresarial y convierte la incorporación a la plantilla de los trabajadores de la anterior en un acto graciable de la nueva empresa, enmarcado en el ámbito de la autonomía privada. Esto, según el citado pronunciamiento, excluiría la existencia de una vulneración de la garantía de indemnidad.

Sin duda alguna, esta conclusión resulta bastante discutible a la vista de la doctrina actual, pues: «en sentencias posteriores se ha insistido en la necesidad, aún más fuerte si cabe, de tutelar los derechos fundamentales cuando nos hallamos ante actuaciones discrecionales del empresario»²⁹⁸. Y, en efecto, la postura del TC acerca de la existencia de represalia y la vulneración de la garantía de indemnidad en relaciones laborales no vigentes ha sido revisada en la posterior STC 87/2004. Este pronunciamiento analiza el supuesto de una trabajadora que había permanecido contratada para la administración mediante la suscripción de distintos contratos. Tras comunicársele la extinción de uno de estos contratos, la actora formuló demanda que concluyó con la declaración de despido improcedente (por apreciarse la existencia de fraude en la contratación temporal), optando la administración demandada por la extinción de la relación laboral, con obligación de abono de la correspondiente indemnización.

²⁹⁸ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), p. 60.

Posteriormente, dicha administración consiguió una subvención que le permitió volver a contratar a trabajadores para realizar similares funciones, para lo que aprobó las características de los puestos y el baremo a seguir para su adjudicación. A dicha oferta se postuló la actora que, sin embargo, fue diferida en su posición con fundamento en la previa reclamación. La actora formuló demanda que fue estimada por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, si bien fue recurrida en apelación por la administración ante el TSJ de Galicia, que estimó el recurso y desestimó la demanda.

Recurrida la resolución en amparo, el TC aprecia la existencia de una vulneración de la garantía de indemnidad, corrigiendo claramente el criterio que fundamentó la resolución en la anterior STC 54/1995 y apreciando que las represalias sí pueden efectuarse en momentos previos al empleo (tales como la fase de valoración de méritos previa a la contratación). Además, esta doctrina se confirmó en la STC 6/2011, que hacía referencia también a un supuesto en el que la exclusión de las bolsas de empleo se produjo con fundamento en la interposición de previas reclamaciones²⁹⁹.

Ahora bien, las represalias pueden apreciarse de forma meridianamente clara solamente en el ámbito del acceso a la Administración Pública o de empresas con un carácter semipúblico (como es el caso de Correos, analizado en la STC 6/2011), en tanto que únicamente en estos supuestos existirán criterios objetivos y relativamente transparentes de acceso al empleo, que permitirán su fiscalización ante la sospecha de lesión de derechos fundamentales. En el ámbito de la Administración, además, debe destacarse que el establecimiento de criterios que perjudicasen o difiriesen a los trabajadores por el mero hecho de haber formulado reclamaciones frente a la empresa atentaría contra los principios de mérito y capacidad que deben regir el acceso a la Administración Pública (art. 103.3 CE) o de las entidades públicas empresariales (art. 106.2.b LSP)³⁰⁰.

En el ámbito de la empresa privada, sin embargo, ante la opacidad de los criterios de selección del personal, nada impide que en la práctica puedan establecerse requisitos que puedan resultar lesivos de la garantía de indemnidad, sin que resulte fácil acreditar la existencia de este tipo de actuaciones, lo que

²⁹⁹ Al respecto, véase GARCÍA RODRÍGUEZ, Bernardo: «El despecho de Correos. STC 6/2011, de 14 de febrero (RTC 2011, 6)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 4, pp. 254-255. 2011.

³⁰⁰ De hecho, la STC 87/2004, anteriormente comentada, concluye declarando vulnerados tanto la garantía de indemnidad como el derecho a la igualdad (art. 14 CE) en relación con el acceso al empleo público. En este supuesto, resulta destacable la STSJ Valencia 1218/1998, de 17 de abril, rec. 1102/1997, en la que consta que el director del Hospital de Elche manifestó públicamente que «no podían contratar a los mismos médicos cesados puesto que habían denunciado a Sanidad». La resolución rechazó la vulneración, si bien ello tuvo lugar en atención a las concretas circunstancias del caso (se impugnaba el cese y no la existencia de una negativa a ser nuevamente contratados).

no implica en modo alguno que no existan³⁰¹. Tal dificultad para desvelar tales situaciones se salvará prácticamente solo en aquellos supuestos en que dichos criterios inconstitucionales se hagan públicos (por ejemplo, publicando ofertas de trabajo en las que se solicite que se abstengan de postularse al puesto «personas reivindicativas»³⁰²).

En este sentido, si bien desvinculado del ámbito de la garantía de indemnidad, se pronuncia la STJUE de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18, caso NH. Es un caso, no obstante, que presenta un importante interés en tanto que se sustenta sobre la aplicación de derechos fundamentales, por lo que podríamos considerar su doctrina plenamente aplicable a los asuntos en que esté en juego la garantía de indemnidad. La Sentencia aborda el supuesto de un abogado que, en una entrevista realizada en un programa radiofónico, manifestó su rechazo a contratar para su bufete a personas homosexuales³⁰³. Por dicho motivo, fue demandado por una asociación de abogados especializada en la representación y defensa ante los tribunales de personas de orientación sexual diversa, previéndose en sus estatutos el objetivo de promover la cultura y el respeto de los derechos de estas personas. Aparte de otras cuestiones³⁰⁴, la Sentencia analiza si es posible enjuiciar las declaraciones formuladas al margen de un concreto proceso de selección de una persona —en marcha o programado. La resolución comentada realiza una exégesis de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y, en concreto del concepto de «condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional» (art. 3.1.a). En este sentido, se señala que, para que manifestaciones como las analizadas puedan ser relevantes a los efectos de la Directiva, es necesario:

«que puedan vincularse efectivamente a la política de contratación de personal de un empresario determinado, lo que exige que el vínculo que presenten con las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional para ese empresario no sea hipotético».

³⁰¹ Al respecto, véase CARRIZOSA PRIETO, Esther: «La concreción de los indicios de discriminación en la jurisprudencia comunitaria. STJUE 19 abril 2012 (TJCE 2012, 92)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 7, pp. 59-65. 2012.

³⁰² GARCÍA GONZÁLEZ, Laro: «Una oferta de trabajo en un bar solicita “abstenerse personas reivindicativas”». *El Diario*. <https://cutt.ly/Oyef1Kb>. Publicado el 30.06.2016. Recuperado el 17.05.2020.

³⁰³ Llegó a manifestar de forma explícita que no quería a estas personas a su alrededor en su bufete, ni en una hipotética selección de colaboradores.

³⁰⁴ La STJUE analiza la legitimación activa de la asociación para interponer la demanda.

En definitiva, se establece que este tipo de manifestaciones (pese a haberse realizado en un medio de comunicación y formularse al margen de procesos de contratación en desarrollo) no escapan al control jurisdiccional, pudiendo ser examinados a la luz de la Directiva. Además, se manifiesta que dicha decisión no se verá desvirtuada por la eventual limitación de la libertad de expresión que pudiera comportar.

Desde nuestro punto de vista, esta doctrina no hace más que apuntalar las conclusiones ya expuestas en cuanto a la garantía de indemnidad y su vigencia en los supuestos en que se establezcan limitaciones en los procesos de contratación respecto de trabajadores que hayan formulado previamente reclamaciones.

Por último, debe hacerse una alusión a otras posibilidades de vulneración de la garantía de indemnidad previas a la relación laboral. En concreto, nos referimos a las que pueden tener lugar a través del establecimiento de criterios excluyentes por el motivo de haber formulado previamente reclamaciones, cuando tales criterios no son fijados por la empresa que contrata sino por los servicios públicos de empleo, agencias de colocación, etc. Tales entidades no pueden quedar al margen de los derechos fundamentales³⁰⁵, a cuyo objeto no debe olvidarse que su actuación podrá ser fiscalizada en el ámbito de la jurisdicción social³⁰⁶. De forma significativa, en el art. 16.1.c LISOS se ha previsto expresamente el supuesto de que el derecho a no ser discriminado pueda verse lesionado en el ámbito de los procesos de intermediación laboral, si bien esta norma no prevé la posibilidad de que sean otros derechos fundamentales los que puedan resultar vulnerados. Sin embargo, ello no debe hacernos dudar de la prohibición de que tales mecanismos puedan ser empleados de forma que atenten contra el resto de derechos fundamentales, sin perjuicio de que dichas actuaciones no reciban finalmente una sanción administrativa laboral.

³⁰⁵ POLO SÁNCHEZ, María Cristina: «Igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al trabajo». *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 22, pp. 16-23. 2008. El art. 33.4 del RDLg 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, indica que las agencias de colocación deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, estableciendo además la prohibición de discriminación directa o indirecta. A continuación, el art. 35.1 del mismo RDLg prevé que «los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo».

³⁰⁶ El art. 2.p LRJS prevé expresamente que «los órganos jurisdiccionales del orden social (...) conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: en materia de intermediación laboral, en los conflictos que surjan entre los trabajadores y los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación autorizadas y otras entidades colaboradoras de aquéllos».

2.3. Actuaciones posteriores a la relación laboral

Del mismo modo que se ha abierto el foco de protección hacia actuaciones previas al establecimiento de la relación laboral, se ha considerado que nada impide que la represalia tenga lugar más allá del momento de su finalización.

En este aspecto resulta emblemática la STJCE de 22 de septiembre de 1998, asunto C-185/1997, caso Coote. Esta sentencia, si bien fue dictada en el ámbito de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, aborda un supuesto de gran significación para la cuestión aquí analizada.

El supuesto analizado hace referencia a una trabajadora que fue despedida tras quedar embarazada y formuló una demanda por este motivo, que concluyó con una transacción que daba por extinguida la relación laboral en el momento del cese, de mutuo acuerdo.

Posteriormente, la actora se dirigió a dos agencias de colocación, experimentando dificultades para encontrar un nuevo trabajo. Tras considerar que estas podían derivarse de la negativa de su anterior empresa a proporcionar referencias a dichas agencias, formuló demanda contra aquella, planteando que lo anterior se producía como reacción a la demanda formulada en su día.

Los tribunales nacionales del Reino Unido rechazaron la demanda en primera instancia por considerar que el perjuicio se produjo tras la extinción de la relación laboral. Tras recurrir dicha decisión, el órgano judicial competente planteó una cuestión prejudicial al TJCE cuestionando si, pese a lo establecido en la normativa interna, que solo abarcaba las represalias adoptadas durante la relación laboral, el ámbito de aplicación de la Directiva debía extenderse también a las producidas con posterioridad al cese.

La STJCE resuelve la cuestión, aplicando los preceptos de la Directiva que establecen la obligación de los Estados miembros a adoptar medidas necesarias «para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato [...] pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes» (art. 6), así como «para proteger a los trabajadores contra cualquier despido que constituya una reacción del empresario a una queja formulada a nivel de empresa, o a una acción judicial encaminada a hacer respetar el principio de igualdad de trato» (art. 7). El pronunciamiento termina señalando que:

El principio del control jurisdiccional efectivo consagrado por el artículo 6 de la Directiva quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que

confiere no incluyera las medidas que, como en el litigio principal, puede llegar a adoptar un empresario como reacción a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales con el objeto de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato. En efecto, el temor a tales medidas, contra las que no se pudiera ejercitar ninguna acción en vía judicial, podría disuadir a los trabajadores que se considerasen discriminados de hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional y, por tanto, podría poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la Directiva.

De este modo, y tras considerar (en general) que el concepto de represalias que puede adoptar el empresario por haber formulado una reclamación no debe limitarse a la máxima sanción, esto es, al despido, aprecia (en particular) que la actuación consistente en negarse a proporcionar referencias como represalia por haber formulado una demanda debe ser considerada contraria a la Directiva.

Este último aspecto resulta absolutamente acertado. La prohibición de represalias no puede ceñirse solamente al despido, en tanto que esta actuación no es la única que puede disuadir de manera efectiva al trabajador de ejercitar su derecho fundamental. No puede olvidarse que, en la realidad del tráfico jurídico laboral, la experiencia profesional se convierte en un factor determinante para acceder al mercado de trabajo³⁰⁷.

Así, la principal novedad que incorpora esta doctrina radica en que refuerza la necesidad de proteger el derecho de acceso a los tribunales, ya que considera que deben resultar prohibidas las represalias adoptadas contra aquel con independencia del momento en que tengan lugar³⁰⁸.

Por este motivo podría constituir un supuesto prototípico de vulneración de la garantía de indemnidad el establecimiento de algún tipo de «lista negra» derivada de la condición de reclamante del trabajador, y que esta información pudiese ser cedida entre empresas del mismo sector, ámbito o, incluso, grupo. Por supuesto, la identificación de la lesión de la garantía de indemnidad en un caso así podría perfectamente ir pareja a la afectación a otros derechos (como el derecho a la protección de datos), tal y como plantea el Informe 0201/2010 de la AEPD. Dicho informe resuelve una consulta relativa a la viabilidad jurídica de la creación de una base de datos común a varias empresas asociadas entre sí, a la que aportarían datos personales de trabajadores (siempre con su consentimiento) con el fin de establecer un mecanismo para conocer información de los candidatos a ofertas de empleo. No obstante, en dicha base se in-

³⁰⁷ VICENTE PALACIO, María Arántzazu, y GARCÍA NINET, José Ignacio: «Efecto directo...» (Bibl. cit.).

³⁰⁸ SIERRA HERNÁNIZ, Elisa: «La garantía de indemnidad (Comentario al caso Coote del TJCE. (STJCE 22 Septiembre 1998, TJCE 1998, 207)». *Aranzadi Social*, 3, pp. 2617-2620. 1998.

cluirían también datos tales como la existencia de reclamaciones judiciales del trabajador frente a la empresa. La AEPD determina que estas circunstancias pueden afectar negativamente a la reputación del trabajador, con lo cual el pretendido mecanismo quedaría convertido en una auténtica «lista negra». En consecuencia, dictamina su ilegalidad.

Es ampliamente conocido que prácticas de este tipo no son en absoluto ajenas a las relaciones laborales. De hecho, han sido muy extendidas en otros momentos históricos, y no solamente en vinculación con el ejercicio del derecho a litigar, sino también con otros aspectos, como la afiliación sindical o, simplemente, el hecho de haber sido despedido. Estos supuestos han tenido un reflejo en los pronunciamientos judiciales, si bien es cierto que su abundancia ha ido decreciendo progresivamente hasta reducirse al campo de lo anecdótico (citemos, por ejemplo, la STCT de 5 de julio de 1984).

Ahora bien, la cuestión ha recuperado su vigencia en fecha relativamente reciente: con la STS [Sala Primera] 609/2015, de 12 de noviembre, RC 899/2014. El supuesto analizado corresponde a un trabajador que fue despedido por motivos disciplinarios. Tras formular demanda y al no resultar acreditados los hechos que se le imputaban, el cese fue calificado como improcedente. A resultas de lo anterior, la empresa optó por indemnizarle y extinguir la relación laboral. Posteriormente, comenzó a buscar trabajo en el mismo sector, sin lograr ser contratado. Tras una entrevista de trabajo e, incluso, el reconocimiento médico correspondiente, se le manifestó como impedimento para ser contratado haber sido incorporado a un fichero de personal calificado como conflictivo, precisamente a raíz de los hechos que no habían sido declarados probados. El trabajador acudió a los tribunales y obtuvo resoluciones desestimatorias que fueron recurridas. Finalmente, y aplicando las normas en materia de carga de la prueba y el criterio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), el TS estimó la vulneración de los derechos fundamentales del actor, si bien circunscrita a los derechos al honor y a la protección de datos. Esto puede derivarse de que se denunciaba la existencia de listados vinculados a las causas del despido y no al previo ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción.

Sin embargo, la tipología de represalias existentes tras la finalización de la relación laboral va más allá de los supuestos anteriormente expuestos, debiendo analizarse las situaciones concurrentes con detenimiento. Así, resultarían lesivas del derecho fundamental otras actuaciones, tales como:

... la exclusión de los trabajadores «conflictivos» de la previsión social complementaria de la empresa, la negación de determinadas ventajas o beneficios que la empresa pudiera tener establecidas para sus antiguos empleados (por ejemplo,

tarifas reducidas o acceso gratuito a los servicios proporcionados por la empresa) o, si se trata de una empresa que ofrece productos o servicios al público en general (banca, electricidad, agua), algún tipo de discriminación en el acceso a ellos³⁰⁹.

Por último, y como consecuencia directa de la doctrina referida por la STJCE de 22 de septiembre de 1998, asunto C-185/1997, caso Coote, puede deducirse que la adopción de la represalia en un determinado momento temporal no puede implicar la existencia de una situación de impunidad. Siendo así, nada impide apreciar la vulneración de la garantía de indemnidad en represalias producidas en momentos temporales en los que la relación laboral no se encuentra vigente, sino latente, o incluso en los supuestos en que ni tan siquiera existe una vinculación laboral, sino una expectativa de derecho a la reincorporación (como en el de la excedencia voluntaria). Podría pensarse, por ejemplo, en el supuesto de varios trabajadores que se encuentran en situación de excedencia voluntaria respecto de la misma empresa, uno de los cuales impone una demanda frente a la empresa. Si como consecuencia de ello se le niega solamente a este trabajador su posterior derecho a reincorporarse, o si la empresa decide amortizar el puesto de trabajo precisamente del trabajador reclamante, esta actuación constituye una represalia y, por tanto, debe declararse claramente prohibida³¹⁰.

2.4 Agravamiento de la actuación empresarial tras reclamar

La jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de analizar un asunto sumamente curioso, en que una decisión empresarial fue impugnada judicialmente, revocada en consecuencia, pero posteriormente impuesta de nuevo y con una mayor intensidad. En este supuesto, resuelto por la STC 183/2015, concurría que la empresa ofreció a la trabajadora que aceptase una medida de flexibilidad interna de menor alcance y, ante su negativa, adoptó la decisión de imponer una medida más gravosa que la anterior³¹¹.

³⁰⁹ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.), p. 121.

³¹⁰ Un supuesto de vulneración de garantía de indemnidad a través de la actuación consistente en no reincorporar a un trabajador tras su excedencia es abordado por la SJS3 de Badajoz 172/2018, de 18 de abril, Autos 105/2017.

³¹¹ Esta sentencia fue analizada de forma exhaustiva en FOLGOSO OLMO, Antonio: «Garantía de indemnidad en el supuesto de medida empresarial más perjudicial que otra precedente que ha sido impugnada judicialmente. Comentario a la STC 183/2015, de 10 de septiembre». En: Carmen Sánchez Trigueros (coord.), Manuel Alonso Olea (dir.), Alfredo Montoya Melgar (dir.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y seguridad social. Tomo XXXII*, pp. 483-493. Murcia: Universidad de Murcia. 2018.

La sentencia aprecia que la causa alegada por la empresa contaba con entidad suficiente para justificar su decisión, por lo que declara ajustada a Derecho el despido y deniega el amparo solicitado por la trabajadora. Debe destacarse, además, que se trata de una sentencia dictada en Pleno, evidenciándose la voluntad clara de fijar un criterio particular al respecto e incorporando limitaciones a la garantía de indemnidad³¹².

Esta decisión, no obstante, resulta bastante discutible. Para empezar, debe resaltarse que el propio informe del Ministerio Fiscal solicitó el otorgamiento del amparo. Para ello, argumentó que la empresa no justificó razonablemente su actuación, especialmente a la vista del *iter* seguido: primero impuso una reducción de jornada, a continuación planteó otra inferior para, finalmente, postular la necesidad de la extinción del contrato de trabajo. Se reprocha, además, que no se intentara adoptar conforme a Derecho la decisión inicial de reducción de jornada, que sostuvo haber dejado sin efecto tras advertir en ella defectos formales. El Ministerio Fiscal valoró a conciencia la errática conducta seguida por la empresa para concluir que su actuación es lesiva de la garantía de indemnidad.

Además, existe un voto particular (suscrito por cuatro magistrados), que comienza reiterando algo que la propia sentencia concreta: que las extinciones de contrato derivadas de causas económicas se encuentran sometidas a las mismas reglas de distribución de la carga de la prueba que aquellas en que las causas derivan de supuestos incumplimientos laborales del trabajador. Por ello, razona, no le bastará al empresario con acreditar la concurrencia de la causa legal para difuminar los indicios aportados, sino que deberá demostrarse la desconexión causal de la actuación empresarial respecto del ejercicio del derecho fundamental. Dicho voto particular se apoya en la falta de justificación solvente del cambio de criterio empresarial en tan corto período de tiempo (pasando de la necesidad de reducir la jornada a la de despedir, una medida mucho más perjudicial que la primera), así como en la falta de coherencia que aprecia por el hecho de no haber insistido en la medida empresarial adoptada inicialmente (y dejada sin efecto en conciliación judicial, por apreciarse defectos formales en la misma).

A la luz de estas críticas, resulta muy cuestionable la decisión finalmente adoptada por el TC. En algunos casos se ha denunciado que tanto el voto mayoritario como el particular discurren por el cauce de la intención de represalia

³¹² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «Limitaciones al alcance de la “garantía de indemnidad”: a propósito de la STC 183/2015, de 10 de septiembre del Pleno del Tribunal Constitucional». *Revista de Información Laboral*, 3. 2016.

y dejan a un lado la referencia al perjuicio objetivo sufrido. Además, se ha criticado con dureza que el fallo se fundamente en el exclusivo hecho de que el despido se había declarado procedente en sede de legalidad ordinaria, pese a resultar obvio que una situación económica negativa objetivamente acreditada no es incompatible con la existencia de una represalia. Se ha valorado, además, que esta actuación es ilustrativa de una tendencia del TC constatada en los últimos años a vaciar de contenido la doctrina sobre la garantía de indemnidad³¹³.

Igualmente, conviene señalar que se ha considerado muy revelador que, concurriendo causas que justifican todas las medidas de flexibilidad adoptadas (tanto las iniciales, más leves, como las posteriores, más perjudiciales), la empresa no apreciase que la gravedad de su situación económica podía justificar desde el principio la medida más perniciosa: el despido. Además, tras ejercitar la trabajadora su derecho de acceso a la jurisdicción, y tras dejarse sin efecto en conciliación judicial la primera actuación por parte de la empresa, la postura inicial se modificó y a la trabajadora se le ofreció una salida menos lesiva: una reducción de jornada de menor intensidad. De ello puede deducirse que la propia empresa entendía que se trataba de una medida suficiente para la situación que atravesaba. Sin embargo, ante la negativa de la trabajadora a aceptar esta medida, la empresa no actuó como habría sido razonable (acudiendo a los mecanismos legales establecidos para imponer esta medida), sino que fue mucho más allá y tomó la decisión de despedir, es decir, la más perjudicial posible para los intereses de la trabajadora. Este cambio además ocurrió en un lapso de tiempo llamativamente breve (ocho días) y sin que constara que la situación económica del empleador hubiese experimentado un empeoramiento particularmente relevante.

Es cierto que la jurisprudencia ha concluido que las medidas de flexibilidad externa no tienen un carácter necesario de *ultima ratio* respecto de otras medidas menos dañinas para la relación laboral (como la suspensión o modificación del contrato de trabajo). Es decir, ante una situación de crisis económica de suficiente magnitud, el empresario podrá elegir la medida que considere adecuada para contribuir a superar dicha coyuntura.

No obstante, no parece que ese poder de decisión pueda ser absoluto, pues encuentra límite en los supuestos en que entren en juego otros valores que merezcan una especial tutela, como son los derechos fundamentales. La jurisprudencia constitucional ha apreciado que deberá analizarse con especial minuciosidad el ejercicio de las facultades empresariales cuando estas puedan

³¹³ CABEZA PEREIRO, Jaime: «La garantía de indemnidad en caso de decisiones...» (Bibl. cit.).

encubrir una actuación contraria a los derechos fundamentales. Ante tal sospecha, la potestad directiva que en otras situaciones podría desarrollarse con total normalidad deberá considerarse «anestesiada»³¹⁴, estando sometida en todo caso a la necesidad de un plus de motivación³¹⁵.

Pues bien, es justo en este aspecto donde la resolución anteriormente citada resulta más controvertida. La inicial modificación de condiciones de trabajo (reducción de jornada y salario) y la segunda propuesta por parte de la empresa (reducción de jornada y salario de menor intensidad) permiten entender que la necesidad empresarial podía quedar acotada por esos dos límites. Sin embargo, la tercera y definitiva decisión, en lugar de ubicarse en el intervalo así delimitado, establece una situación mucho más gravosa, que abandona radicalmente la horquilla de las medidas sugeridas hasta el momento, saltando del ámbito de la flexibilidad interna al de la externa. Es cierto que este último cambio de criterio se mueve en los parámetros aceptados por la jurisprudencia, en tanto que le corresponde al empleador elegir la medida para ser adoptada –siempre que esta resulte proporcionada y adecuada. Sin embargo, al existir derechos fundamentales en juego, su actuación debería haberse ponderarse con mayor cuidado. Desde luego, existen serias dudas acerca de la adecuación de la medida adoptada finalmente por el empresario, pues resulta desproporcionada en atención a los criterios que él mismo había seguido hasta ese momento.

Alguna sentencia del TS también se ha pronunciado en esta línea. La STS de 18 de julio de 2014, RC 11/2013, por ejemplo, tiene muy en cuenta el cambio de posición de la empresa, que adoptó una medida más gravosa tras el ejercicio del derecho fundamental. El propio Ministerio Fiscal calificó este supuesto como «política coactiva».

Asimismo, la jurisprudencia menor se ha hecho eco de esta cuestión y ha planteado soluciones que difieren de manera significativa de aquella adoptada por el TC. Es el caso de la STSJ Cantabria 1013/2003, de 19 de julio, rec. 909/2003, que analiza el supuesto de un trabajador que impugnó judicialmente una sanción, obtuvo sentencia favorable y tras ello fue despedido disciplinariamente. La sentencia aprecia la vulneración de la garantía de indemnidad y la motiva de la siguiente manera:

Basta con comparar las consecuencias que hubiera sufrido el trabajador de haber aceptado pacíficamente la sanción primeramente impuesta (pérdida económica temporal del complemento de la prestación por incapacidad temporal) con

³¹⁴ STC 123/1992.

³¹⁵ Al que se hace amplia referencia en el epígrafe del presente trabajo destinado a analizar las «actuaciones *ad nutum* y discrecionales», incluido en el Capítulo V, apartado 2.1.

las que ha sufrido como consecuencia de haber recurrido judicialmente la misma, con resultado además favorable (despido). De tal comparación resulta que, a través del segundo expediente sancionador, la empresa, basándose en la primera sentencia judicial firme, ha practicado una auténtica «reformatio in peius» en relación con la sanción primeramente impuesta al trabajador recurrente.

No obstante, este pronunciamiento también ha sido comentado y criticado doctrinalmente³¹⁶, de modo que podemos concluir que la cuestión ante la que nos hallamos no resulta en absoluto pacífica.

2.5 Cambio jurisprudencial: ¿represalia o actuación legítima?

Un supuesto que resulta especialmente particular es aquel en el que puede entenderse que la reacción empresarial no se ha adoptado frente al ejercicio de una acción previa, sino como consecuencia de un cambio en la doctrina judicial. Ha sido analizado, entre otras, por las SSTC 196³¹⁷, 197³¹⁸ y 199/2000³¹⁹, pero la cuestión tiene origen en la STS de 17 de julio de 1993, RCUD 1712/1992. Esta sentencia resuelve una cuestión de cesión ilegal de trabajadores adoptando un cambio de criterio respecto de la doctrina precedente³²⁰. Tras dicha resolución, numerosos trabajadores de la demandada reclamaron la existencia de una cesión ilegal y el derecho a ser considerados fijos, obteniendo sentencia estimatoria de su pretensión. La reacción de la empresa fue despedirlos a todos, si bien de forma llamativa reconoció abiertamente que tales extinciones se debían a la novedosa jurisprudencia emanada sobre la cuestión. En este supuesto, el TC concluyó –en una resolución muy criticada y comentada doctrinalmente– que dicha reacción no se produjo contra el ejerci-

³¹⁶ GIL Y GIL, José Luis: «Despido disciplinario nulo...» (Bibl. cit.).

³¹⁷ Comentada en GARCÍA MURCIA, Joaquín: «Empleados en locutorios telefónicos (I). Comentario a la STC 196/2000, de 24 de julio». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII*, pp. 330 y siguientes. Madrid: Civitas. 2000.

³¹⁸ Comentada en GARCÍA MURCIA, Joaquín: «Empleados en locutorios telefónicos (II). Comentario a la STC 197/2000, de 24 de julio». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII*, pp. 342 y siguientes. Madrid: Civitas. 2000.

³¹⁹ Comentada en GARCÍA MURCIA, Joaquín: «Empleados en locutorios telefónicos (III). Comentario a la STC 199/2000, de 24 de julio». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII*, pp. 348 y siguientes. Madrid: Civitas. 2000.

³²⁰ Al respecto, véase CORTE HEREDERO, Nieves: «Breviario de Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral: El Derecho a la Igualdad (art. 14 CE) y la Garantía de Indemnidad (art. 24.1 CE)». *Cizur Menor: Aranzadi*. 2011.

cio del derecho de acceso a la jurisdicción, sino contra el cambio de doctrina que consideró el derecho de los actores.

El TC resolvió que el despido no era incompatible con la previa declaración judicial de cesión ilegal de trabajadores, que se ejecutó de forma efectiva. Tras dicha resolución, la empresa reconoció el carácter fijo de los trabajadores, dando por ejecutada la sentencia. A continuación, resolvió los contratos con todos los trabajadores y reconoció la improcedencia de su actuación. Al producirse el despido tras ejecutar la sentencia (es decir, tras asumir su condición de empresario respecto de dichos trabajadores) y de forma generalizada (no limitada a los trabajadores que habían reclamado), se rechazó por el TC la nulidad de la actuación³²¹.

De esta manera, la jurisprudencia constitucional distingue «entre la respuesta a una resolución judicial (más bien sería a una acción judicial), y la respuesta preventiva a una «línea jurisprudencial», que permite prever cuál sería en su caso la respuesta a una demanda judicial de los trabajadores»³²². Por su parte, la STC 196/2000 destaca además que el despido se produjo con independencia de que los trabajadores hubieran reclamado o no contra la empresa. Ese conjunto de factores lleva al TC a descartar la lesión del derecho fundamental (con independencia de que el despido fuese declarado improcedente³²³), pues aprecia que la decisión empresarial se adoptó motivada por el cambio de orientación jurisprudencial y no por la concreta acción ejercitada, lo que hace descartar la existencia del binomio característico de la garantía de indemnidad (acción-reacción)³²⁴.

La doctrina contenida en este conjunto de sentencias se conecta directamente con la reflejada en el ATC 267/2000. Esta resolución acuerda la inadmisión de una demanda de amparo relativa a un supuesto en que un trabajador denunció la vulneración de dos derechos fundamentales: el derecho a no ser discriminado por su afiliación política (art. 14, en relación con art. 16 CE) y la garantía de indemnidad (art. 24.1 CE). En cuanto al primero, se denunciaba que el contrato del trabajador demandante venía siendo prorrogado de forma sucesiva, pero ello dejó de producirse con el cambio de gobierno y de dirección política de la administración demandada. El TC rechaza dicha possibili-

³²¹ TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco Javier: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

³²² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias...» (Bibl. cit.), pp. 656 y 657.

³²³ SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel: «Garantía de indemnidad o inexecución...» (Bibl. cit.).

³²⁴ El empleo a la locución «binomio “acción-reacción”» en el ámbito de la garantía de indemnidad es utilizado por primera vez por NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «El binomio “acción-reacción”...» (Bibl. cit.). Sin embargo, ha tenido una amplia acogida por la doctrina judicial (STSJ Valencia 381/2012, de 7 de febrero, rec. 3402/2011 o STSJ Galicia 6117/2016, de 31 de octubre, rec. 2478/2016, entre otras).

dad, en tanto que aprecia que el cambio político conlleva un simple cambio de criterio, y que la nueva práctica empresarial afecta a la globalidad de trabajadores, no solo a aquellos que se alineen con determinada ideología. De igual manera, se descarta la alegada lesión de la garantía de indemnidad, que se trataba de fundamentar en que el actor había ejercitado una acción judicial que terminó con la declaración de su carácter fijo cinco meses antes. Frente a ello, el TC considera que el cese se produjo en esa fecha tan solo porque era la ya prevista en el contrato para su vencimiento (tesis que, por otra parte, se encuentra bastante superada en la actualidad).

De todos modos, el razonamiento contenido en las citadas SSTC resulta bastante débil a la vista de que dicha doctrina tiene a su vez origen necesariamente en el ejercicio de acciones judiciales. Además, dichas resoluciones han sido cuestionadas planteando que a las empresas les bastaría con esperar a que concluyese el primer procedimiento judicial, ya que de esta manera los despidos se considerarían consecuencia de lo resuelto por la sentencia, y no por el mero ejercicio del derecho de acceso a los tribunales³²⁵. Por otra parte, no puede perderse de vista que el despido tiene su fundamento en la condición de empleador, obtenida judicialmente; ni tampoco la claridad con que la empresa manifestó, sin tratar de ocultarlo en ningún momento, que su actuación se fundamentaba en la nueva jurisprudencia, lo que plantea numerosos interrogantes en cuanto a la decisión finalmente adoptada por el TC.

Además, se ha considerado que la actuación empresarial pudo también vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias. Esto es así porque, según se ha planteado, la actuación de la empresa implicó una forma indirecta de inejecución de otras decisiones judiciales que habían resuelto a favor de la incorporación en la plantilla de la empresa de otros trabajadores y que, de este modo, quedaron sin efecto³²⁶.

Por último, este pronunciamiento ha sido muy criticado también por entenderse que la actuación de la empresa perseguía, en lugar de aceptar las consecuencias de la nueva doctrina y rectificar la situación provocada, bloquear las consecuencias no deseadas ante la previsible reiteración de pronunciamientos en esa línea³²⁷.

³²⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: «La garantía de indemnidad por el ejercicio de acciones judiciales en la jurisprudencia constitucional (Un nuevo supuesto de despido nulo por lesión de derechos fundamentales)». En: *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, pp. 243-263. Valladolid: Lex Nova. 2001.

³²⁶ SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel: «Garantía de indemnidad o inejecución...» (Bibl. cit.). Véase también RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias...» (Bibl. cit.).

³²⁷ SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel: «Garantía de indemnidad o inejecución...» (Bibl. cit.).

CAPÍTULO V

ELEMENTO FUNCIONAL: NEXO DE CAUSALIDAD

Como ya hemos adelantado, el tercer elemento fundamental de la institución que nos ocupa es la conexión causal entre la reclamación y el perjuicio sufrido por el trabajador. Se trata de un requisito determinante, en tanto que la desvinculación entre ambos componentes no permitirá la activación de la garantía de indemnidad.

Consciente de la gran dificultad que supondría para el trabajador la demostración de este elemento, la jurisprudencia constitucional ha arbitrado un mecanismo específico de flexibilización de la carga de la prueba: al trabajador le corresponderá exclusivamente aportar indicios de la existencia de una lesión constitucional, mientras que será el empleador quien deberá demostrar que su actuación es ajustada a Derecho y, además, se encuentra al margen de todo propósito lesivo.

En este capítulo, además de analizar dicho mecanismo, haremos referencia a supuestos específicos en los que la apreciación de la conexión entre la reclamación y la represalia resulta especialmente compleja.

1. ANÁLISIS DE LA VINCULACIÓN ENTRE ACCIÓN Y REPRESALIA

La mera concurrencia del ejercicio de la acción y de la existencia de un perjuicio no puede bastar para apreciar la existencia de la vulneración de la garantía de indemnidad. Para poder determinar que ha sido lesionado el dere-

cho fundamental, resulta fundamental establecer, además, una cierta conexión entre ambos elementos.

En primer lugar, es necesario que la represalia se produzca tras tener conocimiento el sujeto represivo de la existencia del ejercicio del derecho fundamental¹. Claramente, si la consecuencia perjudicial se produce tras realizarse la reclamación, pero sin que se conozca su existencia, no podrá considerarse como una represalia por el ejercicio del derecho. Tomemos como ejemplo el supuesto de un trabajador que presenta una reclamación y, antes incluso de que esta se haya tramitado y que el empleador haya podido conocerla, es objeto de una medida empresarial perjudicial². En este supuesto se quiebra el elemento de causalidad y, en lugar de ello, se entra en el ámbito de la casualidad, al que no se extiende la protección de la garantía de indemnidad³. Al respecto, se ha generado un interesante debate en torno a sobre quién recae la carga de la prueba del conocimiento empresarial de la reclamación, una vez presentada la misma⁴.

Pero incluso en el supuesto de que el ejercicio del derecho sea conocido (directa o indirectamente) por el empleador, debe concurrir además lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado una «relación de correspondencia»⁵ o una «relación directa»⁶. Este requisito hace referencia a que no es suficiente con una mera proximidad temporal entre reclamación y represalia, sino que se exige una conexión estrecha entre ambas⁷.

De este modo, tampoco será inconstitucional la actuación empresarial que se produzca tras el ejercicio del derecho cuando este tenga lugar una vez que ya se conoce que la empresa iba a actuar de esa manera. Sirve como ejem-

¹ Puesto que, como señala CÁMARA BOTÍA, «no cabe reacción frente a una acción ignorada» (CÁMARA BOTÍA, Alberto: «Libertad de contratación y garantía de indemnidad...» [Bibl. cit.], p. 169).

² En este sentido se pronuncia la STSJ Andalucía/Granada 1499/2017, de 8 de junio, rec. 1945/2016, en el supuesto de un trabajador despedido tras formular una denuncia que no dio lugar a ninguna actuación inspectora.

³ Como señala la STSJ Andalucía/Sevilla 2281/2017, de 17 de julio, rec. 2954/2016, «no se puede inferir que un acontecimiento es la causa de otro simplemente porque el primero es anterior al segundo», lo que supondría entrar en la falacia de la causa falsa (*post hoc ergo propter hoc*).

⁴ A favor de que la carga de la prueba del desconocimiento recaiga sobre la empresa se pronuncia la STSJ Canarias/Las Palmas 1613/2015, de 3 de diciembre, rec. 846/2015, la STSJ Galicia 6117/2016, de 31 de octubre, rec. 2478/2016, STSJ Galicia 540/2017, de 17 de enero, rec. 3901/2016, STSJ Madrid 183/2016, de 4 de marzo, rec. 7/2016 y STSJ Madrid 625/2015, de 16 de julio, rec. 184/2015. A favor de que dicha carga le corresponda al trabajador se pronuncia la STSJ Galicia de 30 de abril de 2019, rec. 3620/2018; la STSJ Cataluña 2834/2018, de 11 de mayo, rec. 1669/2018, STSJ de Castilla y León/Burgos 701/2015, de 16 de octubre, rec. 633/2015, STSJ Valencia 2873/2016, de 22 de diciembre, rec. 2290/2016 y la STSJ Andalucía/Sevilla 1225/2017, de 20 de abril, rec. 1580/2016.

⁵ STC 14/1993.

⁶ STC 140/1999.

⁷ MONEREO ATIENZA, Cristina: «Falta de renovación de falso contrato...» (Bibl. cit.).

plo el supuesto del trabajador que conoce que la empresa va a despedirle y formula una reclamación antes de que tenga lugar la extinción del contrato. En este caso, la decisión empresarial se encontrará desvinculada de la previa actuación del trabajador, ya que se habrá adoptado con anterioridad; por ello, no existirá lesión del derecho fundamental⁸.

Evidentemente, esta vinculación en muchas ocasiones será ocultada o camuflada por el empleador: si este tiene un propósito lesivo, tratará de evitar que salga a la luz. Consciente de dicha situación, el TC ha desarrollado una amplia doctrina sobre la carga de la prueba en este tipo de asuntos, con el propósito de evitar colocar al trabajador ante la obligación de una prueba diabólica que acredite los auténticos objetivos de su empresario⁹.

1.1 Especial distribución de la carga de la prueba

Sin duda, uno de los elementos fundamentales a la hora de establecer una protección adecuada del derecho fundamental consiste en el establecimiento de procedimientos judiciales adecuados que permitan obtener la tutela necesaria. Uno de los mecanismos más relevantes a dicho efecto ha demostrado ser el establecimiento de reglas especiales en materia probatoria.

Es en este punto donde se ha desarrollado la doctrina por la cual, en materia de vulneración de derechos fundamentales, se establece un «específico mecanismo probatorio de doble fase»¹⁰, por el cual corresponderá al trabajador aportar los indicios de la lesión y solo entonces deberá el empleador acreditar que su actuación se encuentra absolutamente al margen de todo propósito lesivo.

Este mecanismo ha recibido el nombre de «inversión de la carga de la prueba»¹¹. No obstante, dicho concepto ha sido muy criticado por la doctrina, manifestándose preferencias por otras denominaciones más precisas, tales como «flexibilización de la carga de la prueba»¹². El motivo del desacuerdo es que no se produce una inversión de la carga de la prueba en sentido estricto, en tanto que:

El actor no queda en modo alguno relevado de la carga de probar, sino que deberá desplegar una primera e ineludible tarea probatoria y no meramente ale-

⁸ ATC 215/2005, de 23 de mayo.

⁹ MARÍN MORAL, Isabel: «Despidos sucesivos en el tiempo: calificación, indemnización, error excusable en la consignación e inexistencia de garantía de indemnidad». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 1, núm. 18, pp. 51-61. 2009.

¹⁰ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.), p. 868.

¹¹ LOUSADA AROCHENA, José Fernando: «Represalias sindicales...» (Bibl. cit.), p. 143.

¹² *Ibidem*, p. 143.

gatoria: esta tarea probatoria consistirá, como se ha manifestado, en la acreditación de indicios de los que inferir la posible vulneración de derechos ¹³.

Esta doctrina parte de la apreciación de la dificultad probatoria con la que se encuentran con gran frecuencia los trabajadores que son víctimas de represalias por el ejercicio de sus derechos fundamentales. Obviamente, solo en un número muy reducido de casos el empleador reconocerá de forma abierta que su actuación se produce como represalia o con un propósito abiertamente lesivo. Por lo general tratará de ocultar su motivación o disfrazarla de motivaciones distintas de la real.

La primera resolución que contiene la doctrina señalada es la STC 38/1981. Además, esta sentencia parte de una situación especialmente peculiar, ya que no puede olvidarse que en ese momento los textos legales vigentes –esto es, el ET/1980 y la LPL/1980–, no preveían la nulidad del despido como consecuencia para las actuaciones lesivas de derechos fundamentales. Recordemos que dicha calificación se reservaba para los despidos que no respetaban los requisitos formales o para aquellos adoptados contra un trabajador cuyo contrato se encontraba suspendido.

En esas circunstancias, y pese a la inexistencia de un marco legislativo propicio para ello, la jurisprudencia constitucional apreció la necesidad de instituir la figura del despido radicalmente nulo para los supuestos en que se produjese una lesión de derechos fundamentales. Además, ante la dificultad probatoria que podía existir en dichos procesos y la relevancia de los derechos constitucionales en juego, avanzó otro paso y estableció la necesidad de flexibilizar la carga probatoria del trabajador. En estas condiciones, el TC señaló de forma muy elocuente que:

La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador ¹⁴.

¹³ MEANA CUBERO, María Teresa: «Tutela de derechos fundamentales en el proceso laboral. SJS núm. 2 Tarrasa 20 noviembre 2012 (AS 2012, 2510)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 6 (2), 2013, p. 262.

¹⁴ STC 90/1997.

Si bien en términos generales le corresponde al actor la prueba de los hechos alegados y al demandado la de los extintivos, impeditivos y excluyentes (art. 217.2 y 3 LEC), esta regla necesariamente debe ser modulada en los supuestos de actuaciones lesivas de derechos fundamentales, ya que la aplicación de la regla civil común terminaría en la mayoría de los casos por establecer un obstáculo insalvable para el trabajador que ve lesionados sus derechos fundamentales bajo actuaciones empresariales camufladas de legalidad (esto puede ocurrir especialmente en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales).

La doctrina sobre la distribución de la carga de la prueba que desarrolló la jurisprudencia constitucional para salvar esta dificultad operará cuando la causa alegada por el empresario sea cuestionada por el trabajador. Al efecto de fundamentar sus sospechas, el trabajador deberá aportar indicios de que la actuación encubre un propósito inconstitucional¹⁵. Así, en la demanda planteada frente a la actuación empresarial, en sus funciones de contestación a la misma, el trabajador no deberá limitarse a negar los hechos imputados, sino que también deberá hacer constar los indicios apreciados y la conexión con la medida, en lo que se ha considerado una especie de reconvencción informal¹⁶. Además, debe destacarse que no bastará con la mera alegación del trabajador, sino que lo que recae sobre él es una auténtica carga probatoria que, además, deberá ser suficiente para que pueda deducirse la posibilidad de que dicha lesión se ha producido¹⁷.

Una vez producida esta situación y cumplidos estos requisitos por parte del trabajador, la empresa deberá acreditar que su decisión «obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio [y que] se presenten razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional»¹⁸. Por lo tanto, no será necesario que el despido se encuentre totalmente justificado, ni que sea declarado procedente. Será suficiente con que la decisión empresarial, aun «sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se present[e] ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental»¹⁹ y que las causas

¹⁵ MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda: «La prueba en los despidos pluricausales: posición del Tribunal Constitucional». *Actualidad Laboral*, 14. 2008.

¹⁶ SEGALÉS FIDALGO, Jaime, y ZAPIRAIN BILBAO, Ana: «Discrecionalidad empresarial y encubrimiento de decisiones anticonstitucionales. Consideraciones acerca de la prueba de indicios». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 17. 2003.

¹⁷ STC 114/1989.

¹⁸ STC 38/1981.

¹⁹ STC 7/1993.

alegadas tengan entidad suficiente para explicar dicha decisión. Se trata, por tanto, de:

... una verdadera carga probatoria, y no [de] un mero intento probatorio [ya que] de otro modo, si bastaran el mero intento probatorio y la simple duda en el juzgador, el encubrimiento empresarial del despido discriminatorio sería tan fácil como inoperante, por falta de adecuada y suficiente protección de los derechos fundamentales»²⁰.

Dicho mecanismo se fundamenta en «un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba»²¹.

De forma muy ilustrativa, la STSJ País Vasco de 30 de diciembre de 2005, rec. 2627/2005, señala que:

Corresponde al demandado aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, en una inversión o distribución de la carga de la prueba que está fundada en la doctrina del Tribunal Constitucional, así como del Tribunal Supremo, por la que la prueba de la discriminación o cualquier otra vulneración de los derechos para quien la sufre es difícilmente practicable dado que normalmente la entidad demandada suele tener uso de poder de organización que puede ocultar cualquier motivación presentando una apariencia de licitud en una actuación contraria a todo ámbito de justicia. Es por ello que ante esos ataques que pueden sufrir los derechos fundamentales se libere a los titulares de una prueba exhaustiva del daño y de la motivación discriminatoria, sin que con ello se trate por tanto de imponer pruebas diabólicas de hechos negativos (la no discriminación u otros) sino la razonabilidad y proporcionalidad de medidas adoptadas y de su carácter totalmente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.

Pese al inicial vacío legal, esta doctrina se ha ido incorporando sucesivamente a los textos legales. Actualmente, se encuentra recogida en el art. 96.1 LRJS²², que hace referencia a la inversión de la carga de la prueba en supuestos donde de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de vulneración de derechos fundamentales, si bien se matiza a

²⁰ STC 114/1989.

²¹ STC 38/1981.

²² Establece el citado art. 96.1 LRJS que: «en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

continuación en el art. 181.2 LRJS²³, que exige no solo la alegación, sino la concurrencia de tales indicios²⁴.

Respecto de la carga de cada una de las partes, debe insistirse en que al trabajador no le corresponde demostrar la existencia de la vulneración, sino que basta con que aporte indicios suficientes. No se le puede obligar a aportar prueba plena de la actuación lesiva del derecho porque esto le devolvería a la misma situación de desventaja procesal que trata de salvarse justamente con la garantía de indemnidad. Es suficiente, por tanto, que su impugnación se apoye en hechos que sitúen al juzgador en la creencia racional de que la vulneración se ha producido²⁵. Es decir, no se exigirá la prueba directa de que la actuación es contraria al derecho fundamental (incluida la posible prueba de presunciones prevista en el art. 386 LEC), tan solo se tendrán que aportar indicios objetivos que apunten a la conexión de la lesión con el ejercicio del derecho²⁶. Dichos indicios deberán ser racionales y razonables –no bastará con meras sospechas–, deberán permitir generar la duda en el juzgador²⁷ y deberán poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de la actuación empresarial²⁸.

Así, el actor deberá acreditar el llamado panorama indiciario, a cuyo efecto se distinguen tres elementos: el primero es el antecedente o presupuesto de la lesión, debiendo identificarse el derecho ejercitado y lesionado; el segundo es el perjuicio sufrido por el trabajador, procedente del empresario; el tercero es la identificación de la conexión directa, de causa y efecto, entre el ejercicio del derecho y la represalia. Los dos primeros elementos deberán acreditarse por parte del trabajador, en aplicación del art. 217.2 LEC, mientras que «el tercero, la relación de causalidad, tan solo constituye un indicio que, nor-

²³ El art. 181.2 LRJS indica que: «en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

²⁴ Sin duda, la inclusión de este último precepto resultaba necesaria para extender dichas especialidades a cualquier otra modalidad procesal, pues, tal y como establece el art. 178.2 LRJS: «cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal».

²⁵ MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda: «La prueba en los despidos pluricausales...» (Bibl. cit.).

²⁶ FOLGUERA CRESPO, José Ángel: «Cantaor flamenco: relación laboral encubierta bajo contratos administrativos, el rey midas, reclamación del trabajador y garantía de indemnidad». *Diario La Ley (Estudios Doctrinales)*, 8787. 2016.

²⁷ COSTA REYES, Antonio: «Nulidad del despido por vulneración de la libertad ideológica. Sobre los límites del recurso de suplicación y el alcance de la llamada inversión de la carga de la prueba. STSJ País Vasco 30 noviembre 2011 (AS 2012, 1047)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 5 (6), pp. 69-77. 2012.

²⁸ GARCÍA NINET, José Ignacio. «Móvil antisindical contundentemente probado. Comentario a la STSJ Madrid, de 18 de septiembre de 2016». *Aranzadi Social*, 1, pp. 3238-3251. 2007.

malmente, se asienta en las circunstancias temporales, en la conexión temporal que presentan los dos anteriores»²⁹. De este modo, no resulta imprescindible que el trabajador acredite de manera indubitada dicha conexión, que además se presentará con relativa frecuencia como opaca u oculta.

Tendrán aptitud probatoria tanto los hechos plenamente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho, como los que no generen una conexión tan clara pero sí tengan entidad suficiente para sostener razonablemente la hipótesis de la conducta lesiva. En todo caso, no obstante, deberá acreditarse la necesaria conexión, para lo cual no bastará con meras alegaciones retóricas³⁰. Dicha vinculación deberá articularse a través de indicios o principios de prueba pertinentes para ello³¹, siendo aceptable a tales efectos incluso la prueba estadística, del mismo modo que en los supuestos de discriminación indirecta³². Debe advertirse que al trabajador no le corresponde «formar de manera plena la convicción del Juez sino más bien inducir a una creencia racional de la certeza o, incluso, de la probabilidad real de un cierto clima discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales»³³.

En estas circunstancias, al empleador le corresponderá acreditar que la motivación de su actuación es la sostenida o, al menos, que no guarda conexión alguna con un propósito lesivo de derechos fundamentales. Para ello, un argumento especialmente sólido será que la decisión haya sido adoptada con anterioridad a tener conocimiento de la reclamación del trabajador, lo que exigirá cumplida prueba por parte de la empresa³⁴.

Cuando lo anterior no ocurra, será necesario entrar en el ámbito de la justificación del motivo alegado. Para ello, este tendrá que resultar proporcional a la entidad del incumplimiento imputado al trabajador en el caso

²⁹ TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco Javier: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.), p. 682.

³⁰ Como establece la STSJ Andalucía/Sevilla 1225/2017, de 20 de abril, rec. 1580/2016, la peculiaridad se encuentra en que el actor no debe aportar «la prueba total de la existencia de los hechos discriminatorios sino únicamente (...) unos datos de los que se pueda deducir la probabilidad de que se ha producido la violación alegada (...) [no bastando con] meras sospechas (pues “sospechar es imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencias”) ni “simples hipótesis, conjeturas o razonamientos del trabajador”, sino “señales o acciones que manifiestan algo oculto” y de los que “se puede deducir la posibilidad de que aquella (la violación) se ha producido”». En el mismo sentido, véase GARCÍA NINET, José Ignacio. «Móvil antisindical contundentemente probado...» (Bibl. cit.).

³¹ STC 41/1999.

³² STS de 14 de mayo de 2014, RCU 2328/2013. Al respecto de la discriminación indirecta, véase también ALESSI, Cristina: «El principio de no discriminación en las relaciones de trabajo atípicas: apuntes sobre la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *Temas Laborales*, 141, pp. 67-92. 2018.

³³ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), p. 115.

³⁴ Es el caso abordado, entre otras, en la SJS4 Palma de Mallorca 238/2018, de 16 de abril, Autos 690/2015 o STSJ Castilla-La Mancha 529/2016, de 22 de abril, rec. 118/2016.

concreto³⁵, con lo cual trata de evitarse que el empleador pueda aprovechar un mínimo incumplimiento o falta en otras ocasiones tolerada para revestir de legalidad una actuación que persigue un fin realmente inconstitucional³⁶. De igual manera, se exige la proporcionalidad con las necesidades de la empresa, en el caso de la alegación de causas objetivas. En definitiva, deberá acreditarse que la medida se habría producido de igual manera si no se tratase de un trabajador litigante³⁷.

En conclusión, la jurisprudencia constitucional consideró (en el ámbito de la libertad sindical, si bien plenamente aplicable al resto de derechos fundamentales) que, para rechazar la existencia de una lesión de tales derechos, el órgano judicial habrá de alcanzar:

... la convicción no de que el despido “no es absolutamente extraño” a la utilización del mecanismo disciplinario, sino de que el despido es absolutamente extraño a una conducta de carácter antisindical, de modo que pueda estimarse que, aun puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímilmente, en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias, para entender como razonable, desde la mera perspectiva disciplinaria, la decisión empresarial³⁸.

La acogida de esta doctrina no ha sido nada pacífica, pues su aplicación práctica ha suscitado ciertos problemas. Con dicha doctrina quedó fijado que para excluir la lesión del derecho fundamental al empresario le bastará, en principio, con acreditar que los motivos en los que ha sustentado su actuación son legítimos o, al menos, resultan razonablemente ajenos a todo propósito lesivo³⁹. Sin embargo, en algunos supuestos se ha exigido un paso más, y es que se ha solicitado acreditar no solo su «carácter por completo ajeno a todo propósito atentatorio»⁴⁰ contra derechos fundamentales, sino también «la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida adoptada»⁴¹.

A este efecto, no será suficiente cualquier actuación probatoria por parte de la empresa, sino que esta tendrá que demostrar de forma contundente que su actuación se encontraba justificada. En este sentido es especialmente ilustrativa la STC 138/2006, que excluye que dicha carga probatoria pueda cumplirse con la declaración de otros trabajadores, cuando estos son supe-

³⁵ COSTA REYES, Antonio: «Nulidad del despido por vulneración de la libertad ideológica...» (Bibl. cit.).

³⁶ SEGALÉS FIDALGO, Jaime: «Las garantías de indemnidad frente a los poderes...» (Bibl. cit.).

³⁷ MORÁN ROA, Sonia: «La protección jurídica del trabajador reclamante...» (Bibl. cit.).

³⁸ STC 104/1987.

³⁹ GALA DURÁN, Carolina: «Ausencias del trabajo y garantía de indemnidad. STSJ Cataluña 4 marzo 2014 (AS 2014, 913)». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 171, pp. 311-317. 2014.

⁴⁰ STC 197/1990.

⁴¹ *Ibidem*.

riores «a cuyas órdenes se encontraba el trabajador en los días en que sucedieron los hechos imputados, cuyas instrucciones presuntamente desobedeció y en virtud de cuyas denuncias fue incoado el correspondiente expediente disciplinario».

Ahora bien, se ha considerado que de tal exigencia no debe deducirse que la falta de acreditación de la perfecta validez de la causa del despido sea automáticamente equivalente a la lesión del derecho fundamental⁴². Esta interpretación, no obstante, presenta serias dudas que han motivado algunas críticas⁴³. Al respecto debe señalarse, por ejemplo, que cualquier incumplimiento de cierta entidad –aunque no justificativo de un despido– permitiría al empleador adoptar la decisión extintiva que, en el peor de los casos, sería calificada exclusivamente como improcedente, al concurrir motivos tan solo de cierto grado de suficiencia.

Asimismo, este planteamiento supondría aceptar que existen derechos fundamentales con diversos niveles de protección, ya que la propia legislación vigente prevé para los casos de discriminación por sexo especialmente protegidos en la norma⁴⁴ la consecuencia de la nulidad objetiva cuando no se acredite la absoluta procedencia de la actuación empresarial⁴⁵. No obstante, esta es la opción aceptada por el legislador, que ha reservado los supuestos de nulidad objetiva⁴⁶ para situaciones muy determinadas y ceñidas a ese concreto derecho fundamental, excluyendo en consecuencia al resto⁴⁷.

⁴² IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.).

⁴³ SEGALÉS FIDALGO, Jaime: «Las garantías de indemnidad frente a los poderes...» (Bibl. cit.).

⁴⁴ Se hace referencia a las letras a, b y c de los art. 53.4 y 55.5 ET.

⁴⁵ RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa: «Limitaciones del derecho al desistimiento en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar. Cuantía indemnizatoria y reparación por daños morales de la trabajadora embarazada». *Temas Laborales*, 146, pp. 211-222. 2019. Debe tenerse en cuenta que esta causa de nulidad operará incluso en los casos en que el empleador desconozca que concurre la situación protegida (STC 92/2008). En este particular, véase también RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa: «Garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada: un límite al poder de dirección empresarial... ¿con efectos perversos?». *Temas Laborales*, 103, pp. 209-218. 2010.

⁴⁶ Denominada en algunos casos, de una forma que consideramos absolutamente errónea, «nulidad menor» (STSJ País Vasco 230/2015, de 3 de febrero, rec. 46/2015).

⁴⁷ Respecto de la nulidad objetiva en supuestos de embarazo, véase MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «La garantía de indemnidad de la trabajadora embarazada frente a los despidos injustificados». *Diario La Ley*, 6615, pp. 1-5. 2006. Por su parte, Cámara Botía explica con gran de claridad los motivos por los que se abandona el dualismo (entre despido improcedente y despido discriminatorio nulo) en favor de una tercera opción que otorga una mayor protección a los despidos lesivos de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, amparándose así situaciones que difícilmente podrían entenderse incluidas dentro de los supuestos de discriminación por razón de sexo. Al respecto, véase CÁMARA BOTÍA, Alberto: «El despido y la conciliación de la vida familiar y laboral». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, pp. 269-311, 2017. Precisamente por este motivo se ha señalado que esta tercera opción va «dirigida a combatir la subsistencia de manifestaciones de discriminación por razón de sexo» (CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, y ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*. Madrid: Thomson – Civitas. 2007, pp. 23 y 24).

La cuestión será entonces determinar qué causa puede ser considerada seria y suficiente. En este particular, la doctrina ha criticado que el TC no se haya mostrado especialmente riguroso a la hora de establecer criterios sólidos en cuanto a la prueba que necesita la empresa para acreditar que su actuación es conforme a Derecho⁴⁸. De este modo, aunque las causas sean ilícitas, lo determinante será que sean extrañas a la vulneración⁴⁹. Por ejemplo, se ha señalado como suficiente una causa que, si bien puede ser considerada injusta y por ende improcedente, se fundamente en un ejercicio erróneo de los poderes empresariales⁵⁰. No obstante, es evidente que:

La naturaleza disciplinaria de lo imputado no neutraliza indicio alguno. Tiene solo una dimensión normativa y apriorística, que ha de someterse a la práctica probatoria correspondiente, en la que se deduce no ya la caracterización abstracta de la causa extintiva invocada en la carta de despido sino su concreción efectiva en el caso⁵¹.

En caso contrario, se haría depender «la neutralización del indicio de prueba aportado por el trabajador simplemente de la mayor o menor habilidad para “construir” unos aparentes motivos de despido relevantes y proporcionados a la decisión adoptada»⁵².

Además, se ha llegado a considerar que la desvinculación entre el despido y el ejercicio de la acción puede también probarse en el acto de juicio al margen de los motivos alegados en la carta de despido⁵³. No obstante, este planteamiento puede implicar un debilitamiento de la posición procesal del trabajador, que acudirá a juicio sin saber absolutamente nada acerca de los motivos que el empresario alegará para justificar su actuación.

Por otra parte, se ha afirmado que no desvirtúa la existencia de indicios la mera conveniencia empresarial, por ejemplo, en los casos en que se opta por la externalización productiva⁵⁴ o cuando se apoye en una concreta política empresarial⁵⁵. Tampoco se excluye de forma automática la existencia de una lesión de derechos fundamentales cuando el empresario actúe bajo la cobertura

⁴⁸ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.).

⁴⁹ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.).

⁵⁰ SEGALÉS FIDALGO, Jaime: «Las garantías de indemnidad frente a los poderes...» (Bibl. cit.).

⁵¹ STC 41/2006.

⁵² STC 138/2006.

⁵³ SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel: «El artículo 24.1 CE, en particular, el canon reforzado de motivación cuando queda comprometido un derecho fundamental sustantivo». *Diario La Ley*, 7288. 2009.

⁵⁴ STC 16/2006.

⁵⁵ STC 144/2005.

formal del ejercicio de las potestades empresariales reconocidas en la legislación vigente⁵⁶.

En todo caso, se ha concluido que no puede exigirse que la circunstancia alegada justifique con carácter absoluto una correcta administración del poder sancionatorio o de cualquier otra potestad empresarial fundamentada de manera definitiva. Lo anterior equipararía las actuaciones lesivas de derechos fundamentales a una situación equivalente a la garantizada por la nulidad objetiva prevista para las situaciones derivadas de la igualdad de trato y no discriminación reguladas en los apartados a, b y c del art. 53.4, así como en los apartados a, b y c del art. 55.5 ET. Así, el único pronunciamiento posible sería el de nulidad o procedencia del despido⁵⁷.

En los supuestos derivados del ejercicio de derechos fundamentales, los parámetros que deben ser tenidos en cuenta son distintos a los de la nulidad objetiva⁵⁸. De hecho, y como ha aclarado la propia jurisprudencia constitucional, ni tan siquiera la consideración de una actuación como ajustada a la legalidad o procedente eliminaría, por sí sola, toda posibilidad de que pueda terminar declarándose lesiva de derechos fundamentales.

Según puede observarse, la relevancia de una adecuada aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba en los procesos donde se denuncia la vulneración de derechos fundamentales no es en absoluto despreciable⁵⁹. Como consecuencia de ello, se ha apreciado que la desatención a esta tuitiva doctrina no queda reducida al ámbito meramente procesal, sino que provoca una lesión del derecho fundamental en juego. Esto se debe a que «la ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador»⁶⁰. De esta manera, la cuestión de la carga de la

⁵⁶ STC 38/2005.

⁵⁷ En este sentido, véase GÓMEZ GARCÍA, Francisco Xabiere: «¿Despido improcedente de víctima de violencia de género o vulneración de su derecho a la indemnidad? (sobre la STSJ Cataluña 9 febrero 2017)». *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 5, pp. 137-144. 2018.

⁵⁸ Al respecto, véase VELASCO PORTERO, María Teresa: «Nulidad de despido colectivo que afecta a persona con reducción de jornada para el cuidado de menores, discapacitados o familiares: la información sobre los criterios de selección». *Temas Laborales*, núm. 144, pp. 197-210. 2018. Véase también GALLEGU MOYA, Fermín: «Embarazo y despido. Veinte años en el camino hacia la igualdad: de la Ley 39/1999 al RD Ley 6/2019». *Revista de Derecho Social*, núm. 88, 2019, pp. 219-244.

⁵⁹ Al respecto, véase la STC 101/2000, comentada, a su vez, en MONTOYA MELGAR, Alfredo: «Despido en represalia por haber ejercitado el trabajador el derecho a la tutela judicial efectiva. Comentario a la STC 101/2000, de 10 de abril». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII*, p. 201 y siguientes. Madrid: Civitas. 2000.

⁶⁰ STC 90/1997.

prueba se sitúa en el propio núcleo de la tutela del derecho fundamental, puesto que:

La no aplicación por los órganos jurisdiccionales de las reglas de la prueba indiciaria equivale, en sí misma, a una lesión del derecho fundamental sustantivo o, más exactamente, al consentimiento en la no reparación de la lesión empresarial por aquellos, por lo que la resolución judicial que así se pronuncia será ilegal y arbitraria⁶¹.

Esta misma consideración acarrea una consecuencia que resulta crucial y es que en los procesos en los que se invoque la lesión de derechos fundamentales surge un nuevo requisito: las resoluciones judiciales exigirán un especial esfuerzo de motivación por parte del órgano judicial.

Para entender la trascendencia de esta obligación, debe recordarse que la doctrina general sobre la motivación de las resoluciones judiciales no exige «un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos»⁶², de modo que resulta perfectamente válida una fundamentación escueta y concisa sobre el fondo de la cuestión planteada. No obstante, cuando se denuncia la lesión de derechos fundamentales, las resoluciones judiciales tienen un deber específico de incidir en la motivación de su fundamentación, haciendo ejercicio de lo que se ha denominado una «motivación específica o reforzada»⁶³.

1.2 Irrelevancia del elemento volitivo

La jurisprudencia constitucional ha tenido oportunidad de analizar supuestos en que la lesión de derechos fundamentales se produce sin que conste con claridad la existencia de un elemento volitivo por parte del empresario. La conclusión es favorable a declarar la no necesidad de concurrencia de este elemento:

La vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irre-

⁶¹ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.), p. 868. En este mismo sentido, véase CARRATALÁ TERUEL, José Luis: «Sobre el derecho de indemnidad y la carga de la prueba en despidos contrarios a derechos fundamentales. [Comentario a la STC de 22 julio 1999 (RTC 1999,140)]». *Aranzadi Social*, núm. 3, pp. 2938-2940. 1999.

⁶² STC 14/1991.

⁶³ STC 116/1998.

levante y basta constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma⁶⁴.

Tal y como ya hemos adelantado en un epígrafe anterior del presente trabajo⁶⁵, esta doctrina se aplica igualmente al ámbito de la garantía de indemnidad. La STC 6/2011, por ejemplo, resuelve con nitidez esta cuestión, abordándola en el supuesto de un grupo de trabajadores que se encontraban incluidos en una bolsa de contratación de Correos. Apreciaron, no obstante, estar siendo preteridos en dicha bolsa por encontrarse categorizados en el sistema informático como «no disponibles». Esto era debido a que habían interpuesto demandas por despido frente a dicha empresa, que habían concluido con la extinción de la relación laboral.

La empresa, por su parte, alegó que dicha actuación se sustentaba en un criterio pactado con las centrales sindicales, según el cual se establecía como requisito para pertenecer a dichas bolsas el no haber sido despedido o indemnizado por Correos. De este modo, sostuvo que:

Las reglas de exclusión de las bolsas de contratación de los trabajadores despedidos precedentemente o indemnizados, establecidas mediante una norma convencional, general y abstracta, poseen una justificación objetiva, razonable y proporcionada, por lo que no resultan contrarias a la garantía de indemnidad ni implican vulneración alguna del derecho a la tutela judicial efectiva [...]. En suma, la consecuencia perjudicial que constituye la exclusión de las bolsas de empleo no ha sido efecto directo de la previa decisión empresarial extintiva, de la dinámica y regulación legal de la extinción contractual o de la voluntad de cumplimiento de unos acuerdos, sino que se desencadena sólo y exclusivamente por la acción de los trabajadores impugnando sus ceses.

Dado que la única justificación de la actuación empresarial se fundamenta en el previo ejercicio de su derecho de acceso a la jurisdicción, el TC resuelve que, en efecto, debe declararse que dicha consecuencia es lesiva del derecho fundamental, con independencia de este carácter haya sido pretendido o no.

Esta sentencia supone un importante paso adelante en cuanto a la garantía de indemnidad, porque constituye la primera aplicación a esta figura de la consideración de que el requisito volitivo no es determinante. A partir de este pronunciamiento, viene concluyéndose que existe lesión del derecho si se aprecia la concurrencia de un perjuicio para el trabajador reclamante cuya única causa provenga de haber formulado dicha reclamación.

⁶⁴ STC 11/1998.

⁶⁵ Hacemos referencia al epígrafe destinado a analizar el «concepto amplio de represalia», incluido en el Capítulo IV, apartado 2.1.

Con esta doctrina queda establecido que lo fundamental no es atender a la existencia de una intención subjetiva por parte del empleador, sino al impacto que la actuación genere para el trabajador reclamante⁶⁶. Ese es el elemento con respecto al cual debe discernirse si es justo o no⁶⁷. Despojando de importancia al propósito lesivo, se avanza hacia la objetivización del perjuicio sufrido⁶⁸ y, en consecuencia, la protección se aplica no solo a una represalia deseada, sino incluso a una concreta interpretación de la normativa vigente en clave inconstitucional⁶⁹.

Se trata, sin duda, de un paso valiente y acertado, que supone un avance crucial en la configuración de la garantía de indemnidad, en tanto que exonera al trabajador de afrontar la gran carga y dificultad que supondría acreditar que la actuación empresarial ha tenido como causa la voluntad de imponer un castigo o sanción al trabajador que reclama.

Con facilidad podría encontrarse un paralelismo entre esta doctrina y la figura de la discriminación indirecta (relativa a la discriminación por razón de sexo), que puede describirse como:

... [aquella] situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados (art. 6.2 LOI).

Esta construcción trata de evitar que, con amparo en normas aparentemente objetivas y no vulneradoras de derechos fundamentales, se obtenga un resultado lesivo de los mismos. De este modo, se puede observar un claro avance hacia una protección objetiva de dichos derechos, motivado por la conciencia de las dificultades probatorias que puede encontrar una actuación de este tipo.

La doctrina acerca de la no necesidad del elemento volitivo para la consideración de la garantía de indemnidad adquiere una especial vigencia ante la problemática que se relaciona con los sistemas automatizados de organización

⁶⁶ En este sentido, véase también ROJO TORRECILLA, Eduardo: «Sigue la saga universitaria. Despido nulo. Contratos de ayudante doctor y posteriores contratos de profesor visitante. Notas a la sentencia del TSJ de Madrid de 21 de septiembre de 2018». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2018/10/sigue-la-saga-universitaria-despido.html>. Publicado el 10.10.2018. Recuperado el 30.05.2020.

⁶⁷ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Garantía de indemnidad: sentencias clave...» (Bibl. cit.).

⁶⁸ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: «Una nueva vuelta de tuerca...» (Bibl. cit.).

⁶⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

empresarial, en los que los criterios de desarrollo del trabajo adquieren una apariencia objetivizada a causa del uso de mecanismos informáticos⁷⁰. Recordemos la ya mencionada casuística de los sistemas de organización y distribución del trabajo fundamentados en algoritmos, propios de los esquemas de la denominada economía colaborativa. En estos supuestos, puede plantearse que una actuación empresarial se encuentra descargada de propósito lesivo al producirse en atención a esquemas matemáticos preconstituidos. Sin embargo, este planteamiento queda desmentido a la luz de la doctrina que estamos analizando, que permite evitar precisamente que un resultado lesivo de derechos fundamentales sea justificable en base a supuestas organizaciones automáticas del trabajo.

1.3 Necesidad de pertinencia subjetiva de la medida

En el seno de la empresa, con frecuencia tendrán lugar determinadas circunstancias que justifiquen la adopción de medidas restrictivas de derechos laborales. Hacemos referencia, específicamente, a las medidas de flexibilidad interna y externa, que pueden ser adoptadas por determinadas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En tales casos, y siempre que concorra el supuesto de hecho, la empresa podrá llevar a cabo ajustes, que se podrán traducir en modificaciones de condiciones de trabajo, suspensiones de contrato, reducciones de jornada, etc. –y, por supuesto, el despido.

En los últimos años, no obstante, se ha producido una clara flexibilización de las relaciones laborales. Resulta ilustrativo recordar que, cuando en el período previo al inicio de la crisis económica de 2007-2008 se hacía referencia a los despidos con fundamento en causas económicas, el debate giraba en torno a cuántos años de pérdidas económicas justificaban la amortización del puesto. En la actualidad, la flexibilización es tal que no se precisa ni tan siquiera una situación de pérdidas económicas actuales para proceder al despido de un trabajador. En el supuesto de otras medidas de flexibilidad interna (como pueden ser las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo) la situación es aún más clara, ya que la flexibilización de las causas lleva a amparar prácticamente cualquier actuación empresarial bajo justificaciones muy limitadas o difusas.

⁷⁰ A ellos se ha hecho ya amplia referencia en el epígrafe del presente trabajo relativo al empresario como sujeto represivo paradigmático, incluido en el Capítulo III, apartado 2.1., al que nos remitimos al objeto de evitar reiteraciones.

No puede perderse de vista que, en estas circunstancias, la empresa tendrá amplios márgenes de actuación a la hora de seleccionar al personal afectado por dichas medidas. Además, esta flexibilidad se ha incrementado notablemente a raíz de las reformas laborales que tuvieron lugar en el período 2010-2012 y que contribuyeron a una clara descausalización de las medidas de reestructuración empresarial, al atenuar las exigencias de justificación y la eliminación de componentes finalistas⁷¹. Esto se fundamentó en el cuestionable objetivo de la eficiencia económica, que se trataba de conseguir por la vía de robustecer la seguridad jurídica del empresario que adopta estas medidas (obviamente, en perjuicio de la del trabajador que las sufre⁷²). En este escenario quedó limitado de manera muy relevante el control jurisdiccional sobre las decisiones empresariales⁷³.

Las medidas referidas podrán ser adoptadas en el ámbito de procedimientos colectivos o individuales⁷⁴ y existirá en ellas una disparidad de garantías. Así, en el ámbito de las medidas colectivas, los representantes de los trabajadores podrán pactar con la empresa, en el período de consultas, determinados criterios de selección que, por supuesto, deberán ser respetuosos con los valores constitucionales⁷⁵. Ello no obstante, la empresa tendrá cierto margen de disposición a la hora de elegir qué trabajadores concretos se verán afectados

⁷¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma: «La dimensión organizativa empresarial...» (Bibl. cit.). En este sentido ha sido muy descriptivo el prof. Cámara Botía, al señalar, en referencia al propósito de dichas reformas, que «podría decirse que llegados a este punto habríamos alcanzado el fin de esta historia, victoriosa la flexibilidad sobre la rigidez, y simplemente habría que dejar operar naturalmente a empresarios y trabajadores dentro del nuevo marco normativo (...). No obstante, como bien se sabe, la historia continúa...», en CÁMARA BOTÍA, Alberto: «Contrato de trabajo y política: del fomento del empleo al apoyo a los emprendedores». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, 2016, p. 43.

⁷² BAZ TEJEDOR, José Antonio: «Desafíos para la tutela judicial...» (Bibl. cit.).

⁷³ Tal y como señala la STS de 27 de enero de 2014, RC 100/2013, tras haber descartado que a los órganos del Poder Judicial les corresponda la labor de realizar un juicio de oportunidad (esto es, si la medida es la óptima para alcanzar el objetivo al que se aspira) sobre las medidas, el control judicial debe ceñirse a emitir un juicio de legalidad y de «razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada». Sin embargo, y especialmente cuando existen indicios de vulneración de derechos fundamentales, este análisis debe analizar si la medida adoptada se adecúa idóneamente al objetivo (juicio de idoneidad).

⁷⁴ En este sentido, véase CÁMARA BOTÍA, Alberto: «Ley y jurisprudencia en la modificación de las condiciones de trabajo». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 109 (Ejemplar dedicado a: *La reforma laboral de 2012 y su desarrollo*), pp. 31-60, 2014.

⁷⁵ Ya no se hace referencia exclusivamente a la posibilidad de que los criterios puedan resultar discriminatorios. Puede ocurrir que dichos criterios sean, en sí mismos, lesivos de la garantía de indemnidad. Es el caso de la STSJ Canarias/Las Palmas 1731/2014, de 27 de octubre, rec. 889/2014, que analiza el establecimiento de la disponibilidad para aceptar una jornada determinada como criterio de selección del personal afectado por una medida de flexibilidad, en un contexto donde se habían iniciado numerosas acciones judiciales y reivindicativas contra el establecimiento de dicha jornada. El trabajador demandante, en coherencia con el ejercicio de las acciones formuladas, se negó a aceptar dicha disponibilidad, motivo por el que fue designado como personal afectado por la decisión extintiva. La resolución analizada descarta la alegación empresarial, que se apoya en la mayor productividad de los trabajadores que aceptaban

por las medidas. Esto, teóricamente al menos, deberá producirse atendiendo a criterios de razonabilidad y coherencia con el propósito perseguido⁷⁶, pero nada impedirá que en determinados supuestos esa posibilidad se traduzca en dosis potencialmente altas de discrecionalidad.

Ahora bien, la existencia de una reestructuración organizativa general no neutraliza por sí misma el panorama indiciario, ya que nada excluye que dicho argumento se utilice como pretexto para dar cobijo a una actuación lesiva de derechos fundamentales⁷⁷. Puede ocurrir, por ejemplo, que se opte por despedir a los trabajadores que han optado por mantener una posición más reivindicativa u opuesta al despido colectivo (si ello sucede, además, en relación con una concreta actuación sindical por parte de los trabajadores, esta se encontrará protegida por el derecho fundamental correspondiente).

En tales supuestos a la empresa no le bastará con seleccionar al trabajador y aludir a la concurrencia de causas. Si el trabajador seleccionado aporta indicios que pueden hacer entender que detrás del acto de selección hay un propósito lesivo de derechos fundamentales, la actuación de la empresa no quedará justificada por la referencia a la situación que viene atravesando. El empleador deberá aportar un plus de motivación que permita entender que no ha utilizado la coyuntura para vulnerar derechos fundamentales.

Un caso particularmente interesante a este respecto es el analizado por la STS de 29 de diciembre de 2014, RC 93/2012, que confirma la nulidad del despido en el supuesto de una empresa que realiza una extinción colectiva, seleccionando mayoritariamente a los trabajadores que habían formulado demanda de extinción indemnizada de los contratos por impago de salarios. No obstante, resulta llamativo que dicha declaración de nulidad se sustente en la apreciación de fraude de ley y no en la lesión de la garantía de indemnidad⁷⁸.

dicha disponibilidad (en lo que podríamos considerar una práctica de discriminación indirecta), y considera vulnerada la garantía de indemnidad.

⁷⁶ POQUET CATALÁ, Raquel: «Criterios de selección, prioridad de permanencia, prohibición de discriminación y trabajadoras embarazadas». *Revista de Información Laboral*, 10, pp. 63-82. 2018.

⁷⁷ Tal y como establece la STS de 26 de noviembre de 2014, RCU 294/2013, «resulta posible que existan causas para un despido colectivo como tal y que, sin embargo, la inclusión en él de alguna determinada persona pueda considerarse contraria a Derecho. La concurrencia de causas globales no garantiza la corrección de las inclusiones singulares, [cabiendo] discutir la selección de los trabajadores afectados, sin por ello cuestionar la realidad de las causas justificativas del despido». En este mismo sentido, se ha señalado que «el poder empresarial resulta limitado con carácter general por el control de razonabilidad del despido y particularmente por el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores y al principio de no discriminación, la buena fe contractual y la prohibición del abuso de Derecho y del fraude de ley y el sometimiento de la decisión a criterios de proporcionalidad» (CÁMARA BOTÍA, Alberto: «El despido y la conciliación de la vida familiar y laboral». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pp. 289-290).

⁷⁸ La sentencia confirmada (STSJ Murcia 546/2012, de 9 de julio, rec. 3/2012) asimismo entendió –contra el criterio de los actores y del Ministerio Fiscal– que no existió lesión del derecho fundamental.

Para alcanzar tal conclusión, razona el TS que otros trabajadores demandantes de extinción no habían sido despedidos y que la empresa había llevado a cabo lo que la Inspección de Trabajo consideró «una argucia» que perseguía el ahorro de indemnizaciones.

Con independencia del acierto de la sentencia en términos de legalidad ordinaria, parece discutible la falta de apreciación de una actuación lesiva de la garantía de indemnidad, pues existió una conexión clara entre el ejercicio del derecho y la selección de los trabajadores despedidos. La sentencia recurrida descartó esta posibilidad basándose en el hecho de que el despido no había afectado a la totalidad de los trabajadores que habían reclamado al amparo del art. 50 ET, y en que otros trabajadores habían formulado con anterioridad una reclamación similar y no fueron despedidos. No obstante, resulta difícil compartir esta posición, dado que este supuesto parece paradigmático de algo que ya hemos señalado: el peligro de que la existencia de indicios se haga depender de la habilidad de la empresa de camuflar la lesividad de su actuación (lo cual puede conseguirse muy fácilmente haciendo extensiva la medida adoptada a algunos otros trabajadores distintos de los demandantes).

Además, debe recordarse que –tal y como ha manifestado de manera contundente algún sector de la doctrina– una situación económica negativa plenamente acreditada no es necesariamente incompatible con la existencia de una represalia. De hecho, tal compatibilidad es incluso más factible cuando la decisión empresarial no se fundamenta en una causa imputable al trabajador (por ejemplo, disciplinaria), sino en causas ajenas a su persona y desempeño, tales como una situación deficitaria de la empresa o la finalización de la contrata por voluntad de un tercero⁷⁹.

Esta circunstancia no es equiparable a las prioridades de permanencia previstas en la norma legal⁸⁰ o a las que puedan pactarse en los períodos de consultas⁸¹. En dichos supuestos se prevé una protección automática, que impedirá al empresario priorizar a determinados trabajadores (o, por contra, postergarlos a una última posibilidad) dentro del proceso de determinación del ámbito subjetivo de la medida. En cambio, en los supuestos de trabajadores que puedan aportar indicios de que su selección ha sido lesiva de derechos fundamentales, la empresa no se verá obligada a otorgarles una especial pro-

⁷⁹ CABEZA PEREIRO, Jaime: «La garantía de indemnidad en caso de decisiones...» (Bibl. cit.).

⁸⁰ Por ejemplo, en virtud de lo establecido en el art. 51.5 ET, en procedimientos de despido colectivo se prioriza la permanencia de los representantes legales de los trabajadores.

⁸¹ El mismo art. 51.5 ET establece que «mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad».

tección, anteponiendo la designación de otros trabajadores antes que la de estos. Sí que deberá, en cambio, aportar una justificación suficiente de qué criterios le han llevado a adoptar la decisión, con el fin de despejar cualquier posible duda de que el acto de selección del trabajador se haya utilizado para lesionar el derecho fundamental⁸². Eso sí, la selección del trabajador deberá ser coherente con las causas alegadas y no manifestarse como caprichosa⁸³. Vuelve a ser pertinente concluir que lo determinante será discernir si la selección del trabajador habría sido la misma si se pudiese entre paréntesis el ejercicio del derecho fundamental⁸⁴.

1.4 Actuaciones pluricausales

Queda claro que la existencia de una lesión del derecho fundamental no tiene por qué apreciarse en todos los supuestos, ni siquiera cuando se aportan indicios: y es que perfectamente puede ocurrir que la empresa consiga acreditar la existencia de causas sólidas y consistentes que permitan contrarrestar tales indicios y desvincular la decisión adoptada por el empleador del previo ejercicio de derechos fundamentales.

Por supuesto, la concurrencia de una justificación verosímil para la extinción del contrato no implica de forma automática que no ha sido vulnerado el derecho. Ahora bien, la constatación de que se ha lesionado el derecho fundamental al operar la decisión empresarial no impide que la misma, simultáneamente, venga a reprender la comisión de un ilícito laboral, igualmente constatado.

⁸² Resulta de especial interés la STC 183/2015, que establece lo siguiente: «En lo que atañe a la carga probatoria del empresario, una vez aportado por el trabajador demandante un panorama indiciario, este Tribunal ha sentado una serie de criterios coincidentes en casos de muy diversa naturaleza, disciplinaria o de otro carácter (por todas, SSTC 140/2014, 30/2002, o 98/2003. Es menester sintetizarlos en los siguientes términos: i) no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales; ii) no es suficiente tampoco una genérica explicación de la empresa, que debe acreditar *ad casum* que su acto aparece desconectado del derecho fundamental alegado; iii) lo verdaderamente relevante es que el demandado lleve a la convicción del juzgador que las causas que aduce para sustentar la decisión adoptada quedan desligadas y son por completo ajenas al factor protegido; iv) una vez acreditada la desconexión entre la medida empresarial y el derecho que se dice vulnerado será ya irrelevante la calificación jurídica que la causa laboral alegada merezca en un prisma de legalidad ordinaria [...]. Esto es, ante un indicio de lesión, la carga de la prueba del empresario debe estar dirigida a demostrar que su decisión de naturaleza económica (en el presente caso con efectos extintivos) no queda ni intencional ni objetivamente asociada al factor protegido, se haya articulado o no correctamente en términos de legalidad ordinaria y con independencia por tanto de su calificación jurídica».

⁸³ RIERA VAYREDA, Carlos: *El despido nulo...* (Bibl. cit.).

⁸⁴ STC 104/1987.

Esto es lo que se ha denominado como actuaciones pluricausales. Así es como las define la jurisprudencia constitucional:

... aquellos despidos disciplinarios en los que, frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental [...] el empresario alcanza a probar que el despido obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador que justifican la adopción de la medida extintiva⁸⁵.

Estas actuaciones se diferencian claramente de aquellas otras en las que la empresa alegue causas supuestamente justificantes de la medida perjudicial para los intereses del trabajador, pero no las consiga demostrar. Es en estos términos como la doctrina distingue entre los despidos pluricausales y los encubiertos⁸⁶.

Las aludidas actuaciones pluricausales, por tanto, hacen referencia a supuestos en los que se constata una actuación lesiva de derechos fundamentales, pero esta coexiste con incumplimientos probados del trabajador. De ahí la denominación, ya que, «de manera patente, concurren dos causas distintas: la atentatoria al derecho fundamental y la disciplinaria»⁸⁷. En estos casos, emerge un claro dilema: debe analizarse si ha de prevalecer el carácter anticonstitucional de la actuación o las causas justificativas del despido.

Algunos autores han señalado que: «dado que no resulta posible salvaguardar los intereses de ambas partes, [la solución] debe pasar por dar prevalencia al derecho fundamental en juego, y ello supone que, aun concurriendo una conducta sancionable, debe declararse inexorablemente la nulidad del despido»⁸⁸. No obstante, el TC parece haber adoptado otro camino, considerando que podrá neutralizarse el panorama indiciario aportado por las siguientes vías:

... i) acreditando de manera plena la causa legal expresada en la carta de despido, aunque solo y siempre que –y éste será el parámetro de constitucionalidad– ese resultado probatorio pruebe efectivamente la desvinculación entre el acto empresarial y el derecho fundamental invocado; la declaración de procedencia del despido no permite descartar por tanto –en todo caso y sin excepción– que éste sea lesivo de derechos fundamentales (por todas, STC 14/2002, de 28 de enero, FJ 7); ii) alternativamente, los indicios también podrán resultar contrarrestados, incluso si no llega a probarse el incumplimiento disciplinario aducido en la carta de despido (también, por tanto, si el despido no es declarado precedente), cuando el empresario demandado demuestre que los hechos motivadores de su

⁸⁵ STC 41/2006.

⁸⁶ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: La garantía de indemnidad en la doctrina social... (Bibl. cit.).

⁸⁷ *Ibidem*, p. 130.

⁸⁸ *Ibidem*.

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

decisión se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de los derechos fundamentales que se denuncien vulnerados, que es, de nuevo, lo trascendente desde la perspectiva constitucional⁸⁹.

La figura del despido pluricausal ya apareció en la primera STC que abordó (de forma implícita) la garantía de indemnidad: la citada STC 7/1993. Se señalaba en ella que:

Quando se ventila un despido «pluricausal», en el que confluyen una causa, fondo o panorama discriminatorio, y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado.

La obligación del empresario, de todos modos, sigue siendo la misma: acreditar de forma verosímil que el despido se habría producido igualmente, aun en ausencia de indicios de vulneración de derechos fundamentales, por concurrir causas serias, reales y suficientes que permitan considerar razonable su decisión de despedir⁹⁰.

En estos supuestos, el trabajador debe asumir la denominada «retroinversión de la carga de la prueba». En este caso, no bastará con que aporte indicios del ejercicio de un derecho fundamental, sino que además deberá lograr que el juez termine con el convencimiento de la total irrelevancia de la causa formal invocada por el empresario para justificar su actuación inconstitucional. Por ese motivo, se ha sugerido que debe adoptarse una posición más garantista que haga recaer sobre el empleador con un mayor énfasis la carga de acreditar que su actuación no tenía un fin represivo encubierto –incluso aunque esto implique prácticamente atribuir al empresario la carga de demostrar la procedencia de la medida (por ejemplo, acreditando que en supuestos similares se ha actuado de igual manera⁹¹). En todos estos casos, cabrá examinar la adecuación, razonabilidad y proporcionalidad de la actuación, al objeto de apreciar si el derecho constitucional resulta o no lesionado. Si la actuación empresarial se considera desproporcionada, podría desprenderse el carácter represivo de la misma⁹².

⁸⁹ STC 203/2015.

⁹⁰ RIERA VAYREDA, Carlos: *El despido nulo...* (Bibl. cit.).

⁹¹ SEGALÉS FIDALGO, Jaime: «Las garantías de indemnidad frente a los poderes...» (Bibl. cit.).

⁹² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias...» (Bibl. cit.).

2. SUPUESTOS ESPECÍFICOS

Los supuestos en que concurra un propósito lesivo declarado o evidente y un perjuicio sufrido por el trabajador impuesto a través de la potestad disciplinaria empresarial son, en realidad, los menos habituales. Con cada vez mayor frecuencia, los tribunales tienen que abordar asuntos en los que la actuación empresarial se articula a través de la potestad empresarial organizativa u otras potestades empresariales ordinarias, disimulando así su finalidad represiva. En este apartado se analizan los supuestos particulares en que la represalia se articula a través de actuaciones acausales o discrecionales.

Prestamos atención igualmente a supuestos específicos, tales como cuando el empleador es una administración pública, donde rigen con especial fuerza los criterios de objetividad en su actuación, y los TRADE.

2.1 Actuaciones *ad nutum* y discrecionales

Aunque la legislación laboral establece determinados supuestos en los que el empleador puede adoptar decisiones totalmente acausales, no puede descartarse *a priori* que las opciones establecidas en la legislación ordinaria sean absolutamente inmunes a su utilización con un propósito lesivo de derechos fundamentales. Dicho de otra manera, cuando entran en juego derechos fundamentales y se aportan indicios sólidos de su posible vulneración, incluso las potestades empresariales más amplias y discrecionales deben analizarse de forma especialmente exhaustiva, al objeto de evitar que estos mecanismos sean puestos al servicio de un resultado inconstitucional. En estos casos, será responsabilidad del empleador acreditar que la extinción contractual «además de ajustada a la previsión legal, tenía un motivo material distinto de la causa reprochable legal y constitucionalmente»⁹³, y que este motivo era «más leve, siempre que razonable»⁹⁴.

Aunque se trate de actuaciones «libres» de regulación, no causales, que no precisan de motivación para su validez, no debe perderse de vista que, si entran en el ámbito de los derechos fundamentales, también pueden llegar a

⁹³ MONTROYA MELGAR, Alfredo: «La no conversión en indefinido de un contrato de trabajo temporal como supuesta represalia frente al ejercicio de la libertad de expresión. Comentario a la STC 80/2011, de 26 de marzo». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XIX*. Madrid: Civitas. 2001, p. 99.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 99.

considerarse ilícitas⁹⁵. En definitiva, la jurisprudencia constitucional viene entendiendo que, en todos estos supuestos, el empleador se acoge a actuaciones que se encuentran reguladas legal o contractualmente. Sin embargo, puede ocurrir que el empresario utilice estos mecanismos, *a priori* objetivos, con una finalidad lesiva de derechos fundamentales. De esta manera, aun cuando la potestad empresarial pueda resultar perfectamente ajustada a Derecho, si concurre su ejercicio con un panorama indiciario que sostenga una posible actuación anticonstitucional ya no bastará con la mera justificación amparada en la legalidad ordinaria (ya que esta facultad es perfectamente compatible con su instrumentalización al servicio de un resultado lesivo de derechos fundamentales). En estos casos, deberá exigirse una justificación causal de la decisión adoptada en el caso concreto, ya que solo así podrá evitarse que se utilicen las amplias facultades empresariales para provocar consecuencias contrarias a los derechos fundamentales. Esto no quiere decir que desaparezca la discrecionalidad, pero sí al menos que resulten transparentes las razones determinantes en las que se apoya la decisión empresarial –tales como la pérdida de confianza en las relaciones que se sustentan sobre dicho elemento–, y que estas se prueben ajenas al propósito lesivo de derechos fundamentales⁹⁶.

Podemos encontrar numerosas situaciones en lo que esto ocurre: es el caso del desistimiento en el período de prueba, el desistimiento en el ámbito de determinadas relaciones laborales especiales (alta dirección o empleadas de hogar), la no renovación de los contratos temporales, etc.

En el ámbito del desistimiento en el período de prueba, el art. 14 ET alude a la aptitud del trabajador para la prestación de servicios y otros factores relevantes (la adaptación a la organización empresarial, por ejemplo) como posibles motivos⁹⁷. Se trata de una valoración que puede ser realizada tanto por el empleador como por el trabajador, pudiendo cualquiera de los dos decidir durante ese período si el trabajo se adecua a sus intereses. El desistimiento durante el período de prueba es libre y no exige ninguna formalidad concreta, ni preaviso, ni comunicación escrita, ni motivación. Eso

⁹⁵ STC 84/2002.

⁹⁶ STC 10/2011. Véase al respecto ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «Garantía de indemnidad y decisiones discrecionales...» (Bibl. cit.); y GARCÍA RODRÍGUEZ, Bernardo: «Donde hay confianza... también hay garantía de indemnidad. STC 10/2011, de 28 de febrero (RTC 2011, 10)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 4, pp. 256-257. 2011.

⁹⁷ En este particular, nos remitimos al estudio mucho más detallado y pormenorizado que se realiza de la cuestión en GALLEGO MOYA, Fermín: *El período de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos*. Navarra: Aranzadi, 2016.

se traduce en que el control jurisdiccional se encontrará muy limitado⁹⁸. No obstante, cuando dicho desistimiento concorra con indicios de una vulneración anticonstitucional, deberá la empresa «justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria [y] explicitar que los motivos que la movieron eran ajenos a tal hecho o situación [...] que la obligaba a su vez [...] a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria»⁹⁹. De esta manera, se abre cierto margen para el control jurisdiccional del desistimiento en estos casos, si bien tendrá que ceñirse exclusivamente a lo relativo a los derechos fundamentales¹⁰⁰.

En cuanto a la no renovación de contratos temporales, la jurisprudencia constitucional también ha señalado que la actuación empresarial consistente en dar por concluida una relación laboral por el hecho de haberse alcanzado el término previsto en el contrato no tiene por qué resultar necesariamente respetuosa con los derechos fundamentales¹⁰¹. Un indicio determinante al respecto aparecería por ejemplo cuando lo normal acostumbraba a ser lo contrario, es decir, que se procediese a renovar el contrato pese a la llegada del término previsto en el mismo, de forma que cada vez que un contrato finalizaba se suscribía otro en idénticas condiciones. En estos casos, se considera un indicio sólido de la vulneración del derecho fundamental que esa falta de renovación se produzca precisamente tras la interposición de una acción judicial¹⁰².

En estos supuestos, una vez que se aportan indicios de la actuación lesiva de derechos fundamentales, le corresponderá al empleador descartar que la reclamación del trabajador le influyó a la hora de optar por la extinción del contrato de trabajo y no por la renovación o su conversión en trabajador fijo,

⁹⁸ NAVAS-PAREJO ALONSO, Marta: «Desistimiento en periodo de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuestos de incumplimiento de medidas preventivas». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 6 (2), pp. 281-303. 2013.

⁹⁹ STC 166/1988.

¹⁰⁰ QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda: «Extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 164, pp. 335-354. 2014. En este sentido, véase también GALLEGO MOYA, Fermín: «Protección de la mujer trabajadora frente a actos empresariales discriminatorios durante el período de prueba del contrato de trabajo. Marco constitucional y ámbito legal». *Revista de Derecho*, vol. 19, pp. 23-25, 2018.

¹⁰¹ En este sentido, véase ROJO TORRECILLA, Eduardo: «Vulneración de la garantía de indemnidad. Contratación administrativa irregular. Nulidad del despido. Nota a la sentencia del TS de 17 de junio». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/09/vulneracion-de-la-garantia-de.html>. Publicado el 23.09.2015. Recuperado el 30.05.2020.

¹⁰² STC 171/2005. En este sentido, véase también MARTÍNEZ FONS, Daniel: «La interpretación extensiva del alcance de la garantía...» (Bibl. cit.).

especialmente si esta había sido la regla hasta la fecha¹⁰³. En este sentido, se ha afirmado que:

La posición del TC ante una extinción para la que la ley exige como única causa el cumplimiento del término y frente a la que se oponen indicios de inconstitucionalidad, es la de convertir la extinción *ad nutum* en una extinción sustancialmente causal (aunque solo se exija lo que pudiéramos llamar una causa «leve»). El TC opta por entender que la decisión de no convertir un contrato temporal llegado a su fin en otro indefinido no cuenta con la suficiente cobertura legal como para eliminar la sospecha indiciaria de ilicitud (inconstitucional) de la medida¹⁰⁴.

En este tipo de actuaciones, la jurisprudencia constitucional ha fijado criterios que permiten al empleador neutralizar los indicios aportados por el trabajador, tales como el cuestionamiento de la aptitud profesional del demandante¹⁰⁵, cuando la empresa no se limita a apoyarse en la legalidad de su actuación, sino que alega además que el trabajo no había sido satisfactorio hasta el punto de haber justificado un despido disciplinario¹⁰⁶, o si la reorganización afectó al trabajador en exclusiva o también a otros trabajadores de otros servicios, etc.¹⁰⁷.

Esta doctrina ha sido criticada por algún autor que ha concluido que atribuye a los trabajadores reclamantes una estabilidad laboral de la que carecerían los demás¹⁰⁸. En todo caso, este es el criterio adoptado por la STC 16/2006, dictada en Pleno (si bien con voto particular), que valora que:

La llegada del término previsto en el contrato nunca impidió que la relación profesional entre los recurrentes y la Administración demandada se mantuviese, de tal forma que la conclusión de cada contrato era seguida por la de otro posterior en idénticas condiciones. No obstante, y frente a lo que venía sucediendo en

¹⁰³ No debe constituir una excepción al respecto que no existiese al momento del cese un reconocimiento formal del carácter estable de la relación laboral, como ocurre en el supuesto de los contratos de temporada que se reiteran en el tiempo, adquiriendo la consideración de fijos-discontinuos. En este sentido, véase MATEOS ALONSO, Roberto: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 10 de octubre de 2019, relativa al despido nulo de un trabajador fijo discontinuo por vulneración de la garantía de indemnidad». *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 66. 2020.

¹⁰⁴ MONTOYA MELGAR, Alfredo: «La no conversión en indefinido de un contrato...» (Bibl. cit.), p. 98.

¹⁰⁵ STC 144/2005.

¹⁰⁶ En este sentido se pronuncia la STC 80/2001. Esta resolución resulta absolutamente acorde con la doctrina constitucional vigente, pero plantea un nuevo problema: se permite al empleador defender su actuación con fundamento en causas y alegaciones que en ningún momento tuvieron por qué plantearse con anterioridad al acto de juicio. Esto sitúa al trabajador reclamante en una situación de posible indefensión material. Debe recordarse que el legislador ha establecido un criterio general por el cual «para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido» (art. 105.2 LRJS). Esta doctrina hace de algún modo de peor condición a quien defiende la nulidad de su despido, que a quien se limita a instar la declaración de su improcedencia, estando en este último caso más limitadas las herramientas procesales del empresario.

¹⁰⁷ MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda: «La prueba en los despidos pluricausales...» (Bibl. cit.).

¹⁰⁸ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.).

los años precedentes, al finalizar el contrato correspondiente [...] la demandada no volvió a contratar a los recurrentes, coincidiendo tal decisión con la reclamación judicial.

Además, también la STC 171/2005 ya había establecido previamente que:

La mera llegada del término previsto [...] no puede considerarse que constituya, por sí misma, razón suficiente para descartar la lesión del derecho fundamental en la decisión de dar por finalizada la relación existente entre las partes, al no venir acompañada de ninguna otra razón, ya sea referida a las funciones a desarrollar o a las condiciones personales de las actoras, que justifique de manera objetiva la decisión.

En este supuesto, el TC señala que no se acreditó por la demandada que las funciones a las que estaban adscritas las actoras hubiesen finalizado y tampoco se aportó ninguna justificación que guardase relación con las capacidades o aptitudes profesionales de las trabajadoras despedidas. En consecuencia, el TC considera que debe prevalecer «la presunción de idoneidad que emana de la prolongada vinculación mantenida por las partes».

2.2 Particularidades en el ámbito de la Administración Pública

En el ámbito de las administraciones públicas, se considera que la obligación de motivar las actuaciones del empleador debe aplicarse de manera especialmente rigurosa. El plus de exigencia respecto de la justificación de las actuaciones llevadas a cabo es un requisito lógico vinculado al principio de transparencia del funcionamiento de la Administración¹⁰⁹.

El fundamento de dichas exigencias se establece en el propio texto constitucional, que proscribe la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), y establece que la Administración pública debe actuar con objetividad y de acuerdo con la legalidad (art. 103.1 CE), estando sometida para ello al control de los tribunales (art. 106.1 CE).

En la normativa de rango legal asimismo se han fijado criterios que abundan en esta idea. Así, se prevé expresamente la obligación de objetividad en su actuación (art. 3.1 LSP) o el deber de motivación de sus actos (art. 35.1.a LPAC).

Debe señalarse, además, que para fundamentar la motivación de las actuaciones no bastará con hacer referencia de forma genérica a otros bienes

¹⁰⁹ SEGALÉS FIDALGO, Jaime, y ZAPIRAIN BILBAO, Ana: «Discrecionalidad...» (Bibl. cit.).

(como el interés general o la efectividad de la Administración), sino que deberá acreditarse de manera suficiente la necesidad de la medida ¹¹⁰.

Lo anterior no excluye, por supuesto, la consecución del resultado de eficacia que persigue el art. 103.1 CE, que podrá incluso implicar la exigencia de ciertos sacrificios a los ciudadanos que ejerciten sus derechos fundamentales ¹¹¹. Sin embargo, tales sacrificios, para ser justificados, deberán ser proporcionados: es decir, indispensables, ponderados y adecuados ¹¹².

Exactamente igual ocurre en el ámbito de las actuaciones discrecionales. El Diccionario de la Real Academia Española define los actos discrecionales como aquellos que «se hace[n] libre y prudencialmente». Aplicado a una potestad gubernativa, se alcanza una concreción mayor: son aquellos actos que «afecta[n] a las funciones de su competencia que no están regladas».

Conviene aclarar que esto no equivale a actuaciones de carácter caprichoso o arbitrario. Muy al contrario, la propia jurisprudencia ha aclarado que «la legitimidad de la actuación de una potestad discrecional no deriva sin más de su naturaleza discrecional sino de la racionalidad de su contenido» ¹¹³.

En supuestos donde se aprecie una posible lesión de derechos fundamentales y se aporten indicios suficientes de ello, el propio TC sostiene que la Administración no podrá excusarse en:

... la discrecionalidad que es característica de las decisiones administrativas en materia de autoorganización de sus servicios, ámbito en el que disfruta de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el «status» del personal a su servicio ¹¹⁴.

¹¹⁰ GARCÍA NINET, José Ignacio: «¿Es compatible estar ocupando un puesto por la vía de comisión de servicios varias veces prorrogada por razones urgentes y estar como liberado sindical? La denegación de la quinta prórroga por motivos sindicales ¿represalias? ¿Prolongada de la Administración? ¿Desviación del poder?». *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 182, pp. 5-10. 2006.

¹¹¹ STC 81/1983.

¹¹² GARCÍA NINET, José Ignacio. «Acerca de la garantía de indemnidad en clave sindical. Algunas cuestiones en la doctrina del tribunal constitucional». *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 197, pp. 5-16. 2007.

¹¹³ STS [Sala Tercera] de 11 de junio de 1991. Al respecto, se ha incidido en que «la discrecionalidad no puede justificar conductas injustas»: MONTROYA MELGAR, Alfredo: «Lo discrecional, lo arbitrario y lo discriminatorio en la extinción de las relaciones del personal estatutario del INSALUD». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Tomo XVI*. Madrid: Civitas. 1999, p. 233. Véase también ROJO TORRECILLA, Eduardo: «Universidad. Profesor asociado. ¿Qué efectos tiene la nulidad del despido sobre su contrato y sobre la gestión organizativa de plazas del Departamento? Una nota a la sentencia del TSJ de Madrid de 12 de abril de 2018». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/05/universidad-profesor-asociado-que.html>. Publicado el 20.05.2018. Recuperado el 30.05.2020.

¹¹⁴ STC 49/2003.

El margen de decisión del que goza la Administración respecto de determinadas actuaciones no elimina la exigencia de la carga de la prueba en materia de actuaciones sobre las que recaiga la sospecha de lesionar derechos fundamentales¹¹⁵. Esto es así incluso en los supuestos en que se haga referencia a decisiones discrecionales¹¹⁶, ya que nada impide que sean utilizadas con un propósito anticonstitucional. De este modo, no bastará «para alejar la sospecha de lesión constitucional la sola invocación por la Administración de una potestad genérica o de una norma para motivar un acto o medida cuando se trate de actos administrativos que limiten derechos fundamentales»¹¹⁷, sino que la Administración deberá realizar un esfuerzo probatorio que demuestre de manera efectiva que no ha ejercitado sus potestades con un fin inconstitucional¹¹⁸.

En cambio, se ha considerado absolutamente justificado el supuesto de las administraciones que, tras la formulación de una reclamación por parte de un trabajador temporal o incluso indefinido no fijo, proceden a sacar a concurso la plaza a través de una convocatoria pública, lo que determinará (salvo que el trabajador se presente a ella y supere el proceso selectivo) la extinción de la relación laboral. Se ha entendido, en estos casos, que la Administración se limita a cumplir un deber legal, por lo que existe justificación suficiente de su actuación y se descarta la existencia de vulneración de la garantía de indemnidad¹¹⁹.

No obstante, cabe apreciar excepciones o matices a la anterior regla general, como sería el supuesto de una utilización torticera por parte de la Administración de su obligación legal para lesionar el derecho fundamental del trabajador. Sería el caso, por ejemplo, de la extinción de un puesto de trabajo a través de la realización de una convocatoria que se encontrase claramente desvinculada de dicho puesto¹²⁰ o cuando no conste que el puesto

¹¹⁵ GARCÍA NINET, José Ignacio. «Móvil antisindical contundentemente probado...» (Bibl. cit.).

¹¹⁶ En condiciones de normalidad, numerosas actuaciones administrativas se encuentran sometidas a un amplio margen de discrecionalidad, hasta el punto de que ni siquiera se exige que sean motivadas. No obstante, cuando se denuncia la existencia de actuaciones lesivas de derechos fundamentales y se aportan indicios de las mismas, incluso dichas actuaciones discrecionales deberán verse muy matizadas en su aplicación (STC 38/2005).

¹¹⁷ GARCÍA NINET, José Ignacio. «Acerca de la garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.), p. 9.

¹¹⁸ GARCÍA NINET, José Ignacio; BARBANCHO TOVILLAS, Fernando, y BARCELÓ FERNÁNDEZ, Jesús: «Por causa del ejercicio del derecho fundamental...» (Bibl. cit.).

¹¹⁹ STS de 22 de febrero de 2007, RCU 3353/2005.

¹²⁰ VICTORIA ROMO, Andrés: «Los indefinidos no fijos y la garantía de indemnidad. Presunciones a favor de la administración». *El Consultor de Los Ayuntamientos y de Los Juzgados: Revista Técnica Especializada de Administración Local y Justicia Municipal*, 9, pp. 922-934. 2013.

deba ser ocupado por un funcionario ¹²¹. Igualmente, podría considerarse compatible con la existencia de una actuación lesiva de derechos fundamentales el supuesto en que una administración decide realizar la convocatoria pública exclusivamente de la plaza ocupada por el trabajador reclamante, pero no de otras ocupadas por trabajadores de similar categoría. De modo que no cabría descartar *iuris et de iure* la ausencia de actuaciones lesivas de derechos fundamentales en estos supuestos, por lo que será conveniente analizar las circunstancias concretas.

2.3 Particularidades en el ámbito del trabajo autónomo económicamente dependiente

En cuanto a la decisión del cliente de rescindir el contrato con el TRADE, el art. 15.1 LETA establece como causas justificadas supuestos tales como el mutuo acuerdo; la muerte, jubilación o incapacidad incompatible con la actividad; el desistimiento del TRADE; la voluntad del TRADE fundamentada en un incumplimiento contractual del cliente; la decisión del TRADE que se vea obligado a ello por ser víctima de violencia de género; o cualquier otra causa legalmente establecida. No sería el caso de las condiciones potestativas, es decir, aquellas en las que el hecho depende de cualquiera de las partes ¹²². Esto significa que no se aprecia como causa de extinción el libre desistimiento del cliente.

Junto a las anteriores, hay dos causas a las que debe prestarse una especial atención: la extinción por causas válidamente consignadas en el contrato, salvo que constituyan abuso de derecho (art. 15.1.b LETA) y la voluntad justificada del cliente (art. 15.1.f LETA). No obstante, debe destacarse que, para estos supuestos, no le bastará al cliente con remitirse a la cláusula preestablecida para extinguir el contrato cuando se denuncie la existencia de una lesión del derecho fundamental (y se aporten indicios de ello).

Incluso en los supuestos en que se invoque por la demandada que el cese responde a una actuación discrecional, cuando se cuestiona su ilicitud desde un punto de vista constitucional, dicha discrecionalidad también quedará limi-

¹²¹ Es el caso de la STSJ Andalucía/Granada 1552/2014, de 4 de septiembre, rec. 1354/2014 en la que se confirma la vulneración de la garantía de indemnidad, en tanto que «no se ha acreditado [...] que el puesto de trabajo [...] sea desempeñado exclusivamente por personal funcionario [ni que] la actora realizara funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de la función pública, ni que tuviera que ser incardinada necesariamente en un puesto de funcionario público, ante la imposibilidad material jurídica de incardinar a la actora en un puesto laboral».

¹²² GUERRERO VIZUETE, Esther: *La regulación jurídica del trabajo autónomo dependiente: concepto, fuentes, relación individual y colectiva de la prestación de servicios*. Universitat Rovira i Virgili. 2011.

tada por el respeto a los derechos fundamentales, en aplicación de la doctrina a la que ya ampliamente nos hemos referido en los epígrafes anteriores ¹²³.

En consecuencia, deberá analizarse si la causa consignada en el contrato (art. 15.1.b LETA) o la justificación de la voluntad del cliente (art. 15.1.f LETA) no encubren un propósito represivo frente al previo ejercicio del derecho fundamental, a cuyo efecto deberá ponderarse si los motivos alegados tienen el peso suficiente para difuminar los indicios aportados por el TRADE. Sin embargo, debe recordarse que al cliente le bastará con acreditar que su actuación se encontraba absolutamente desvinculada de todo propósito lesivo del derecho fundamental, presentándose razonablemente ajeno a dicha actuación ¹²⁴. No obstante, no debe perderse de vista, en supuestos de conflicto, que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene un mayor peso (art. 24 CE) respecto de los derechos sobre los que se puede sustentar la actuación del cliente y que derivan directamente de la libertad de empresa (art. 38 CE).

3. ANÁLISIS DE LA PRUEBA INDICIARIA

En el presente apartado se realiza un estudio de la prueba indiciaria. Se presta una especial atención a dos aspectos fundamentales: la relevancia de la conexión temporal y el establecimiento de un término comparativo respecto de otros sujetos o situaciones. Finalmente, y sin ánimo de exhaustividad, se abordan otros indicios que con frecuencia son tomados en cuenta por la doctrina judicial.

Debe aclararse, en todo caso, que en el presente epígrafe se hace referencia a indicios que se han tenido en cuenta en el ámbito de distintos derechos fundamentales y no solo en el de la garantía de indemnidad. No obstante, consideramos justificada su inclusión, dado que son de plena aplicación a la generalidad de derechos fundamentales, incluida la figura que nos ocupa.

3.1 La conexión temporal y su evolución

Sin duda alguna, uno de los indicios más relevantes y más frecuentemente abordados por la jurisprudencia es la proximidad temporal entre la reclama-

¹²³ Hacemos referencia, fundamentalmente, al epígrafe destinado a analizar las «actuaciones *ad nutum* y discrecionales», incluido en el Capítulo V, apartado 2.1.

¹²⁴ STC 38/1981.

ción y la represalia. Por regla general, cuanto menor es el tiempo transcurrido entre el ejercicio del derecho y la represalia, más verosímil se considera la conexión¹²⁵. Este indicio ha tenido relevancia crucial en numerosos pronunciamientos del TC¹²⁶.

No obstante, el criterio de proximidad temporal debe ser aplicado con cautela, dado que existe un claro riesgo de que a la empresa le baste con no reaccionar de inmediato y planear su actuación, dejando transcurrir un período de tiempo, al objeto de generar una apariencia de desconexión entre el indicio y la represalia. Por ello, esa conexión temporal no debe limitarse a casos en que los períodos sean de semanas, sino que debe seguir valorándose cuando el lapso temporal abarca meses, o incluso más; y debe interpretarse de manera integrada junto con el resto de los indicios¹²⁷. En este sentido, es muy destacable la STC 38/2005, que extiende la protección en un supuesto en que las represalias y las acciones judiciales contra las que se dirigían ocurrieron con tres años de diferencia (es cierto que el conjunto de indicios complementaba el relato represivo).

Frente a este planteamiento, sin embargo, existen otros que se muestran a favor de reducir la significación del lapso de tiempo cuando este supera cierta duración. Por ejemplo, en las STC 7/1993 y 14/1993, el propio Ministerio Fiscal defendió que el transcurso de seis meses era suficiente para diluir el indicio. Una postura similar parece deducirse de la fijación por parte del legislador del plazo de doce meses respecto de la presunción de nulidad del despido de los trabajadores que se integran al trabajo tras disfrutar de sus respectivos permisos de paternidad o maternidad¹²⁸. Se ha señalado lo poco conveniente que resulta la fijación de un plazo así de concreto, pues esto permite al empresario evadir los efectos del indicio por el mero hecho de dejar transcurrir tan solo unos días más antes de proceder a la represalia¹²⁹.

En todo caso, lo cierto es que actualmente la proximidad temporal viene interpretándose de una forma muy diversa por la doctrina judicial, no existien-

¹²⁵ COSTA REYES, Antonio: «Nulidad del despido por vulneración de la libertad ideológica...» (Bibl. cit.).

¹²⁶ SSTC 87/1998, 101/2000, 214/2001, 84/2002, 114/2002, 216/2005, 125/2008 o 140/2014, entre otras muchas.

¹²⁷ MORÁN ROA, Sonia: «La protección jurídica del trabajador reclamante...» (Bibl. cit.).

¹²⁸ Hoy unificados en el nuevo permiso por nacimiento y cuidado del menor. Debe destacarse además que el plazo durante el cual se extendía la protección era inicialmente de nueve meses, si bien ha sido recientemente ampliado a los doce por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Respecto de la nulidad objetiva en estos supuestos, véase ALEGRE NUENO, Manuel: «Las facultades del Tribunal “ad quem” para declarar la nulidad (objetiva) de un despido disciplinario». *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 165, pp. 337-342. 2014.

¹²⁹ TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco Javier: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

do posiciones claras que permitan apreciar unos criterios más o menos estables en cuanto al tiempo que debe transcurrir para que el citado indicio se desvanezca¹³⁰. Además, debe destacarse que en algunos supuestos una excesiva cercanía en el tiempo se ha interpretado precisamente como excluyente del indicio¹³¹. En todo caso, una respuesta inmediata a una reclamación, modificando abruptamente la que venía siendo la actuación previa o reaccionando de forma poco razonable suele constituir un indicio de la vulneración¹³².

¹³⁰ Se ha establecido la existencia de conexión temporal cuando han transcurrido apenas diez días (STSJ Galicia 2850/2019, de 25 de junio, rec. 1494/2019), tres meses (STSJ Andalucía/Granada 1668/2017, de 29 de junio, rec. 196/2017) o cuando la reclamación se formuló un año antes, pero a fecha del despido aún no se había resuelto la demanda (STSJ Madrid 304/2016, de 15 de abril, rec. 109/2016). De hecho, algún pronunciamiento se ha aventurado a establecer algún criterio relativamente general (si bien aclara que deberá analizarse caso por caso), indicando que la protección se difumina pasado un año y medio (STSJ Madrid 723/2017, de 20 de julio, rec. 473/2017). En este mismo sentido, véase ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa: «La garantía de indemnidad por reclamar la conversión...» (Bibl. cit). En cambio, no se ha considerado que exista conexión temporal cuando han transcurrido cinco meses (STSJ Cataluña 509/2018, de 26 de enero, rec. 6079/2017 y STSJ Andalucía/Sevilla 1058/2017, de 30 de marzo, rec. 1654/2016), seis meses (STSJ Andalucía/Sevilla 1225/2017, de 20 de abril, rec. 1580/2016 y SJS3 de Sevilla de 1 de diciembre de 2016, Autos 828/2016), siete meses (STSJ Andalucía/Sevilla 1578/2018, de 24 de mayo, rec. 1721/2017 y STSJ Andalucía/Málaga 216/2018, de 7 de febrero, rec. 2064/2017), nueve meses (STSJ Andalucía/Granada 2448/2016, de 3 de noviembre, rec. 2042/2016), un año (STSJ Extremadura 595/2016, de 13 de diciembre, rec. 526/2016), tres años (SJS4 de Valladolid 352/2019, de 17 de octubre, Autos 412/2019) o más de siete y tres años de las demandas interpuestas (STSJ Andalucía/Sevilla 2727/2019, de 7 de noviembre, rec. 2582/2018, que califica gráficamente dicha distancia como «sideral»).

¹³¹ Así, la proximidad entre acción y reclamación se consideran indicativos de una más evidente represalia. Es el caso de la STSJ Canarias/Tenerife 137/2017, de 21 de febrero, rec. 544/2016, respecto de un supuesto en que transcurren solo seis días; de la STSJ Canarias/Las Palmas 447/2017, de 18 de abril, rec. 159/2017, en un caso en que solo pasan cuatro días; o del caso analizado en la SJS1 de Cuenca 116/2018, de 15 de febrero, Autos 950/2016, en la que los hechos imputados al actor eran conocidos por la empresa desde meses atrás –estando ya prescritos–, no siendo sancionados hasta el mismo día en que recibió una comunicación de la Inspección relativa a las denuncias formuladas por el trabajador (supuesto muy similar al abordado por la STSJ La Rioja 148/2018, de 31 de mayo, rec. 140/2018). Sin embargo, la coetaneidad puede considerarse indicativo precisamente de lo contrario. Es el caso abordado en la STSJ Galicia 2705/2017, de 15 de mayo, rec. 758/2017, donde se descarta la existencia de represalia cuando entre la interposición de la papeleta y la carta de despido transcurren apenas una hora y media, teniendo en cuenta además que se le entregó al trabajador una carta con amplia fundamentación económica y organizativa; o por la STSJ Canarias/Las Palmas 821/2017, de 28 de junio, rec. 425/2017, en que el trabajador interpuso la papeleta con anterioridad al cese, si bien esta no fue registrada en el órgano conciliador hasta el mismo día del despido (en el mismo sentido, véase la STSJ Valencia 942/2018, de 22 de marzo, rec. 66/2018). No obstante, esa intermediación en el tiempo como contraindicio puede ser refutada cuando, por ejemplo, puede acreditarse que hasta la fecha de la reclamación estaba previsto que el trabajador continuase trabajando (SJS6 de Bilbao 336/2019, de 29 de octubre, Autos 569/2019).

¹³² Es el caso de la STSJ Valencia 2407/2016, de 9 de noviembre, rec. 2122/2016, relativa a un supuesto en que, tras recibir la reclamación, la empresa reaccionó comunicándole al trabajador el preaviso de fin de contrato al margen de los plazos normales de quince o treinta días (se le notifica con veintiocho días de antelación, indicándole que se hace así para que pueda disfrutar las vacaciones, pero con dicha comunicación tampoco puede disfrutarlas íntegramente); también de la SJS6 de Bilbao 336/2019, de 29 de octubre, Autos 569/2019, en un supuesto en que hasta el momento de recibir la reclamación la empresa había estado asignándole trabajo al actor, contando con su continuidad laboral; o de la STSJ Cataluña

Por otra parte, en algunas ocasiones se ha criticado la virtualidad probatoria de este indicio cuando es aportado por sí solo, pues se ha considerado que puede respaldar actuaciones oportunistas por parte del trabajador que trate de hacer coincidir el ejercicio del derecho con la actuación empresarial¹³³, supuesto en que, como ya dijimos, se ha señalado que el mero ejercicio de reclamaciones convertiría al trabajador en un «sujeto ultraprivilegiado»¹³⁴. En la misma línea de restar valor a este indicio se ha pronunciado la STC 183/2015¹³⁵, hasta el punto de señalar que por sí mismo no tendría virtualidad para provocar la inversión de la carga de la prueba:

El hecho de que se hayan ejercitado acciones previas representa únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la violación del art. 24.1 CE, pero no un indicio de vulneración de ese derecho que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto.

Esto es aún más significativo si se toma en consideración que en el supuesto analizado el espacio temporal entre la conciliación judicial y la represalia era de tan solo ocho días. En este pronunciamiento, aunque el TC no asume de forma expresa la existencia de cambio alguno frente a sus posicionamientos previos, sí que modifica su criterio en cuanto a la relevancia de la conexión temporal, estableciendo un tratamiento bastante menos favorable para el trabajador que ejercita sus derechos¹³⁶.

De todos modos, la cuestión dista mucho de estar definitivamente resuelta, a la vista de la doctrina contenida en la STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, caso HakeIbracht y otros. Este pronunciamiento retoma la relevancia de la proximidad temporal, considerando además que el plazo de nueve meses transcurrido no tiene virtualidad para extinguir el indicio señalado.

De manera que el debate relativo a la duración de la vigencia del indicio continúa. Lo que sí puede concluirse es que la proximidad temporal sigue siendo muy relevante a la hora de articular la prueba indiciaria, si bien resulta

1649/2019, de 29 de marzo, rec. 6841/2018, en que se acuerda la extinción del servicio de guardería alegando su situación deficitaria, pero esta ya venía produciéndose tiempo atrás, no habiéndose tomado la decisión sino tras el dictado de la sentencia condenatoria.

¹³³ MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda: «La prueba en los despidos pluricausales...» (Bibl. cit.).

¹³⁴ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.), p. 149.

¹³⁵ Véase el comentario a dicha sentencia en GARCÍA RODRÍGUEZ, Bernardo: *Jurisprudencia Constitucional en materia sociolaboral...* (Bibl. cit.), pp. 732 y 733.

¹³⁶ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: «Los derechos fundamentales inespecíficos...» (Bibl. cit.).

conveniente no apoyarse en exclusiva sobre este indicio y tratar de encontrar apoyo en otros distintos que puedan terminar de completar el panorama lesivo.

3.2 El término comparativo

El término de comparación constituye otro indicio de gran relevancia. En síntesis, consiste en establecer una referencia con otros sujetos o situaciones para dilucidar si el trabajador que ha ejercitado su derecho se ha visto en una situación relativamente más desfavorable. El término comparativo puede ubicarse tanto en actuaciones simultáneas al perjuicio, como en actuaciones previas o posteriores¹³⁷. Deberá valorarse, a fin de cuentas, si la actuación de una empresa resulta coherente en todos estos momentos y en relación con todos los sujetos involucrados.

En cuanto al ejercicio de potestades disciplinarias, debe comenzar señalándose que el empleador no está obligado a sancionar de igual manera los mismos comportamientos, cuando estos son realizados por distintos trabajadores. El TC, al interpretar el art. 14 CE, deja claro que no se reconoce un derecho absoluto a la igualdad de trato y que solo cabrá su aplicación en los supuestos en los que exista una fundamentación jurídica para ello¹³⁸. Por lo tanto, en el ámbito de las relaciones privadas no se convierte automáticamente en discriminatoria –y, por ende, nula– cualquier actuación empresarial consistente en sancionar de manera distinta las conductas de sus trabajadores¹³⁹. Para ello, será necesario que concurra alguna de las situaciones constitucionalmente relevantes o aquellas previstas en el art. 17.1 ET¹⁴⁰.

Existen supuestos en los que, ante incumplimientos idénticos por parte de varios trabajadores, la empresa procede a despedir exclusivamente a algunos de ellos. En caso de probarse que no concurrían otras circunstancias que puedan introducir elementos de diferenciación (por ejemplo, que solo algunos de los trabajadores tengan sanciones previas computables), esta circunstancia podrá evidenciar que el poder disciplinario se ha empleado con un propósito lesivo de derechos fundamentales, cuando concurren indicios de ello. En todo

¹³⁷ El término comparativo respecto de actuaciones precedentes de la misma empresa se ha conectado en algunos casos con la doctrina de los actos propios. En este sentido, véase CASTELLANO BURGUILLO, Emilia: «Sobre la situación de los profesores indefinidos no fijos en las universidades españolas, particularidad del abuso de la contratación temporal y de la garantía de indemnidad». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 229, pp. 313-325. 2020.

¹³⁸ STC 59/1982.

¹³⁹ STS de 3 de mayo de 1988.

¹⁴⁰ STS de 28 de octubre de 1988.

caso, le corresponderá al trabajador aportar tales indicios, así como acreditar la existencia de un término comparativo. Al empleador, entonces, le competará probar la causa del despido y la justificación del trato desigual¹⁴¹. Si el trato desigual se fundamenta en criterios lesivos de derechos fundamentales o en prohibiciones de trato desigual previstas legal o convencionalmente, deberá declararse la nulidad del despido¹⁴².

En sentido contrario, puede ocurrir que la empresa alegue que esa previa política empresarial quiebra, a cuyo efecto puede resultar relevante que, junto al trabajador que reclama, se haya despedido a algún otro. Así se pronuncia la STSJ Cantabria 1013/2003, de 19 de julio, rec. 909/2003, que establece que:

Se trata [...] de una corrección de la política empresarial en materia de sanciones por las conductas descritas durante la baja médica, lo que excluye la existencia de una represalia subjetiva. Y ello, aunque la empresa no hubiese hasta entonces impuesto la sanción de despido por este tipo de conductas, porque dicho cambio de actitud no está basado en una represalia contra el trabajador concreto, sino en una modificación de la política empresarial¹⁴³.

No obstante, el término comparativo no tiene por qué establecerse necesariamente respecto de la situación de otros trabajadores, pudiendo sustentarse en la situación del propio trabajador perjudicado, relativa a otros momentos previos de la misma relación laboral. Un supuesto muy ilustrativo, al que también hemos aludido anteriormente, es aquel en que los contratos temporales son prorrogados de forma sucesiva y durante un tiempo considerable, sin que su vencimiento haya supuesto impedimento alguno para el mantenimiento de la relación laboral. Si esta tendencia se ve interrumpida tras el ejercicio del derecho fundamental, ello apunta a la vulneración de este derecho¹⁴⁴. Otra situación que se ha reseñado es la extinción de un contrato por motivos relacionados con la productividad del trabajador, cuando con anterioridad se le ha reconocido, precisamente, su competencia¹⁴⁵. También puede ocurrir que la medida se justifique con base en faltas o incumplimientos que en ocasiones

¹⁴¹ STSJ Murcia 2732/2015, de 5 de noviembre, rec. 1912/2015.

¹⁴² RIERA VAYREDA, Carlos: *El despido nulo...* (Bibl. cit.). Cuando no exista circunstancias que amparen un trato particular, el hecho de haber adoptado la misma medida con todos los trabajadores infractores será precisamente un importante contraindicio a favor de la empresa. En este sentido, véase la SJS1 de Toledo 247/2018, de 13 de abril, Autos 1193/2017.

¹⁴³ Esta sentencia, no obstante, termina apreciando la existencia de una vulneración de la garantía de indemnidad precisamente aplicando el criterio comparativo, en tanto que se produce un agravamiento de la consecuencia sancionadora: la empresa impuso al trabajador una sanción, que fue impugnada y revocada por cuestiones formales, tras lo que se procede al despido. La resolución aprecia una *reformatio in peius*, que anuda al derecho fundamental, para considerarlo finalmente lesionado.

¹⁴⁴ STC 144/2005.

¹⁴⁵ COSTA REYES, Antonio: «Nulidad del despido por vulneración de la libertad ideológica...» (Bibl. cit.).

anteriores se han tolerado por la empresa y no han conllevado sanción alguna¹⁴⁶, por cuyo motivo puede resultar ilustrativo realizar una comparación con la tendencia previa.

También ha sido objeto de discusión el supuesto en que la medida adoptada ha afectado, aparte de al trabajador reclamante, a otros trabajadores de la plantilla, aunque no hayan accionado previamente¹⁴⁷. Algunos autores han considerado que, con este hecho, el indicio queda diluido¹⁴⁸. Otros, en cambio, han criticado tal consideración y han defendido que el indicio no debe quedar desarticulado, pues, en ese caso, al empleador le bastaría con despedir a trabajadores adicionales al actor para obtener un doble efecto: de futuro, persiguiendo aleccionar y desalentar el ejercicio de la acción, y de presente, tratando de desactivar los procedimientos en trámite¹⁴⁹. Consideramos, no obstante, que el número de trabajadores afectados –aparte del trabajador reclamante– será un criterio válido que permitirá descartar la existencia de represalia¹⁵⁰, especialmente cuando al actor se le ha impuesto medidas de menor intensidad que al resto de trabajadores¹⁵¹. Evidentemente, cuando los otros trabajadores

¹⁴⁶ MORÁN ROA, Sonia: «La protección jurídica del trabajador reclamante...» (Bibl. cit.).

¹⁴⁷ STS 526/2017, de 20 de junio, RC 253/2015 o STS 36/2019, de 22 de enero, RCU 3701/2016. Al respecto, véase el muy esclarecedor comentario de ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «Extinción por causas objetivas derivada de pérdida de una contrata y supuesta vulneración de la garantía de indemnidad». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 202, pp. 247-255. 2017. En este sentido, véase RAMOS MORGUES, Francisco: «Profesores de formación profesional. Despido por falta de llamamiento al reanudarse la actividad y externalización del servicio. STSJ Galicia 21 diciembre 2012 (AS 2013, 1077)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 6, núm. 4, pp. 217-225. 2013. También, ROJO TORRECILLA, Eduardo: «Movilidad geográfica tras despidos nulos. Traslados declarados nulos y cierre del centro de trabajo. Un buen conflicto jurídico. Notas a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao de 2 de febrero (caso Zardoya-Otis)». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/02/movilidad-geografica-tras-despidos.html>. Publicado el 14.02.2016. Recuperado el 30.05.2020.

¹⁴⁸ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La prohibición de discriminar...» (Bibl. cit.). En el mismo sentido, véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Alfonso: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*. Valladolid: Lex Nova. 2012.

¹⁴⁹ SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel: «Garantía de indemnidad o inejecución...» (Bibl. cit.).

¹⁵⁰ En este sentido se pronuncian numerosas sentencias, estableciendo que una medida totalmente generalizada, o muy amplia (afectando a todos los trabajadores que se encuentren en la misma situación que el actor), descarta que pueda hablarse de una represalia concreta. Así lo señalan la JS6 de Santander 150/2015, de 31 de marzo, Autos 789/2014, la SJS3 de Sevilla de 1 de diciembre de 2016, Autos 828/2016, o la STSJ Murcia 755/2017, de 6 de septiembre, rec. 214/2017. El contraindicio se refuerza cuando incluye, junto al actor, a trabajadores que no han reclamado, como establece la STSJ Extremadura 557/2017, de 19 de septiembre, rec. 479/2017.

¹⁵¹ En este sentido, la STSJ Castilla y León/Burgos 424/2018, de 21 de junio, rec. 400/2018, es ilustrativa al señalar que «el dato que a otros dos trabajadores se les haya extinguido su relación laboral y al trabajador recurrente se le haya conservado indica precisamente todo lo contrario a una actitud de discriminación negativa por parte de la empresa, toda vez que la estabilidad en el empleo es o debe ser un auténtico *desideratum* en el marco de las relaciones laborales».

respecto de los que se adopta la medida tienen en común haber reclamado, el indicio se refuerza¹⁵².

Tampoco se considera que el empleador pueda desactivar los indicios por la vía de justificar que a otros trabajadores en la misma situación no se les haya represaliado. Esto se debe a que lo discutido es si el empleador ha vulnerado la garantía de indemnidad y no si esta vulneración es la práctica habitual en la empresa¹⁵³.

Por otra parte, un supuesto claro en que la referencia a la situación de otros trabajadores en análoga situación¹⁵⁴ puede arrojar luz sobre la cuestión es la contratación por la empresa de nuevos trabajadores para el mismo puesto del trabajador despedido, especialmente en caso de que el cese se fundamentase en una supuesta amortización del puesto¹⁵⁵.

Queda clara, pues, la utilidad potencial que presenta el término comparativo como indicio de la vulneración del derecho fundamental. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que este planteamiento bien puede encerrar una trampa. Por ejemplo, se ha planteado que la apreciación de indicios de lesión de derechos fundamentales resultará más dudosa si la decisión empresarial se adopta en el marco de una reestructuración empresarial –es decir, cuando las medidas afecten también a otros trabajadores de la empresa, a la vez que concurren causas objetivas debidamente justificadas¹⁵⁶. Ahora bien, no debe perderse de vista que la garantía de indemnidad «se infringe haya o no otros trabajadores con los que el afectado pueda compararse»¹⁵⁷. Por ello, el indicio correspondiente al término comparativo deberá ser analizado con detenimiento en cada caso, pues la mera existencia de otros trabajadores

¹⁵² STSJ Madrid 655/2017, de 10 de julio, rec. 498/2017.

¹⁵³ Como señala la STSJ de Canarias/Tenerife 352/2015, de 11 de mayo, rec. 844/2014, «el mero hecho de que el ayuntamiento no despida automáticamente a cuanto empleado le demanda no excluye que en un caso concreto el hecho de haber demandado sea la verdadera causa del despido». Véase también SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel: «El artículo 24.1 CE...» (Bibl. cit.).

¹⁵⁴ COSTA REYES, Antonio: «Nulidad del despido por vulneración de la libertad ideológica...» (Bibl. cit.).

¹⁵⁵ MORÁN ROA, Sonia: «La protección jurídica del trabajador reclamante...» (Bibl. cit.).

¹⁵⁶ CEGARRA CERVANTES, Felipe José: «Despido nulo ante la previsión de embarazo. STSJ Comunidad de Madrid 17 julio 2015 (AS 2015, 1524)». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 184, pp. 365-371. 2016.

¹⁵⁷ CABEZA PEREIRO, Jaime: «Derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador...» (Bibl. cit.), p. 186. Gráficamente, la STSJ Galicia 4367/2018, de 20 de noviembre, rec. 2771/2018 ha señalado que «el hecho de que lo mismo sucediera en relación al resto de profesores no permite neutralizar el indicio, pues el derecho fundamental que está en juego no es el de igualdad y nos discriminación, sino el de la garantía de la indemnidad».

afectados por la medida no descartará automáticamente la lesión del derecho fundamental ¹⁵⁸.

Debe tenerse en cuenta también que difícilmente una empresa manifestará de forma abierta que una actuación que lleva a cabo se ejecuta con un propósito represivo. Al contrario, lo más frecuente será que dicha actuación trate de enmascararse de las formas más imaginativas posibles. Esto puede dar lugar a maniobras altamente intrincadas que persigan camuflar actuaciones lesivas de derechos fundamentales y que solo podrán evitarse mediante un análisis exhaustivo de la actuación empresarial ¹⁵⁹. Es cierto que esto no puede traducirse ni mucho menos en el establecimiento de una suerte de presunción de culpabilidad sobre la empresa. Al objeto de establecer un criterio que permita discernir si una actuación empresarial que ha afectado a varios trabajadores ha podido adoptarse con un fin subrepticio represivo, postulamos la siguiente: si la medida adoptada implica para la empresa –al menos, de partida– un mayor coste del que supondría mantener al trabajador reivindicativo, podrá considerarse que la citada actuación tendrá justificación ¹⁶⁰.

3.3 Resto de indicios y contraindicios

Tanto la doctrina científica como la judicial han tenido en cuenta numerosos factores como indicios potencialmente válidos de la existencia de una lesión de derechos fundamentales. A continuación, se indican algunos de ellos. Debe advertirse que se trata de un listado absolutamente abierto y con un propósito meramente ejemplificador. Además, debe tenerse en cuenta que la inclusión de

¹⁵⁸ En estos casos, será conveniente que el empleador acredite que su actuación no ha sido caprichosa, aclarando los criterios racionales que ha seguido para su ejecución. Precisamente, el hecho de haber seleccionado a los trabajadores afectados sin atender a ningún criterio es considerado por la doctrina judicial como un indicio de arbitrariedad, que permite apreciar la existencia de lesión de derechos fundamentales. En este sentido, véase la STSJ País Vasco 748/2018, de 10 de abril, rec. 613/2018.

¹⁵⁹ No puede descartarse, por ejemplo, que, al objeto de desprenderse de un trabajador especialmente reivindicativo, una empresa pueda estar dispuesta a despedir a algunos otros, si ello le asegura solucionar el problema de manera definitiva (especialmente, teniendo en cuenta que nada le impedirá contratarlo más tarde, una vez que haya podido finalizar la impugnación judicial de este trabajador).

¹⁶⁰ No hacemos referencia exclusivamente a costes económicos, sino también sociales, personales, etc. Por ejemplo, como se ha señalado, no resultaría extraño que una empresa pudiera intentar despedir a algunos trabajadores con reducida antigüedad, si con ello también puede deshacerse del trabajador reivindicativo. En cambio, resulta complicado considerar que, por el mismo motivo, la empresa pueda pretender externalizar un departamento completo o despedir a un número muy amplio de trabajadores. En este sentido, véase la STSJ Canarias/Las Palmas 14/2016, de 8 de enero, rec. 1038/2014. La excepción se encontrará cuando, por ejemplo, en ese servicio haya varios sujetos que hayan reclamado, habiendo sido todos despedidos, como establece la STSJ Madrid 655/2017, de 10 de julio, rec. 498/2017.

indicios en el presente listado no puede tener ningún efecto determinante respecto de la valoración general de la prueba indiciaria: frecuentemente, lo que se valorará como más significativo será que varios indicios se presenten correlacionados entre sí (siempre que ello sea posible). De igual manera, es posible que, si alguno de ellos se plantea de forma aislada, no tenga fuerza suficiente para conseguir invertir la carga de la prueba.

Esto es algo que ocurre con muchos de ellos, si bien no con todos. Entre los indicios que sí tendrán virtualidad para provocar la inversión de la carga de la prueba podemos mencionar los siguientes:

a) La existencia de una referencia clara a la previa reclamación en la comunicación empresarial que adopta la represalia, estableciendo el empresario una relación de causalidad entre ambas (aun cuando trate de ampararse en una supuesta justificación, como podrían ser los términos de la reclamación, la pérdida de confianza que produce, etc.)¹⁶¹.

b) La existencia de manifestaciones conducentes a hacerle saber al trabajador que en caso de retirar la reclamación cesará la actuación empresarial¹⁶².

c) En el marco de una medida de carácter general, la afectación en exclusiva al trabajador reclamante¹⁶³. Es el caso, por ejemplo, de las medidas de flexibilidad interna o externa que se adoptan únicamente contra este trabajador, pese a que las causas alegadas sean generales en el ámbito de la empresa (por ejemplo, una situación económica negativa).

d) La interposición de demanda por varios trabajadores, cuando la empresa alcance acuerdo con algunos de ellos (o estos desistan de la demanda) y adopte la represalia exclusivamente frente a quienes mantengan la reclamación¹⁶⁴.

¹⁶¹ STC 10/2011 o 168/1999. Al respecto, véase también ORTIZ LALLANA, Carmen: «Derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales. Comentario a la STC 168/1999, de 27 de septiembre». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVI*, pp. 248 y siguientes. Madrid: Civitas. 1999.

¹⁶² STSJ Andalucía/Granada 1668/2017, de 29 de junio, rec. 196/2017 y STSJ Andalucía/Sevilla 766/2018, de 7 de marzo, rec. 58/2018. En el mismo sentido, pero respecto de un supuesto de denegación de comisión de servicio a un liberado sindical al que se le indica que en caso de reincorporarse al trabajo vería prorrogada dicha situación: GARCÍA NINET, José Ignacio: «¿Es compatible estar ocupando un puesto...» (Bibl. cit.).

¹⁶³ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La prohibición de discriminar...» (Bibl. cit.).

¹⁶⁴ STSJ Cataluña 3233/2002, de 18 de abril, rec. 5313/2001 o STSJ Canarias/Tenerife 396/2006, de 6 de junio, rec. 249/2006. Véase también VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La prohibición de discriminar...» (Bibl. cit.).

e) La relevancia del perjuicio o coste que la reclamación pueda tener para el empleador ¹⁶⁵.

f) El hecho de que la empresa haya sido anteriormente sancionada o requerida por el mismo motivo, ya sea por la Inspección de Trabajo o por otra autoridad administrativa o judicial ¹⁶⁶.

g) La solidez reivindicativa del demandante, que permite descartar las quejas nimias formuladas por este respecto de sus condiciones de trabajo y, por el contrario, dotar de una mayor fortaleza a las que versen sobre aspectos relevantes de la relación laboral ¹⁶⁷.

En segundo lugar, hay una serie de indicios que no permitirán la inversión de la carga de la prueba si son considerados aisladamente, pero sí tendrán esa potencialidad si aparecen unidos a otros, los cuales quedarán con ello cualificados y robustecidos:

a) La ilegitimidad de la decisión: no se hace referencia a la mera ilegalidad, sino que se exige una ilegitimidad notoria, que podrá apreciarse como indicio ¹⁶⁸.

b) La total falta de prueba, ni siquiera intentada, por parte del empleador, respecto de los hechos que se le imputan al trabajador para justificar la actuación patronal ¹⁶⁹.

c) El reconocimiento por parte de la empresa de la improcedencia de su actuación ¹⁷⁰.

d) La estabilidad de la relación laboral, entendiéndose que cuanto más estable es el vínculo, más creíble resultará como represalia una extinción injustificada abrupta ¹⁷¹.

¹⁶⁵ MORÁN ROA, Sonia: «La protección jurídica del trabajador reclamante...» (Bibl. cit.).

¹⁶⁶ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.). Sin embargo, ello no impide que, tras la anulación por sentencia de una medida empresarial, pueda imponerse esta nuevamente, cuando el reproche judicial se limitaba a las cuestiones formales y no analizaba el fondo (STSJ de Andalucía/Málaga 1359/2015, de 24 de septiembre, rec. 1064/2015 o STSJ Galicia 1968/2015, de 13 de abril, rec. 5179/2014).

¹⁶⁷ STSJ Canarias/Tenerife 1132/2017, de 14 de diciembre, rec. 539/2017. Véase también MORÁN ROA, Sonia: «La protección jurídica del trabajador reclamante...» (Bibl. cit.).

¹⁶⁸ LOUSADA AROCHENA, José Fernando: «Represalias sindicales...» (Bibl. cit.).

¹⁶⁹ VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La prohibición de discriminar...» (Bibl. cit.).

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ MORÁN ROA, Sonia: «La protección jurídica del trabajador reclamante...» (Bibl. cit.).

e) El hecho de que la contratación del trabajador que sufre la represalia no haya sido pacífica: por ejemplo, que haya tenido que demandar o formular recursos para acceder al puesto ¹⁷².

Finalmente, existen también supuestos que pueden destruir los indicios aportados:

a) El hecho de que la actuación empresarial se viniera adoptando en años anteriores a la reclamación, en términos idénticos o muy similares. Sin embargo, sí existirá indicio cuando dichas actuaciones hubieran sido desautorizadas de forma clara por los tribunales ¹⁷³.

b) La existencia de reclamaciones de mayor relevancia o intensidad que no han sufrido represalia por la empresa ¹⁷⁴, o ante las que, además, se ha renovado o ampliado el contrato del reclamante ¹⁷⁵. También se neutralizará el indicio cuando las reclamaciones anteriores del trabajador han sido atendidas, sin adoptarse represalia ¹⁷⁶, especialmente cuando han sido atendidas incluso antes de conocerse la interposición de la denuncia ¹⁷⁷. No obstante, sí podrá apreciarse la existencia de indicio cuando se eleva la intensidad de la reclamación, alcanzando una dimensión mayor a la existente en un primer momento ¹⁷⁸. En todo caso, puede afirmarse que este tipo de indicios o conraindicios no puede recibir una respuesta totalmente lineal o fija y deberá ser analizado con detenimiento en cada caso concreto ¹⁷⁹.

c) La circunstancia de que tras el despido del trabajador haya sido nuevamente contratado por la misma empresa ¹⁸⁰. En cambio, este conraindicio debe ser contextualizado, sin poder convertirse en una regla general ¹⁸¹.

¹⁷² ROJO TORRECILLA, Eduardo: «Sigue la saga universitaria. Despido nulo de profesor asociado por vulneración del derecho fundamental a la garantía de indemnidad. Notas a la sentencia del TSJ de Madrid de 28 de junio de 2019». *Eduardo Rojo Torrecilla*. <https://cutt.ly/iyeg9Pl>. Publicado el 29.08.2019. Recuperado el 17.05.2020.

¹⁷³ FOLGUERA CRESPO, José Ángel: «Cantaor flamenco: relación laboral encubierta...» (Bibl. cit.).

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.).

¹⁷⁵ STSJ Andalucía/Granada 2964/2018, de 20 de diciembre, rec. 1516/2018.

¹⁷⁶ STSJ País Vasco 528/2018, de 13 de marzo, rec. 396/2018. Véase también VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La prohibición de discriminar...» (Bibl. cit.).

¹⁷⁷ STSJ Cataluña 5473/2017, de 21 de septiembre, rec. 2252/2017.

¹⁷⁸ STC 144/2005.

¹⁷⁹ IGARTUA MIRÓ, María Teresa: *La garantía de indemnidad en la doctrina social...* (Bibl. cit.).

¹⁸⁰ STSJ Andalucía/Málaga 820/2016, de 19 de mayo, rec. 655/2016, STSJ Andalucía/Málaga 216/2018, de 7 de febrero, rec. 2064/2017, STSJ Andalucía/Granada 1019/2017, de 20 de abril, rec. 3232/2016, STSJ Andalucía/Granada 1897/2017, de 14 de septiembre, rec. 786/2017 o STSJ Galicia 2904/2019, de 25 de junio, rec. 775/2019.

¹⁸¹ Por ejemplo, cuando tienen lugar para lapsos temporales muy breves, como establecen las STSJ Madrid 365/2016, de 3 de mayo, rec. 258/2016 o STSJ Andalucía/Málaga 1360/2017, de 19 de julio, rec. 998/2017; o como cuando ya hay otras sentencias relativas a supuestos conexos que declaran la existencia

d) La adopción de la actuación empresarial a instancias de la empresa principal para la que se prestan los servicios y no a iniciativa de la empresa directa¹⁸², especialmente cuando esta última trata de evitarla o paliarla.

e) La existencia de requerimientos o instrucciones emanadas fuera del ámbito de dirección de la empresa, como cuando se siguen instrucciones de la propia Inspección de Trabajo¹⁸³. Un caso especialmente destacado es el relativo a los reparos formulados por la intervención de una entidad municipal, por ejemplo, ante la reclamación de un trabajador. No obstante, tal contraindicio tampoco tiene un carácter definitivo, debiendo valorarse en atención al resto de circunstancias¹⁸⁴.

f) La actuación de la Administración en cumplimiento del principio de legalidad, cubriendo una plaza con una persona funcionaria o trasladando al trabajador tras dicha cobertura¹⁸⁵. No obstante, debe destacarse que el indicio no desaparece absolutamente, ni se considera que dicha actuación de la Administración se presuma *iuris et de iure* lícita, cabiendo una valoración en sentido contrario cuando existen otros indicios relevantes¹⁸⁶.

de vulneraciones de derechos fundamentales, como señala la STSJ País Vasco 1894/2017, de 3 de octubre, rec. 1791/2017. Además, algunas sentencias inciden en la necesidad de analizar la cuestión debatida y no los hechos que hayan podido ocurrir con posterioridad. En este sentido, véase la STSJ Baleares 246/2017, de 23 de junio, rec. 93/2017, que alude a la concesión posterior al trabajador de un premio por parte de la empresa. De hecho, algún pronunciamiento señala con perspicacia que dicha nueva contratación es una prueba más de la inexistencia de impedimentos para mantener la relación laboral viva: es el caso de la STSJ País Vasco 1647/2019, de 1 de octubre, rec. 1457/2019.

¹⁸² VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La prohibición de discriminar...» (Bibl. cit.).

¹⁸³ Véase el voto particular de la STSJ Madrid 669/2016, de 7 de octubre, rec. 442/2016.

¹⁸⁴ La SJS3 Cartagena de 6 de junio de 2016, Autos 150/2016, resuelve el supuesto en que un ayuntamiento se fundamenta en los reparos formulados por la intervención para resolver un contrato, tras interponer la trabajadora una reclamación. No obstante, se rechaza este contraindicio al apreciarse que ya existían reparos por el mismo motivo en fechas muy anteriores a dicha reclamación, que no fueron atendidos.

¹⁸⁵ Es ilustrativa en este sentido la STSJ País Vasco 986/2017, de 27 de abril, rec. 730/2017, la STSJ Andalucía/Sevilla 1594/2018, de 24 de mayo, rec. 1542/2017 o, especialmente, la STSJ Andalucía/Granada 841/2018, de 5 de abril, rec. 2408/2017, en un supuesto en que el trabajador cesado participó en la convocatoria de la oposición libre convocada para la cobertura de la plaza, si bien no aprobó el ejercicio. Véase también Valle Muñoz, Francisco Andrés: «La prohibición de discriminar...» (Bibl. cit.).

¹⁸⁶ La doctrina judicial ha abordado algunos supuestos en que dicha cobertura no ha implicado de manera automáticamente que deba descartarse la existencia de una actuación lesiva de derechos fundamentales. Es el caso de la STSJ Canarias/Tenerife 1249/2018, de 13 de diciembre, rec. 223/2018, o de la STSJ Galicia de 14 de noviembre de 2017, rec. 3676/2017, en un supuesto en que cuando se produjo el cese por la adjudicación en concurso de la plaza que ocupaba a otra trabajadora funcionaria, existía otra plaza que la adjudicataria podía ocupar en comisión de servicio tal como solicitaron por escrito tanto el Jefe Territorial como el Jefe de Personal de la Delegación Provincial de Pontevedra, coincidiendo con la intención de la funcionaria interesada, sin que conste que la demandada hubiese dado respuesta a dicha solicitud que podría haber evitado el cese de la demandante. También resulta de interés la STSJ Galicia 5354/2017, de 9 de noviembre, rec. 3704/2017, que aborda un supuesto en el que, tras la reclamación de la trabajadora, se le adscribió a una plaza de funcionaria, cuya amortización posterior se utilizó como cobertura para extinguir la relación laboral.

g) El conocimiento por parte de los trabajadores, en el momento del ejercicio del derecho, del perjuicio se va a producir. No obstante, debe destacarse que no se trata de un contraindicio absoluto y tendrá que valorarse la existencia de lesión de derechos fundamentales en atención a las circunstancias concretas (SSTC 16/2006 y 6/2011)¹⁸⁷.

h) El hecho de que la reclamación sea solo una pieza más de una relación laboral ya muy deteriorada y crispada entre las partes¹⁸⁸. No obstante, esto no ocurrirá cuando la reclamación no sea un eslabón más del conflicto, sino la parte constituyente del mismo, a raíz de la cual las relaciones con el empleador se enturbian.

i) Una denuncia absolutamente temeraria¹⁸⁹.

j) El desconocimiento por parte de la empresa de la identidad del denunciante, especialmente en los supuestos en que su identidad queda salvaguardada, como es el caso de las actuaciones ante la Inspección de Trabajo, a la vista del deber de sus funcionarios de guardar sigilo respecto de las circunstancias personales del denunciante¹⁹⁰. Sin embargo, este criterio también debe ser analizado a la vista de su contexto, ya que, aunque la empresa pueda no tener un conocimiento cierto de la identidad del denunciante, este puede con frecuencia deducirse de otras circunstancias¹⁹¹.

k) La circunstancia de que la reclamación precursora haya concluido por conciliación o desistimiento. No obstante, debemos analizar muy críticamente este contraindicio en tanto que ha sido expresamente desautorizado por la jurisprudencia constitucional¹⁹². Pese a ello, la doctrina judicial continúa prestándole una especial atención¹⁹³.

¹⁸⁷ NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «La garantía de indemnidad en tiempos...» (Bibl. cit.).

¹⁸⁸ STSJ Andalucía/Málaga 828/2016, de 19 de mayo, rec. 652/2016. Ver también VALLE MUÑOZ, Francisco Andrés: «La prohibición de discriminar...» (Bibl. cit.).

¹⁸⁹ MONEREO ATIENZA, Cristina: «Falta de renovación de falso contrato...» (Bibl. cit.). Al respecto, véase también la STSJ Extremadura 357/2019, de 13 de junio, rec. 314/2019, comentada en ALEGRE NUENO, Manuel: «Sanción disciplinaria vulneradora de la garantía de indemnidad: carga de la prueba: Comentario a la STSJ Extremadura 357/2019 (rec. núm. 314/19), de 13 de junio de 2019». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, pp. 313-320. 2019.

¹⁹⁰ STSJ Andalucía/Málaga 401/2019, de 27 de febrero, rec. 2013/2018.

¹⁹¹ STSJ Canarias/Las Palmas 129/2017, de 13 de febrero, rec. 1352/2016, respecto de un supuesto en que la Inspección realiza un requerimiento respecto del trabajador perjudicado, o STSJ Andalucía/Granada 2162/2019, de 26 de septiembre, rec. 293/2019, en un supuesto en que la actuación inspectora se centra en cuestiones que ya habían sido anteriormente planteadas por el trabajador represaliado.

¹⁹² STC 120/2006.

¹⁹³ Entre otras, consideran que la acción desistida no tiene virtualidad indiciaria la STSJ Andalucía/Sevilla 3452/2016, de 15 de diciembre, rec. 99/2016, la STSJ Andalucía/Granada 860/2017, de 30 de marzo, rec. 3136/2016, la STSJ País Vasco 1386/2019, de 9 de julio, rec. 1183/2019, STSJ Madrid 845/2019, de 17 de octubre, rec. 527/2019 o la STSJ Galicia 2930/2016, de 10 de mayo, rec. 500/2016. Algunos pronunciamientos extraen la misma conclusión cuando la reclamación termina conciliándose, posiblemente por entender que dicho resultado se traduce inequívocamente en el restablecimiento de la

1) El hecho de que la reacción adversa responda a una compleja cuestión jurídica, de forma que no pueda apreciarse que la causa que lo fundamente sea la previa reclamación, sino una interpretación normativa que, pese a poder ser errónea, se muestre absolutamente ajena a todo propósito represivo¹⁹⁴. Sin embargo, este criterio deberá ser aplicado con gran cautela ya que no puede dejarse en manos del empleador la posibilidad de difuminar la existencia de represalia a través del mecanismo de generar un complejo debate jurídico en torno a su actuación (lo que no escapa a prácticamente ningún aspecto del Derecho).

A pesar de la clasificación que hemos realizado según la autonomía y suficiencia de estos indicios, hemos de insistir en que todos ellos deberán ser analizados en relación con las circunstancias concurrentes y puestos en relación con el resto de los indicios. El contexto podrá determinar que algunos de ellos adquieran una importancia decisiva en unos supuestos y ser prácticamente irrelevantes en otros. Por lo tanto, será necesario realizar una lectura global e interrelacionada de los hechos referidos en cada caso, en aras de discernir si el panorama indiciario tendrá la robustez suficiente como para activar el particular mecanismo probatorio característico de los supuestos en que se denuncie una lesión anticonstitucional.

paz social (STSJ Galicia de 21 de mayo de 2018, rec. 679/2018), lo que evidentemente dista mucho de ser así. Es el caso de la STSJ Canarias/Las Palmas 390/2017, de 29 de marzo, rec. 34/2017. Existen otros pronunciamientos –con los que nos alineamos– que siguen la línea fijada por la jurisprudencia constitucional, y restan importancia al hecho del desistimiento, como es el caso de la STSJ Madrid 826/2018, de 25 de julio, rec. 1439/2017, o de la conciliación de la anterior reclamación, como la STSJ Cataluña 2224/2016, de 13 de abril, rec. 275/2016.

¹⁹⁴ STSJ Baleares 518/2017, de 12 de diciembre, rec. 468/2017.

CAPÍTULO VI

PROTECCIÓN Y REPARACIÓN

La elaboración de la garantía de indemnidad quedaría incompleta si no se estableciesen mecanismos para asegurar su efectiva protección. En el presente apartado se analizan, por un lado, los mecanismos procesales establecidos para asegurar que la tutela sea efectiva y plena y, por otro, las consecuencias previstas para los supuestos en que se declare la vulneración de la garantía de indemnidad, de forma que se garantice una reparación efectiva. Como consecuencia de que una de las mayores potencialidades de esta institución radique en su consideración como derecho fundamental, puede observarse que en ambas fases mencionadas se establece el mayor nivel de protección.

1. MECANISMOS PROCESALES PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO

En el ámbito de la jurisdicción social, la LRJS establece distintos mecanismos de protección que son de aplicación a la globalidad de los derechos fundamentales, sin que la garantía de indemnidad presente singularidades en este aspecto. A continuación se explican estos mecanismos, si bien haciendo referencia exclusivamente a aquellos previstos en el ámbito de la LRJS y no así al resto de los mecanismos existentes, tales como los correspondientes a otras jurisdicciones (por ejemplo, los procedimientos habilitados en el ámbito de la LRJCA, que serán de aplicación solamente al personal que se encuentra bajo dicha jurisdicción).

1.1 Modalidad procesal específica: tutela de derechos fundamentales

La LPL/1995 establecía la «tutela de los derechos de libertad sindical» como modalidad procesal correspondiente a la garantía de indemnidad. Esta denominación, sin embargo, resultaba marcadamente confusa, ya que en realidad daba cobertura a todos los derechos fundamentales, no solamente el derecho a la libertad sindical.

Con la aprobación de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se modifica el título de esta modalidad procesal, que pasa a rubricarse como «tutela de derechos fundamentales». Esta misma denominación se reafirma posteriormente con la aprobación de la ahora vigente LRJS, cuyo Capítulo XI del Título II del Libro II regula la modalidad procesal destinada a la «tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas» en los arts. 177 a 184. Siguiendo la tendencia iniciada anteriormente, el art. 177.1 establece claramente que bajo este procedimiento se otorga tutela a todos los derechos fundamentales, no solamente a los derechos fundamentales específicamente laborales¹.

A través de esta modalidad procesal se da respuesta a las lesiones de los derechos fundamentales que tengan lugar en el contexto de relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento de la jurisdicción social, pero también a otras que se encuentran vinculadas de forma directa con aquellas. Esto segundo es sumamente relevante, en tanto que equivale a ampliar el ámbito de agentes que pueden lesionar dichos derechos fundamentales: dicho ámbito ya no se limita a los empleadores, sino que puede englobar a cualesquiera otros sujetos que se encuentren vinculados con la empresa (otros trabajadores, clientes, proveedores, etc.). De este modo, si un trabajador considerase, por ejemplo, que la actuación de un tercero menoscaba sus derechos fundamentales en el ámbito de una relación laboral y que el empresario no realiza ninguna actuación al objeto de corregir dicha situación, podrá dirigir la demanda frente a ambos².

Para ello, como señalábamos, será requisito fundamental que la relación en cuyo seno se produce la vulneración esté en «conexión directa» (art. 177.1 LRJS) con la relación sometida a la jurisdicción social. Esta conexión debe entenderse en el sentido de una causalidad flexible; es decir, la pregunta será si la lesión habría tenido lugar aun en caso de no existir la relación laboral³. Si la respuesta es negativa, esto es, si la lesión solo se ha producido como conse-

¹ SARAZÁ JIMENA, Rafael: *Jueces, derechos fundamentales y relaciones...* (Bibl. cit.).

² GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: «El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales...» (Bibl. cit.).

³ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio. «El proceso social de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 202, pp. 55-97. 2017.

cuencia del contrato de trabajo, la reclamación podrá acogerse a la jurisdicción social, y a través de esta modalidad procesal.

En cuanto al ámbito material de dicha modalidad procesal, quedaría incluido tanto el contenido esencial del derecho fundamental, como el no esencial pero reconocido en la legislación orgánica especialmente habilitada a tal efecto. Quedarían excluidos, en consecuencia, tan solo los aspectos de mera legalidad ordinaria⁴.

Aparte de otros requisitos previstos para el resto de las demandas, esta modalidad procesal exige que queden expresados los hechos de los que el actor deduzca la existencia de la vulneración, el derecho concreto infringido y la cuantía de la indemnización reclamada, con especificación de los parámetros tomados como referencia para su cálculo (art. 179.3 LRJS). Ahora bien, una invocación desacertada de normas o doctrina constitucional aplicable al caso por parte del demandante no vinculará al órgano judicial. Este podrá corregir los errores cometidos, con exclusiva sujeción a los límites del debate procesal –esto es, evitando causar indefensión a la demandada (art. 182.1.a LRJS). Esta norma es muestra clara del indudable carácter tuitivo que, si ya es (o, al menos, debiera ser) inherente a la jurisdicción social, se acentúa en este tipo de procesos.

La redacción del art. 53.2 CE, que atribuye la posibilidad (y no obligación) de recabar la tutela de los derechos fundamentales a través de procedimientos específicos, se ha interpretado de tal forma que se ha dado a esta modalidad procesal un carácter potestativo. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que esta modalidad procesal:

Aun cuando optativa –no obligada– sólo es utilizable, no obstante, cuando la pretensión interpuesta tuviera por exclusivo objeto recabar tutela judicial efectiva para [el] derecho fundamental supuestamente vulnerado y fuera fundada en el precepto constitucional que reconoce el mismo, sin que a tal fundamento, normalmente al menos, quepa añadir otros distintos⁵.

Idéntica conclusión se deduce de la redacción del art. 177.1 LRJS, que también se pronuncia en términos de posibilidad⁶.

De este modo, ante la existencia de una actuación lesiva de derechos fundamentales, el trabajador podrá acudir a la modalidad procesal específica o remitirse al procedimiento ordinario, salvo cuando el procedimiento deba tra-

⁴ STS de 18 de julio de 2006, RCU 1005/2005.

⁵ STS de 18 de mayo de 1992, RCU 1359/1991.

⁶ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: «El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales...» (Bibl. cit.).

mitarse con arreglo a una modalidad procesal concreta (art. 178.2 LRJS), en cuyo caso la disponibilidad del procedimiento específico desaparecerá⁷.

Como consecuencia de lo anterior, el art. 179.4 LRJS establece la obligación del órgano judicial de rechazar las demandas que, habiéndose planteado a través de la vía procesal específica de tutela de derechos fundamentales, no deban tramitarse a través de la misma. De todos modos, tal y como la propia norma indica, esta posibilidad deberá aplicarse solo para los supuestos en que no pueda reconducirse la demanda a través de lo establecido en el art. 102.2 LRJS.

Esta última posibilidad es relativamente nueva. Hasta la aprobación de la LRJS era de aplicación la LPL/1995 que, al regular las modalidades procesales, establecía una única disposición general (en el Capítulo Primero de su Título Segundo) en la que indicaba que «en todo lo que no esté expresamente previsto en el presente Título, regirán las disposiciones establecidas para el proceso ordinario» (art. 102). Así, respecto de las modalidades procesales, en su apartado general se limitaba a señalar que la normativa aplicable de forma subsidiaria era la del proceso ordinario.

Con la entrada en vigor de la LRJS, la regulación cambia de manera sustancial. El actual art. 102 mantiene el texto previo como primer apartado, pero incluye otros dos párrafos adicionales. En lo que al presente tema concierne, establece lo siguiente:

Se dará al procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda. No obstante, si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. No procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada (art. 102.2 LRJS).

Es decir, con la entrada en vigor de la LRJS, se prevé expresamente la posibilidad de que la selección errónea de la modalidad procesal se subsane en cualquier momento del procedimiento «completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada». De este modo, con relativa frecuencia podrá reorientarse el procedimiento sin tener que acu-

⁷ MEANA CUBERO, María Teresa: «Tutela de derechos fundamentales...» (Bibl. cit.).

dir a la posibilidad de rechazar la demanda, en los términos previstos en el art. 179.4 LRJS, pues bastará con reconfigurar la modalidad procesal a través de la que se tramita.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, hay que señalar que aunque los derechos fundamentales se consideran imprescriptibles, sí pueden prescribir todas y cada una de las actuaciones que puedan producir su lesión⁸. Así, el art. 179.2 LRJS establece que la demanda habrá de formularse en el plazo general de prescripción o caducidad previsto para la actuación sobre la que se concrete la lesión del derecho fundamental, y ello en relación con los plazos establecidos en el art. 59 ET⁹. Por su parte, en los supuestos en que la relación laboral no llega a constituirse, el plazo computará a partir de la fecha en que el trabajador lesionado tenga conocimiento de la lesión (art. 1969 CC). En cuanto a las actuaciones de tracto sucesivo, mientras subsista la lesión, podrá ejercitarse la acción¹⁰.

Por último, procede hacer una breve referencia al proceso de tutela de derechos fundamentales cuando se impugna una decisión de flexibilidad interna o externa producida en el ámbito de un procedimiento concursal. En estos casos, la alegación de derechos fundamentales deberá realizarse en la comparecencia regulada en el art. 64.7 LC/2003 (art. 174 LC/2020) o, en su caso, a través del trámite por escrito previsto en la citada norma. La resolución del juez del concurso por la que se acuerda la medida impugnada (despido, modificación de condiciones, suspensión, etc.) podrá recurrirse de forma colectiva, a través de los sujetos colectivos legitimados y por medio del recurso de suplicación (párrafo primero del art. 64.8 LC/2003 –art. 551 LC/2020– en relación con el art. 191.4.b LRJS). Igualmente, podrá impugnarse individualmente a través del incidente concursal (párrafo segundo del art. 64.8 en relación con el art. 195, ambos de la LC/2003, –art. 541 LC/2020)¹¹. No obstante, este trámite se encuentra desprovisto de las garantías que la LRJS prevé respecto de los

⁸ STC 58/1984.

⁹ STS de 10 de julio de 2018, RCU 3269/2016.

¹⁰ GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel: «El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales...» (Bibl. cit.).

¹¹ Obviamente, que el cese se haya producido en el ámbito de un procedimiento concursal no impide en modo alguno que persiga un propósito anticonstitucional, no gozando por ese simple hecho del «beneplácito judicial o de un “escudo protector”» (SJM10 de Barcelona de 25 de enero de 2016, Autos 849/2014), pudiendo vulnerarse derechos fundamentales, por ejemplo, a la hora de seleccionar a los trabajadores subrogables tras la enajenación de una unidad productiva (SJM9 de Barcelona de 30 de noviembre de 2015, Autos 456/2015). Además, en algunas ocasiones se ha considerado que merece protección constitucional –en el ámbito de la garantía de indemnidad– la actuación especialmente reivindicativa de algunos trabajadores en cuanto a la negociación existente dentro de un procedimiento concursal respecto de una medida de flexibilidad interna o externa (SSJS3 de Gijón 198, 200 y 203/2015, de 18 de noviembre, Autos 107/2015).

procesos tramitados en materia de derechos fundamentales, tales como la intervención del Ministerio Fiscal, la celeridad, la preferencia y la sumariedad, etc. Esto, sin duda, constituye una relevante merma de derechos respecto de la jurisdicción social, que en nuestra opinión se encuentra absolutamente injustificada y debiera ser corregida¹².

1.2 Particularidades del proceso de tutela de derechos fundamentales

El proceso de tutela de derechos fundamentales presenta una serie de notas especialmente características, que deben su existencia a la vinculación de esta modalidad procesal con los valores constitucionales que se pretenden preservar. Una de las más reseñables es la especial distribución de la carga de la prueba que hemos analizado en otro apartado del presente trabajo¹³. A continuación, se apuntan algunas otras notas destacadas de esta modalidad procesal.

1.2.1 INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL¹⁴

Uno de los elementos fundamentales es la intervención del Ministerio Fiscal. Este «será siempre parte en estos procesos [...], velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas» (art. 177.3 LRJS). Todo ello sirve al objetivo de «velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas» (art. 3.3 EOMF). Se trata, además, de una intervención

¹² Es cierto, sin embargo, que determinados pronunciamientos acuerdan aplicar la doctrina de la inversión de la carga de la prueba ante la existencia de indicios de vulneración de derechos (SJM10 de Barcelona de 25 de enero de 2016, Autos 849/2014). Si bien se trata de un buen punto de partida, no nos parece una medida suficiente, debiendo sin duda el Derecho Concursal aprender mucho aún del trabajo que se ha avanzado en la materia por el Derecho del Trabajo. Esta deficiencia de regulación se traduce, por ejemplo, en que algunos juzgados de lo mercantil hayan rechazado la necesidad de que el Ministerio Fiscal sea parte en este tipo de procedimientos cuando se denuncia la existencia de vulneraciones de derechos fundamentales (SJM9 de Barcelona de 30 de noviembre de 2015, Autos 456/2015 o SJM2 de Bilbao 218/2018, de 4 de julio, Autos 341/2017). En cambio, no es una postura unánime, existiendo otros órganos judiciales que, pese a la inexistencia de previsión legal, han tenido al Ministerio Fiscal como parte (SJS3 de Gijón 200/2015, de 18 de noviembre, Autos 107/2015).

¹³ Concretamente, en el Capítulo V, apartado 1.1.

¹⁴ Al respecto de esta materia, resulta especialmente destacable la Instrucción núm. 4/2012, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la jurisdicción social, de 3 de diciembre de 2012, emitida por la Fiscalía General del Estado.

con fundamento constitucional, y no meramente legislativo, estableciéndose que «tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley» (art. 124.1 CE).

Las competencias del Ministerio Fiscal en la jurisdicción social no son absolutas, ya que la LRJS no reconoce su legitimación para iniciar procesos en esta materia: tan solo se limita a facultarle para intervenir en los procesos ya iniciados (art. 17.4 LRJS). Ahora bien, en los procesos iniciados podrá tener plena participación, hasta el punto de que podría oponerse a los actos de disposición de la acción o, incluso, recurrir la sentencia con independencia de la voluntad de las partes. Esto se debe a la consideración de que la relevancia de los derechos fundamentales va más allá incluso de los particulares intereses de las partes¹⁵.

Por ser esta su función, la intervención del Ministerio Fiscal se prevé en distintas fases procesales: deberá ser citado a comparecencia cuando se solicite la adopción de medidas cautelares (art. 180.5 LRJS), y deberá tener una intervención activa en el acto de juicio e incluso en la ejecución (art. 240.4 LRJS). Es más, se ha llegado a afirmar que debería participar también en otras fases procesales, en las que también exista la posibilidad de disponer de los derechos en cuestión, si bien su presencia –aún– no sea costumbre (como es el acto de conciliación judicial¹⁶).

Además, la intervención del Ministerio Fiscal no se limita a los supuestos en que se pretenda salvaguardar el derecho fundamental a través de la modalidad específica, sino también cuando esto se lleve a cabo a través de otras modalidades procesales (178.2 LRJS).

Ahora bien, debe destacarse que la presencia del Ministerio Fiscal no es preceptiva. De este modo, si se cumple por el Juzgado el trámite de su citación pero aquel rechaza comparecer, no existirá obstáculo alguno para la celebración del acto de juicio y tampoco se considerará que su ausencia genere indefensión para ninguna de las partes¹⁷. Además, tampoco determinará la nulidad de actuaciones su falta de citación cuando no se haya formulado protesta y no se haya acreditado que se ha causado indefensión¹⁸.

¹⁵ CASTRO ARGÜELLES, María Antonia: «Los derechos fundamentales inespecíficos...» (Bibl. cit.).

¹⁶ MOYA AMADOR, Rosa: «La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la ley reguladora de la jurisdicción social». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 10, pp. 115-144. 2013.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ STS 860/2019, de 12 de diciembre, RCU 2189/2017.

1.2.2 TRAMITACIÓN PREFERENTE Y SUMARIA

El art. 179.1 LRJS establece que la tramitación de los procesos de tutela de derechos fundamentales «tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que se sigan en el juzgado o tribunal». Esta necesidad de preferencia y sumariedad deriva directamente del art. 53.2 CE. Además, este carácter se aplica a todas las fases del procedimiento, incluida la de recurso¹⁹.

No obstante, dicha preferencia se produce exclusivamente en relación con el resto de los asuntos seguidos ante el mismo órgano judicial, pero no respecto de aquellos que se sigan en otros órganos judiciales. La consecuencia de ello es que tal preferencia no podrá fundamentar la suspensión de otro procedimiento más antiguo tramitado en distinto órgano judicial (art. 188.1.6.º LEC).

La sumariedad presenta dos vertientes: cuantitativa y cualitativa. Con la primera se hace referencia a las medidas adoptadas dentro del propio proceso para agilizar su tramitación, tales como la exclusión de la necesidad de agotar la preceptiva conciliación previa (art. 64.1 LRJS), la imposibilidad de acumular dicha acción con otras distintas (art. 26.1 LRJS), la habilidad del mes de agosto (art. 43.4 LRJS), o la ya aludida preferencia en su tramitación, lo que comporta el establecimiento de unos plazos especialmente breves tanto para la celebración de los actos de conciliación y juicio (art. 181.1 LRJS), como para dictar sentencia (art. 181.3 LRJS). No obstante, y de forma ciertamente paradójica, se excluye de este tipo de procesos la posibilidad de dictar sentencia *in voce* (art. 50.2 LRJS).

Por su parte, la sumariedad cualitativa hace referencia a la especialidad del procedimiento y se traduce en lo que se ha denominado como la «cognición limitada»²⁰ de dicha modalidad procesal, lo que implicará que el objeto del proceso quedará limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental alegado, así como la imposibilidad de acumular este proceso con otros diferentes²¹.

¹⁹ SARAZÁ JIMENA, Rafael: *Jueces, derechos fundamentales y relaciones...* (Bibl. cit.).

²⁰ STS de 24 de enero de 1996, RC 629/1995. Esta cognición limitada, sin embargo, puede resultar altamente problemática cuando las actuaciones empresariales resulten especialmente complejas y se constituyan por una concatenación de actos aislados que singularizados podrían resultar intrascendentes. En este sentido, véase MARTÍNEZ MORENO, Carolina, y GARCÍA RODRÍGUEZ, Bernardo: «La tutela jurisdiccional frente al acoso laboral. Una aproximación al estado de la cuestión». En: Manuel Correa Carrasco (coord.), *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, pp. 217-234. Cizur Menor: Editorial Aranzadi. 2006.

²¹ SARAZÁ JIMENA, Rafael: *Jueces, derechos fundamentales y relaciones...* (Bibl. cit.).

No puede dejar de hacerse una crítica a las aspiraciones normativas que han apostado por la celeridad de este tipo de procesos. Este propósito queda necesariamente empañado ante la proliferación de procesos con carácter urgente en el ámbito de la LRJS, hasta el punto de que la excepcionalidad se convierte en la regla general, vaciándose de contenido las pretensiones de una justicia ágil.

1.2.3 ACCESO AL RECURSO DE SUPPLICACIÓN

El recurso de suplicación es un recurso extraordinario, muy alejado de la apelación o segunda instancia civil. Además, la LRJS establece que es una posibilidad a la que no cabe acceder en todos los casos. Así, el art. 191.2 LRJS enumera un amplio listado de procesos en los que dicha posibilidad no existe (entre ellos se encuentran los procesos de movilidad geográfica, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, etc.)

Ahora bien, el art. 191.3.f LRJS deja claro que «procederá en todo caso la suplicación: contra las sentencias dictadas en materias de [...] tutela de derechos fundamentales y libertades públicas». Según la forma en que se ha interpretado este precepto, en todos los procesos tramitados a través de la modalidad procesal específica de tutela de derechos fundamentales cabrá recurso de suplicación contra la sentencia. Pero, además, dicho recurso podrá tener cabida incluso en determinados procesos en los que *a priori* no cupiese la suplicación: por ejemplo, cuando la modalidad procesal sea otra, pero se le acumule la alegación de vulneración del derecho fundamental²².

1.2.4 PARTICULARIDADES EN CUANTO A LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Ubicándose el proceso dentro de la modalidad específica de tutela de derechos fundamentales, no resultaría aceptable que el trabajador hubiera de esperar a la firmeza de una sentencia que declarase la vulneración del derecho para instar su ejecución. Por este motivo, el art. 303.1 LRJS establece que dichas sentencias:

... serán ejecutivas desde que se dicten, según la naturaleza de la pretensión reconocida, no obstante el recurso que contra ellas pudiera interponerse y sin perjuicio de las limitaciones que pudieran acordarse para evitar o paliar perjuicios de imposible o difícil reparación.

²² STC 42/2017.

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Esta ejecutividad se aplica igualmente a los supuestos en que la tutela del derecho fundamental se instrumenta a través de otra modalidad procesal. Es el caso de los procedimientos por despido, en los que el art. 297.1 LRJS prevé la obligación empresarial de readmitir al trabajador (o no hacerlo, pero continuar abonándole sus retribuciones como si lo hubiese hecho) durante la tramitación del recurso que finalmente se interponga.

1.2.5 RÉGIMEN ESPECÍFICO DE MEDIDAS CAUTELARES

Si bien la LRJS regula explícitamente la figura de las medidas cautelares (art. 79 LRJS), en el ámbito de los procesos de tutela de derechos fundamentales se establece un mecanismo específico (art. 180 LRJS), a cuyo amparo se prevé la posibilidad de suspender los efectos del acto impugnado «cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos» (art. 180.2 LRJS).

Además, el procedimiento para la adopción del mecanismo será incluso más urgente que el previsto para la adopción del resto de medidas cautelares en la LEC (al que remite la LRJS). Así, deberá citarse a las partes en el día siguiente a la admisión de la demanda, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes deberá hacerse efectiva su comparecencia a una audiencia preliminar, de cognición especialmente limitada. Tras ella, el órgano judicial resolverá mediante auto dictado de viva voz, adoptando las medidas que procedan. Se prevé, igualmente, la posibilidad de adoptar las medidas necesarias inaudita parte en casos de urgencia excepcional, sin perjuicio de la obligación de celebrar posteriormente la vista referida.

2. CALIFICACIÓN DE LA LESIÓN DEL DERECHO

La respuesta que el ordenamiento jurídico proporciona a la vulneración de la garantía de indemnidad es la nulidad (originariamente denominada como radical), que deberá aspirar a proporcionar una reparación absolutamente efectiva del perjuicio causado. Ahora bien, dicha respuesta no se concretará de forma unívoca, sino que deberá adaptarse a la situación particular en la que se haya producido la lesión del derecho.

En consecuencia, la reparación podrá articularse de muy diversas maneras. Estas dependerán fundamentalmente del tipo de perjuicio que se haya causado al trabajador (modificación de sus condiciones laborales, imposición de una sanción, despido, etc.), que será el que determine el mecanismo procesal al que habrá que acudir para obtener su reparación. Pero además habrá que tomar en consideración las distintas modalidades procesales, pues las consecuencias de la declaración de nulidad también varían en función de ellas.

En el presente apartado se desglosan las consecuencias de la nulidad en todos estos supuestos. Se incluye, igualmente, la referencia a las indemnizaciones resarcitorias previstas para dichas situaciones y la doctrina emanada al respecto.

2.1 Consecuencia: la nulidad de la medida y sus efectos

La jurisprudencia constitucional, desde la STC 38/1981, vino a declarar la nulidad radical, *ab radice*, de los despidos atentatorios contra derechos fundamentales²³.

Dicha consecuencia se positivizó en el ámbito laboral a través de la regulación contenida en las sucesivas leyes adjetivas, que incluyeron consecuencias determinadas para tal declaración –y no solo en el ámbito de las decisiones extintivas, sino también en otras modalidades procesales.

La resolución judicial que declara la nulidad de la medida debe aspirar a conseguir la mayor restitución posible de la situación jurídica previa a la lesión, ya que solo así se puede restablecer tal situación y reparar el daño causado. Por este motivo, el contenido de la resolución que declara la nulidad de la medida debe contener un quíntuple pronunciamiento: a) el aspecto declarativo de la vulneración del derecho (tutela declarativa); b) otros aspectos de condena dirigidos a obtener la indemnidad del trabajador que ha ejercitado su derecho fundamental, como es la nulidad radical de la actuación empresarial (tutela anulatoria); c) el cese inmediato de la actuación represiva (tutela interdictal); d) la reposición al trabajador a la situación previa (tutela repositoria); y 3) la

²³ En otras ocasiones se llegó a considerar que tales actuaciones también debían ser contempladas como discriminatorias; no obstante, estas consideraciones carecían de precisión técnica: en el ámbito de la garantía de indemnidad la represalia constituye un trato desfavorable y perjudicial, e incluye una nota de desigualdad peyorativa y arbitraria, pero no resulta necesariamente discriminatoria, tal y como señala CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad (El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional)». En: María Emilia Casas Baamonde, Jesús Cruz Villalón y Federico Durán López (coords.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, pp. 695-744. 2006.

reparación de las consecuencias con derecho, en su caso, a la indemnización correspondiente (tutela resarcitoria)²⁴.

Todas estas tutelas confluyen en el cumplimiento de la finalidad última, que es un resarcimiento *ex tunc*: esto es, que la declaración de nulidad devuelva al trabajador a la misma situación en que se encontraba antes de que tuviese lugar la lesión del derecho²⁵. La resolución, por tanto, no puede obviar ninguna de ellas, porque esto podría implicar la no consecución de una reparación integral y absoluta de la lesión.

Como ya hemos señalado, la garantía de indemnidad no obedece solamente a un objetivo reparador sino también a otro preventivo, en tanto que previene que el empleador pueda hacer un uso ilícito de sus poderes con un propósito lesivo de los derechos fundamentales del trabajador²⁶. A este respecto puede observarse que, en numerosos supuestos de actuaciones lesivas de derechos fundamentales, la sanción prevista en el ámbito de la legalidad ordinaria (improcedencia en el supuesto del despido, declaración del carácter injustificado en el ámbito de las modificaciones de condiciones de trabajo, etc.) no resultaría lo suficientemente disuasoria ante el coste que supone para la empresa el respeto del derecho fundamental del trabajador. Lo anterior se intensifica en el ámbito de los empleos más precarios, contrataciones temporales, trabajadores con una escasa antigüedad o con unas retribuciones muy reducidas, donde la consecuencia prevista en el ámbito de la legalidad ordinaria con frecuencia provocará al empresario una pérdida muy reducida, e incluso puede compensarle económicamente²⁷.

También a este sentido se aplica la postura de la jurisprudencia constitucional según la cual la improcedencia de la actuación empresarial no satisface la lesión del derecho²⁸ y lo mismo ocurre con la nulidad cuando no se aprecia la existencia de una lesión del derecho fundamental. Por ello, pese a que:

... la regulación del despido y de las sanciones disciplinarias en la legislación ordinaria implican cierta cobertura frente a las represalias empresariales,

²⁴ LOUSADA AROCHENA, José Fernando: «Las cláusulas de protección jurisdiccional...» (Bibl. cit.).

²⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio...» (Bibl. cit.).

²⁶ ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko: «La garantía de indemnidad...» (Bibl. cit.), p. 649.

²⁷ LÓPEZ ÁLVAREZ, María José: «A vueltas con la calificación del despido por enfermedad...» (Bibl. cit.). Especialmente significativo es el supuesto del despido, para el que nuestra regulación establece una indemnización tasada. Esta será especialmente reducida en supuestos de trabajadores con una escasa antigüedad en la empresa, lo que permitiría al empleador extinguir la relación laboral abonando tan solo una pequeña indemnización, que en modo alguno tendría efecto disuasorio para el empleador. En este sentido, véase MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Actualidades y críticas del convenio 158 OIT...» (Bibl. cit.).

²⁸ STC 140/1999. Al respecto, véase también LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: «Despido con vulneración de la tutela judicial efectiva. Comentario a la STC 140/1999, de 22 de julio». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVII*, pp. 183 y siguientes. Madrid: Civitas. 1999.

aún cabe una protección de grado superior, que garantice la inmunidad o indemnidad plena del trabajador litigante, asegurando la total ineficacia jurídica de las reacciones empresariales de respuesta al planteamiento de la acción judicial. Dicha indemnidad plena solo se consigue en nuestro Derecho mediante la declaración de nulidad *ex tunc* de la decisión empresarial en cuestión, que se produce, casi exclusivamente, cuando existe discriminación o vulneración de algún derecho fundamental²⁹.

En otro orden de cosas, la quíntuple tutela a la que se ha hecho referencia deberá modularse y adaptarse a la situación concreta en la que tenga lugar. Es decir, los efectos de la nulidad no serán los mismos en el ámbito de un procedimiento de despido, de sanción, de modificación de condiciones de trabajo, etc. Esto es así porque en cada situación se produce un perjuicio distinto para el trabajador, que deberá ser reparado de una manera diferente.

Asimismo, los efectos de la nulidad podrán ser modulados en algunos supuestos específicos (en atención a las circunstancias particulares que tengan lugar en el ámbito de la relación laboral), así como en relación con otros valores (de legalidad constitucional u ordinaria) que se encuentren en juego. Es el supuesto, por ejemplo, de aquellas circunstancias en que los efectos de la condena resulten imposibles, ya sea por una causa material –como por cese de la actividad empresarial– o legal³⁰. En este caso, el órgano judicial podrá, en lugar de declarar la nulidad del despido e imponer la correspondiente condena a la readmisión del trabajador, declarar extinguida la relación laboral. A este respecto, se ha señalado que:

Tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación³¹.

Además, se ha cuestionado que la readmisión forzosa sea la consecuencia más conveniente en algunos casos (por ejemplo, en el ámbito de determinadas relaciones laborales de confianza). Este criterio se ha adoptado en determinadas relaciones laborales especiales, donde la nulidad del despido permite al empresario optar por la rescisión del contrato (los efectos de la nulidad en este ámbito se analizan más adelante). En cambio, no se ha extendido esta posibi-

²⁹ ÁLVAREZ ALONSO, Diego: *La garantía de indemnidad del trabajador...* (Bibl. cit.), p. 27.

³⁰ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo: «El despido nulo con imposibilidad de readmisión. STSJ Andalucía Sevilla, de 17 de diciembre de 2015 (AS 2015, 2485)». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 191, pp. 241-246. 2016.

³¹ STC 58/1983.

lidad al ámbito de las relaciones ordinarias, por mucho que la nota de confianza sea más elevada. Esto ha llevado a algún sector de la doctrina a sugerir la posibilidad de matizar las consecuencias de la nulidad del despido en el ámbito de este tipo de relaciones y ofrecer alguna otra opción que no implique la readmisión forzosa –o, al menos, que esta se produzca a un puesto distinto³².

Por otra parte, las distintas tutelas señaladas –y, en especial, la repositoria y la resarcitoria– pueden desembocar en situaciones bastante problemáticas cuando la lesión del derecho se ha producido en determinadas circunstancias. En casos así, y a diferencia de otras situaciones en que los efectos de la nulidad se encuentran regulados de manera ciertamente exhaustiva (como puede ser el despido y, en general, cualquier otra actuación con desarrollo expreso en la LRJS), puede ocurrir que para asegurar dicha tutela se requiera un pronunciamiento de mayor complejidad o que necesite un desarrollo jurídico más extenso.

Es el supuesto, por ejemplo, de las lesiones producidas en momentos previos a la relación laboral, en la fase del acceso al empleo. En estos supuestos, una sentencia que declare que la exclusión del acceso al empleo se ha fundamentado en una causa inconstitucional solo podrá reparar de manera plena la lesión consiguiendo que al trabajador perjudicado se le coloque en la situación (ficticia) de la que nunca debería haber sido excluido. En estos casos, obviamente, no se hace referencia a la existencia de readmisión, en tanto que no existe una previa relación laboral que recomponer. Más bien, debe hablarse de nueva admisión, lo cual sin embargo puede acarrear problemas complejos referidos a cómo concretar los términos del contrato, dado que nunca ha existido una relación laboral previa entre las partes. A estos efectos, no obstante, la doctrina ha planteado que los problemas pueden solventarse tomando como referencia las condiciones de trabajo de trabajadores equiparables –en caso de existir³³. Frente a ello, algún sector de la doctrina ha calificado como rocambolesca la interpretación por la cual la declaración de la nulidad de la negativa a contratar deba dar lugar a que la relación laboral se entienda nacida. Se aprecia que, en este caso, existirá tan solo una obligación de indemnización del perjuicio sufrido como consecuencia de la lesión de la expectativa legítima de derecho³⁴. De todos modos, la cuestión no deja de ser problemática, tanto en este como en otros numerosos supuestos.

³² ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «Garantía de indemnidad y decisiones discrecionales...» (Bibl. cit.).

³³ LOUSADA AROCHENA, José Fernando: «Represalias sindicales...» (Bibl. cit.).

³⁴ PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel: «Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial por razón de sexo)». *Aranzadi Social*, 5, pp. 931-972. 2004.

2.2 Derecho a la reparación: indemnización por daños materiales y morales

Como se ha señalado, en los supuestos en que se declara la lesión de un derecho fundamental, y como parte de la tutela resarcitoria, se prevé la posibilidad de que nazca el derecho a ser indemnizado. Para ello, no obstante, el primer y fundamental elemento será el de concurrencia del daño, a partir del cual surgirá la necesidad de resarcirlo. Un resarcimiento sin previo daño implicaría la existencia de un enriquecimiento injusto³⁵.

El daño contractual exigirá la concurrencia de un contrato válido entre responsable y víctima del daño, así como que se produzca un incumplimiento del mismo, derivando en un daño como consecuencia. No obstante, dicho negocio jurídico debe entenderse de forma amplia, incluyendo tanto las obligaciones que el contrato atribuya al empleador, como el resto que emanen de aquel, en tanto que se encuentren contenidas en convenios colectivos o en la Ley. Además, dicho perjuicio también puede surgir de los momentos previos a la constitución del citado contrato, como es el caso de los incumplimientos de precontratos u otras actuaciones lesivas vinculadas a la fase previa a la constitución de la relación laboral (como sería el momento del acceso al empleo)³⁶.

Una vez apreciada la existencia de dicho perjuicio, su restitución deberá ser íntegra, por lo que deberá incluir tanto daños materiales como morales. Estos últimos han resultado especialmente problemáticos, tanto en su determinación como en su cuantificación. Han sido asociados por la jurisprudencia a «los padecimientos físicos o psíquicos [...] que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad»³⁷. Se trata, en todo caso, de auténticos perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales, hacen referencia al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales³⁸. Esta clase de daño se admitió ya desde la STS de 6 de diciembre de 1912, que la consideró derivada de la responsabilidad aquiliana.

En el ámbito de las relaciones laborales en España se ha optado por un sistema de indemnización tasado y objetivo para los supuestos de extinción contractual, estableciéndose una presunción *iuris et de iure* acerca de que los daños causados por la misma tendrán una cuantificación concreta (de 33 días por año, con amparo en la normativa actualmente vigente, con todos los mati-

³⁵ GARCÍA VIÑA, Jordi: «Indemnización por daños y perjuicios en el orden social: una panorámica». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 173, pp. 25-56. 2015.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ STS [Sala Primera] 366/2010, de 15 de junio, RC 804/2006.

³⁸ GARCÍA VIÑA, Jordi: «Indemnización por daños y perjuicios en el orden social...» (Bibl. cit.).

ces que conviene realizar en atención a situaciones transitorias derivadas de las anteriores regulaciones).

Se presume así que las normas que establecen las cuantías indemnizatorias ya incluyen y consideran todos los perjuicios sufridos por el trabajador despedido, tanto de carácter material como inmaterial, lo que no impide que puedan introducirse mejoras por acuerdo privado³⁹, ya sea individual o colectivo.

Sin embargo, estas reglas no son de aplicación plena en el ámbito de despidos adoptados con vulneración de derechos fundamentales. En estos casos se permite reclamar una indemnización adicional a la tasada para los supuestos en que el actor demuestre que la medida ha causado unos perjuicios que, al no ser eliminados por la declaración de nulidad, requieren una atención específica⁴⁰.

Esta posibilidad es más acorde con la jurisprudencia europea que considera contraria al principio de igualdad de trato una normativa que establezca un tope máximo fijado *a priori* a la cuantía de las indemnizaciones derivadas de despidos discriminatorios⁴¹. Esta doctrina se ha positivizado de forma expresa en el art. 183.3 LRJS que establece la compatibilidad de esta indemnización con la derivada de la regulación legal para los supuestos de extinción contractual⁴².

Además, el art. 183.1 LRJS hace referencia a la obligación judicial de fijar la indemnización que le corresponda al trabajador que haya sufrido la actuación lesiva de derechos fundamentales, persiguiendo no exclusivamente el fin de reparación íntegra, sino también un propósito preventivo (art. 183.2 LRJS).

Existe alguna postura doctrinal que considera, no obstante, que en supuestos de vulneración de la garantía de indemnidad (a diferencia de lesión de otros derechos fundamentales) no procede tal indemnización adicional en tan-

³⁹ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, Javier: «Extinción del contrato por despido de una trabajadora al servicio del hogar familiar con vulneración de derechos fundamentales. STSJ Andalucía/Granada 21 mayo 2014, 1851». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 173, pp. 303-312. 2015.

⁴⁰ SEGALÉS FIDALGO, Jaime: «Las garantías de indemnidad frente a los poderes...» (Bibl. cit.).

⁴¹ STJCE de 2 de agosto de 1993, asunto C-271/91, caso M. H. Marshall.

⁴² De este modo, esta indemnización sería incluso compatible con la prevista en el art. 50.2 ET. Al respecto, véase SIERRA HERNÁIZ, Elisa: «El menoscabo de la dignidad del trabajador como causa de extinción indemnizada del contrato de trabajo (artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores)». *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 43, pp. 73-94. 2020. Sin embargo, y teniendo en cuenta que siempre habrá que analizar el caso concreto, consideramos que *a priori* no puede entenderse la vulneración de la garantía de indemnidad como causa que justifique la extinción del contrato al amparo del art. 50.1 ET. Para que ello sea posible debe requerirse un perjuicio adicional que puede concretarse, como señala SIERRA HERNÁIZ, en «un menoscabo a la dignidad del trabajador».

to que el único perjuicio sufrido por el trabajador será el ya reparado por la tutela anulatoria, esto es, con la condena a la readmisión (en caso de despido) o reposición a la situación preexistente (en el supuesto de otras modalidades procesales). Esta postura se sustenta en que el único perjuicio sufrido sería compensado con los efectos de dicha nulidad, esto es, con la condena a abonar salarios de tramitación, etc.⁴³.

Evidentemente, esa postura olvida algunas cuestiones fundamentales, tales como que la mera declaración de nulidad del despido no resarce de manera absoluta la totalidad de perjuicios derivados de la lesión de la garantía de indemnidad, que es tratada así como un derecho fundamental menor. No puede olvidarse, por ejemplo, que el objeto de dicha indemnización adicional no es solo el de resarcir los daños sufridos por el trabajador, sino también el de desincentivar al empleador que ha adoptado dicha represalia, adoptando así una función preventiva considerada de gran importancia⁴⁴. Mal podría entenderse que esta función se cumple cuando se equiparan los efectos de esta lesión a los de cualquier otro supuesto de nulidad del despido (por ejemplo, por no haberse cumplimentado ningún período de consultas en el ámbito de un despido colectivo).

En cuanto a la cuantía de dicha indemnización adicional por daños morales, ha existido una evolución que se recoge en la muy ilustrativa STS de 13 de julio de 2015, RC 221/2014. Dicha resolución comienza asumiendo que la respuesta de la jurisprudencia a esta materia no ha sido uniforme. Partía de una postura inicial que consideraba que debía concederse de manera automática dicha indemnización, sin necesidad de acreditar un específico perjuicio, dado que este se presumía⁴⁵. Posteriormente, se comenzó a exigir la fijación de bases y justificación de la indemnización reclamada⁴⁶.

La citada sentencia destaca la inexistencia de criterios claros que permitan traducir económicamente el daño moral sufrido (lo que conlleva un incremento del margen de discrecionalidad en la valoración) y al criterio aperturis-

⁴³ URESTE GARCÍA, Concepción Rosario: «Ámbito de aplicación de los derechos...» (Bibl. cit.). En esta misma línea se pronuncia la STSJ Madrid 225/2018, de 28 de marzo, rec. 527/2017, que descarta la existencia de daño moral por el hecho de que el derecho fundamental vulnerado es la garantía de indemnidad (y no otro). También, la STSJ Madrid 195/2017, de 13 de marzo, rec. 957/2016, que tiene en cuenta para descartar la existencia de daño moral la circunstancia relativa a que entre la reclamación y el despido transcurrió un solo día. No podemos compartir tan insólito criterio, precisamente por considerar que tan radical reacción es susceptible precisamente de provocar un superior perjuicio y desincentivar de manera más contundente la posibilidad de volver a ejercitar sus derechos el trabajador.

⁴⁴ STS 43/2017, de 24 de enero, RCU 1902/2015.

⁴⁵ Entre otras, las SSTS de 9 de junio de 1993, RCU 3856/92 y la de 8 de mayo de 1995, RC 1319/1994.

⁴⁶ SSTS de 22 de julio de 1996, RC 7880/1995, de 11 de junio de 2012, RCU 3336/2011, etc.

ta que actualmente se impone en materia de resarcimiento del daño moral. Partiendo de dicha situación, alude expresamente a la STS [Sala Primera] 366/2010, de 15 de junio, RC 804/2006, que aborda específicamente la cuestión de la cuantificación de los daños morales. Esta última resolución comienza recordando que tradicionalmente la jurisprudencia ha vinculado los daños morales con los padecimientos físicos o psíquicos, que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad, e indica que su resarcimiento, incluso en el ámbito de los incumplimientos contractuales, se aconseja en distintos textos normativos elaborados por organismos internacionales: en concreto, Principles of European Tort Law (PETL, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil) y los principios Unidroit (establecidos por International Institute for the Unification of Private Law, una agencia especializada de la Organización de Naciones Unidas que persigue la unificación del derecho privado).

Además, nuestro pronunciamiento de cabecera se apoya en la regulación de la materia existente tras la aprobación de la LRJS, cuyo art. 179.3 exceptiona de la obligación de fijar con claridad en la demanda la especificación de los daños y perjuicios sufridos, cuando se trate de daños morales y resulte difícil su estimación. En lugar de ello, se deberán establecer «las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador». A lo anterior añade el art. 183.2 LRJS que, en la sentencia relativa a dichos procedimientos:

El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

En virtud de la última línea jurisprudencial, por tanto, mientras los daños materiales acostumbren a requerir de una determinación concreta y específica, los daños morales no deben ser cuantificados con la misma precisión⁴⁷.

Por último, la citada STS de 13 de julio de 2015, RC 221/2014, aborda dos cuestiones adicionales. La primera es la utilización del criterio orientador

⁴⁷ En relación con esta cuestión hemos de citar un supuesto particular y es que con relativa frecuencia puede ocurrir que, ante una conducta lesiva, sea el daño material el que resulte difícil concretar. En estos casos, la indemnización podrá canalizarse precisamente a través de los daños morales. Es el caso de la STS de 5 de febrero de 2015, RC 77/2014, que desestima la indemnización de daños patrimoniales por falta de acreditación de los mismos y estima la indemnización por daños morales de difícil evaluación y estimación.

de las sanciones pecuniarias previstas en la LISOS. Respecto a este criterio, el TS señala que incluso ha sido considerado por la jurisprudencia como idóneo y razonable⁴⁸, hasta el punto de que una sentencia que imponga dicha indemnización puede apoyarse exclusivamente en él, sin incurrir por ello en falta de motivación⁴⁹. La segunda cuestión abordada es la posibilidad de corrección o supresión del importe de la indemnización en trámite de recurso, recordando que esto solo es posible cuando dicho importe se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable⁵⁰. En este sentido debe recordarse que se ha determinado con reiteración que la cuantía de la indemnización es materia de jurisdicción ordinaria y no constitucional.

Puede plantearse la cuestión acerca de si resulta imprescindible reclamar dicha indemnización en el propio proceso en el que se denuncia la lesión del derecho. A este respecto, se ha hecho referencia a los supuestos en que se acumula la denuncia de vulneración del derecho fundamental a otro acto que deba someterse a una modalidad procesal concreta (despido, sanción, modificación sustancial de condiciones de trabajo, etc.), planteando si es posible no reclamar indemnización alguna en ese procedimiento y sí hacerlo a continuación en un procedimiento posterior, tras haberse declarado la lesión del derecho en el precedente.

También puede ocurrir que se ejercite un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, declarándose la existencia de conducta lesiva; y que, no habiéndose reclamado en ese primer proceso el derecho a una indemnización adicional, o habiéndose reclamado un derecho a un tipo de indemnización (por ejemplo, como consecuencia del perjuicio económico sufrido, en forma de lucro cesante), se reclame en un proceso posterior una indemnización, o se reclame por un concepto distinto del reclamado en el proceso previo (por ejemplo, por daños morales).

Estas cuestiones han sido abordadas por la STSJ Cantabria 344/2013, de 2 de mayo, rec. 202/2013, que aborda el supuesto de una trabajadora que solicita la indemnización por daños morales tras la declaración de nulidad de un despido anterior, considerado lesivo de derechos fundamentales. En dicho proceso previo no se solicitó indemnización adicional y por ello se planteó la existencia de cosa juzgada negativa. Esta, sin embargo, es descartada, apreciándose que la acumulación de pretensiones es potestativa y que cabe solicitar

⁴⁸ STS 15 de febrero de 2012, RC 67/2011, entre otras.

⁴⁹ STC 247/2006. Otros criterios que han sido considerados de utilidad para cuantificar la indemnización han sido la intencionalidad, el perjuicio causado o el volumen de negocio del empresario (STSJ Andalucía/Granada 2033/2018, de 13 de septiembre, rec. 972/2018).

⁵⁰ STS de 11 de junio de 2012, RCU 3336/2011, entre otras.

la indemnización en un proceso posterior⁵¹. En este mismo sentido se había pronunciado la STSJ Cataluña 8020/2012, de 27 de noviembre, rec. 4487/2011, si bien matizando que dicha indemnización solo podrá reclamarse con base al mismo derecho que fundamentó la nulidad del primer pronunciamiento.

También es especialmente significativa la STS de 9 de mayo de 2011, RCUD 4280/2010, que resuelve el supuesto de una trabajadora que alcanzó con su empresa un acuerdo de conciliación por el que se declaraba extinguida la relación laboral, si bien se reservaba el derecho de reclamar en otro proceso las acciones derivadas de los derechos fundamentales. El TS concluye que dicha reserva es válida y que no provoca la falta de acción respecto de un posterior proceso.

También rechaza la excepción de falta de acción la STS de 13 de junio de 2011, RCUD 2590/2010, que aborda el supuesto de un trabajador que accionó por despido, sin denunciar la infracción de un derecho fundamental, y que terminó conciliándose. Posteriormente denunció en un nuevo procedimiento la vulneración de un derecho fundamental, frente a lo que se cuestionó si tenía acción para reclamar. La excepción finalmente es rechazada por el TS, que declara la pervivencia del derecho del trabajador para reclamar por la vulneración sufrida.

2.3 Efectos de la nulidad en las distintas modalidades procesales

A continuación, se analizan las principales modalidades procesales a través de las que habitualmente se arbitran las reclamaciones de los trabajadores en defensa de sus derechos fundamentales, con indicación de la particularidad que supone en cada una de ellas la declaración de la nulidad de la actuación empresarial y las diferencias respecto de las consecuencias previstas en la legislación ordinaria.

En el proceso ordinario, la cuestión es sencilla: la declaración de la nulidad de la actuación empresarial tendrá los efectos estipulados en el art. 183 LRJS. En este sentido, el órgano judicial deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que corresponda (art. 183.1 LRJS).

Frente a ello, las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad en la modalidad correspondiente al despido cuentan con una regulación legal mucho más amplia. En primer lugar, la consecuencia fundamental será que el

⁵¹ En el mismo sentido se pronuncia la SJS20 de Barcelona 328/2016, de 3 de agosto, Autos 874/2015, si bien en este caso existió una reserva expresa de acciones al respecto.

empleador deberá readmitir al trabajador despedido y abonarle los salarios dejados de percibir (art. 55.6 ET). En este supuesto, se prevé además la obligación de ejecutar la sentencia en sus propios términos (art. 282.1.b LRJS). El empresario deberá readmitir al trabajador y abonarle los salarios dejados de percibir (art. 55.6 ET y 113 LRJS)⁵². Se establece asimismo la obligación judicial de requerir al empresario y de asegurar el cumplimiento de la ejecución. Además, en caso de no producirse la reposición al puesto, el empleador estará obligado a seguir abonando las retribuciones del trabajador con independencia de que se le proporcione trabajo efectivo, a mantenerle de alta en Seguridad Social y cotizando, y autorizarle para que continúe desempeñando, en su caso, sus funciones representativas (art. 284 LRJS).

La principal diferencia respecto de la calificación judicial prevista para los despidos que sean declarados improcedentes radica en que en estos el empleador podrá elegir (salvo que se prevea otra consecuencia en la negociación colectiva o el trabajador tenga la condición de representante de los trabajado-

⁵² La cuestión de la readmisión en el supuesto de la declaración de la nulidad del despido no se encuentra exenta de dificultades. Con independencia de las relaciones laborales especiales, a las que se dedica el siguiente epígrafe del presente trabajo, existen otros supuestos que puedan introducir relevantes matices. Especialmente significativo es el supuesto del personal civil no funcionario que trabaja en establecimientos militares. Esta relación, que no tiene el carácter de relación laboral especial (SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen: *La relación laboral del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares. Coordinadas y peculiaridades de su régimen jurídico*. Universidad de Murcia, 1996), se desarrolla en el Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, por el que se regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares.

Para estos supuestos, se establece que el Ministerio competente deberá dictar, dentro del plazo de treinta días desde que le sea notificada la sentencia firme, resolución por la que ordene el cumplimiento del fallo en sus propios términos (art. 73.3). No obstante, se prevé expresamente la posibilidad de excepcionar lo anterior, cuando se «estime que tal cumplimiento en cuanto a sus pronunciamientos de contenido no estrictamente económico resultare perjudicial o inconveniente para el interés de la Defensa Nacional, y sin que necesariamente hayan de expresarse las motivaciones de tal apreciación» (art. 73.4). Se añade, además, que contra dicha resolución no cabe recurso. De este modo, se ha considerado que la normativa prima los intereses del Estado en el ámbito de la Defensa respecto de los derechos individuales de cada trabajador (pese a ello, «es de justicia reseñar que –según fuentes de la propia Administración Militar– el no cumplimiento de una sentencia judicial por este cauce resulta absolutamente excepcional, cuando no inexistente en la práctica»: SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen: «La relación laboral del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, 2015, p. 384).

Esto, no obstante, ha sido discutido por algún sector doctrinal, que ha negado que pueda prevalecer el mecanismo del art. 73.4 en supuestos en que la Administración militar haya sido condenada por lesionar derechos fundamentales de un trabajador, por lo que no procedería exonerarla de la obligación de readmitir (RIERA VAYREDA, Carlos: *El despido nulo...* [Bibl. cit.]). Por otro lado, resulta especialmente problemática la exención de la obligación de motivar las razones para ello ante una actuación lesiva de derechos fundamentales. Además, debe considerarse que la disposición que excluye la posibilidad de recurso hace referencia al acto administrativo, que en todo caso podrá ser analizado y discutido en sede jurisdiccional. Por lo expuesto, resultaría razonable que para estos supuestos sí que se exigiese una cierta motivación, ya que lo contrario permitiría establecer un espacio de total impunidad para la Administración (sin perjuicio, por supuesto, de que dicha justificación no deba de ser especialmente extensa, lo cual sí sería de esperar en el ámbito de las relaciones laborales ordinarias).

res) entre indemnizar al trabajador o readmitirle, con abono de los correspondientes salarios de tramitación (art. 56.1 ET y 110 LRJS). En consecuencia, en estos casos, los mecanismos ejecutivos tienden hacia la declaración de la extinción de la relación laboral (art. 280 y 281 LRJS), mientras que en los supuestos de despido nulo esta relación se trata de preservar mediante los mecanismos ya descritos.

En los supuestos de despido objetivo, las consecuencias serán las mismas que para los despidos disciplinarios (art. 123.2 LRJS). Una vez que la sentencia sea firme, el trabajador deberá reintegrar la indemnización, en caso de haberla percibido (art. 123.4 LRJS). Además, se prevé que de los salarios de tramitación no podrá deducirse el preaviso realizado al trabajador (art. 123.3 LRJS en relación con el art. 153.1.c ET, que prevé un preaviso de quince días).

En los supuestos de despido colectivo, también se prevé la posibilidad de que sea declarado nulo por vulnerar derechos fundamentales (art. 124.11 LRJS), remitiéndose a las consecuencias legales del despido objetivo (art. 123 LRJS).

En la modalidad procesal de sanción⁵³, se observa una total parquedad en la concreción de las consecuencias. Tan solo se establece que la declaración del carácter lesivo de derechos fundamentales implicará la declaración de nulidad de la medida impuesta al trabajador (art. 115.1.d LRJS). Esto contrasta con las sanciones declaradas no ajustadas a Derecho, en cuyo caso sí se establecen consecuencias: la LRJS prevé que la sentencia las revocará, «condenando al empresario al pago de los salarios que hubieran dejado de abonarse en cumplimiento de la sanción» (art. 115.1.b LRJS). En todo caso, no cabe duda de que la consecuencia de la nulidad será (aparte de dejar sin efecto la sanción impuesta), su expulsión total del historial del trabajador, de modo que con posterioridad no pueda ser tenida en cuenta para otros efectos. Igualmente, deberá reponerse al trabajador a la situación previa, lo que implicará que deba pagársele también el salario que haya dejado de percibir en el caso de que la sanción implicase una suspensión de empleo y sueldo.

Finalmente, el art. 139.7 LRJS prevé las distintas calificaciones judiciales que la sentencia puede realizar en la modalidad procesal correspondiente a la modificación de condiciones de trabajo, la suspensión del contrato o la reducción de jornada. Nuevamente, igual que en el supuesto de las sanciones, no se hace una alusión expresa a las consecuencias de la nulidad, cuando estas sí

⁵³ Debe destacarse que la LPL/1995 no preveía expresamente que la impugnación de sanciones donde se alegase la vulneración de un derecho fundamental se tramitase según esta modalidad procesal (fue una de las novedades de la LRJS), pese a lo que la jurisprudencia ya venía admitiendo esta posibilidad. Al respecto, véase ALEGRE NUENO, Manuel: «Sanción disciplinaria vulneradora de la garantía...» (Bibl. cit.).

aparecen concretadas para el supuesto de que la sentencia declare injustificada la medida (reconociendo el derecho del trabajador a ser repuesto a sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos). Igual que en el supuesto anterior, por tanto, debe considerarse que los efectos de la nulidad deben ser al menos los de la declaración de la medida injustificada.

La notable diferencia aparece en el supuesto en que la sentencia deba ejecutarse. En caso de que se declare el carácter injustificado de la medida, la LRJS remite al mecanismo previsto para la ejecución de los despidos declarados improcedentes, lo que supondrá la celebración de un incidente de no readmisión y –si efectivamente no se hubiese repuesto adecuadamente al trabajador a sus anteriores condiciones– la extinción indemnizada de la relación laboral. En cambio, si la modificación es declarada nula, el trabajador podrá solicitar que se produzca la ejecución en sus propios términos, debiendo requerirse al empresario para que proceda a la reposición al trabajador a sus previas condiciones, o acudir al procedimiento ejecutivo previsto para las medidas declaradas injustificadas. De este modo, estará en manos del trabajador el mantenimiento de la vigencia de la relación laboral.

2.4. Efectos de la nulidad del despido en las distintas relaciones laborales especiales

El art. 2 ET prevé la posibilidad de establecer determinadas relaciones laborales de carácter especial⁵⁴. Esta especialidad puede deberse a diversos motivos, tales como la singularidad del empleador, el específico lugar donde se prestan los servicios, etc.⁵⁵. Como consecuencia de ello, surgirán características particulares respecto del resto de relaciones laborales ordinarias, que

⁵⁴ Los motivos por los que se aprecia la especialidad de tales relaciones sigue siendo objeto de polémica, habiéndosele dedicado una importante atención por la doctrina. En este sentido, véase CARDENAL CARRO, Miguel: «A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales: un balance y una propuesta (I)». *Aranzadi Social*, núm. 5, pp. 143-164. 2000. Incluso, en algún caso se ha cuestionado la posibilidad de incluir en esta clasificación a otras relaciones, tales como las de los trabajadores en prácticas, los empleados públicos, etc. Al respecto, véase SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: «Ocho preguntas sobre Relaciones Laborales Especiales». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 746. 2008.

⁵⁵ DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, María: «La relación laboral especial de los empleados de hogar: aspectos laborales y de Seguridad Social». *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, pp. 137-165. 2011.

pueden afectar a la duración de los contratos, a las fórmulas de terminación de la relación laboral, etc.⁵⁶.

Las relaciones laborales especiales se enumeran en el art. 2.1 ET, si bien con la indicación clara de que se trata de una lista abierta, por lo que podrán existir otras distintas, siempre que se declare su carácter de relación laboral especial por una norma con rango de ley (art. 2.1.1 ET). A partir de aquí, lo habitual es que su desarrollo y concreción se haya realizado a través de normas reglamentarias, algunas de las cuales fueron aprobadas hace ya varias décadas.

No obstante lo anterior, lo cierto es que la regulación de las relaciones laborales especiales está resultando obsoleta ante la ausencia de modificaciones y adaptaciones que sí han afectado a la regulación común⁵⁷. Esto ha generado no pocos problemas de aplicación normativa, especialmente teniendo en cuenta que el ET no basta para integrar las lagunas existentes, lo cual hace necesario acudir en busca de respuestas incluso al régimen general de obligaciones y contratos regulado por el CC⁵⁸.

Estos problemas se incrementan en el ámbito de los derechos fundamentales, especialmente a la vista de que el progresivo desarrollo de las consecuencias de su apreciación se ha realizado con posterioridad a la aprobación de las normas reguladoras de dichas relaciones laborales especiales. Además, en el ámbito de las relaciones laborales especiales pueden encontrarse algunas situaciones que permiten justificar la necesidad de adaptar los efectos de la nulidad del despido. Sin embargo, esos aspectos deben ser en todo momento respetuosos con los derechos fundamentales (art. 2.2 ET). Veamos en qué se traduce ello en los distintos tipos de estas relaciones de trabajo.

2.4.1 SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

Sin duda alguna, la relación laboral con mayores especialidades en este sentido ha sido la de los trabajadores al servicio del hogar familiar, regulada

⁵⁶ Sin que pueda apreciarse que el establecimiento de tales diferencias pueda ser considerado constitutivo de discriminación (STC 79/1983). Al respecto, véase MONTOTOY MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo...* (Bibl. cit.).

⁵⁷ Regulación común que en muchas ocasiones pierde su sentido tuitivo en el ámbito de determinadas relaciones laborales. Al respecto, véase VIQUEIRA PÉREZ, Carmen, y BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel: «No hay deportistas de élite para el Derecho del Trabajo: la indemnización por término del contrato temporal. STS-SOC núm. 54/2020, de 23 de enero». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4. 2020.

⁵⁸ QUINTERO LIMA, María Gema: «A vueltas con la naturaleza de la relación laboral de los entrenadores y los efectos de su extinción. STSJ Cataluña 4 diciembre 2013 (JUR 2014, 22784)». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 167, pp. 233-243. 2014.

por el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. En el ámbito de esta relación laboral especial existen algunas notas características que, a la postre, resultarán decisivas para determinar las consecuencias que se desprenderán de la existencia de conductas lesivas de derechos fundamentales.

Para empezar, resulta especialmente relevante el carácter *intuitu personae* de esta vinculación laboral, que se desprende de algunos aspectos concretos: la prestación de servicios tiene lugar en el propio hogar familiar, el empresario es el propio titular (en sentido amplio) del citado hogar y se darán circunstancias propias de una relación de convivencia familiar. De esta realidad se derivan las siguientes notas características de este tipo de relación: el papel de la confianza entre las partes adquiere una especial relevancia⁵⁹, el empleador será siempre una persona física que no persigue una finalidad lucrativa con la contratación⁶⁰; existe una presunción de temporalidad de la vinculación laboral; y concurren determinadas particularidades en el aspecto extintivo⁶¹.

En el RD regulador no se hace ninguna referencia explícita a la posibilidad de que el despido se califique como nulo por vulnerar derechos fundamentales. No obstante, esta posibilidad no puede entenderse descartada por el mero hecho de que no exista una alusión expresa a esta posibilidad. Por otra parte, al amparo del art. 3.b del RD, el ET sigue siendo de aplicación en esta relación laboral, lo que implica también la posibilidad de declarar nulo el despido. Además, no resultaría aceptable una interpretación de la norma que privase a estos trabajadores de la tutela de sus derechos fundamentales⁶².

⁵⁹ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, y PALOMINO SAURINA, Pilar: «La relación del personal al servicio del hogar familiar». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 131-170. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.

⁶⁰ Las tareas inherentes a dicha relación laboral especial se enmarcan en el ámbito del denominado trabajo reproductivo (o de cuidados), tradicionalmente asignada a las mujeres. Al respecto, véase MARÍN MARÍN, José, y FONTES BASTOS, María Dolores: *Prontuario jurídico del trabajo doméstico asalariado y guía de buenas prácticas*. Murcia: Murcia Acoge. 2007. Esta característica ha provocado que, frente al trabajo productivo, haya sido muy frecuentemente minusvalorado, caracterizándose por unas altas dosis de precariedad: ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa: «El impacto del convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 6, núm. 7 (noviembre), pp. 57-91. 2013. Precisamente por este motivo, el movimiento feminista ha tratado de visibilizar su importancia. A tal objeto, merece ser destacado el hito que supuso la huelga feminista del 8 de marzo de 2018, que no aspiraba solo a detener la actividad productiva, ya que en su condición de «huelga de cuidados» perseguía demostrar la trascendencia del trabajo reproductivo.

⁶¹ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, Javier: «Extinción del contrato por despido...» (Bibl. cit.).

⁶² Debe recordarse que la propia STC 38/1981 ya declaró la nulidad radical del despido por vulnerar derechos fundamentales en un supuesto en que no existía regulación que previese dicha posibilidad. Pese a lo expuesto, lo cierto es que existen pronunciamientos judiciales que niegan la posibilidad de declaración de nulidad del despido en estos supuestos, como es el caso de la STSJ Extremadura 76/2012, de 22 de

No obstante, lo anterior no impide que se considere la conveniencia de modular las consecuencias de la declaración de nulidad de la actuación empresarial, dado que algunas de ellas podrían entrar en colisión con los derechos fundamentales de intimidad personal y familiar⁶³ o de la inviolabilidad del domicilio⁶⁴.

Así, se ha considerado que la forma más escrupulosa de compatibilizar los derechos de ambas partes se encontraría en el desglose de los distintos efectos que conllevaría la calificación de la nulidad en los supuestos ordinarios, para adaptarlos de forma diferenciada y ponderada. En este sentido, se ha apreciado la conveniencia de que los efectos declarativos (declaración de la nulidad radical de la actuación) no se vean atemperados, mientras que sí lo sean los efectos constitutivos: en concreto, no resultaría de aplicación la obligación de readmisión⁶⁵.

No obstante, en un debate doctrinal acerca de las consecuencias de la declaración de la nulidad de la medida lesiva del derecho fundamental –y específicamente en el ámbito de actuaciones como el despido– podría considerarse que la respuesta no es todo lo sólida que debiera. Sin restar ningún tipo de crédito a la argumentación que pone en valor el derecho a la intimidad familiar, posiblemente no debería de haberse descartado de manera tan drástica la posibilidad de que en algunos supuestos de vulneración de derechos fundamentales sí que cupiese la posibilidad de readmisión.

No puede olvidarse que el Convenio 189 de la OIT, de 16 de junio de 2011, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, establece en su art. 17 la necesidad de establecer mecanismos de queja y medios eficaces y accesibles para asegurar el cumplimiento de los derechos laborales de este tipo de trabajadores.

El sector del empleo doméstico se caracteriza por estar especialmente feminizado y por poseer una muy significativa representación de trabajadores extranjeros inmigrantes, lo que conlleva una destacada informalidad legal, que en numerosas ocasiones desemboca en el ámbito de la economía sumergida y, en definitiva, en unas condiciones altamente precarias⁶⁶. Así, se puede enten-

febrero, rec. 634/2011. Sin embargo, parece que la doctrina más adecuada es la de aceptar la posibilidad de la declaración de nulidad, aun cuando sus consecuencias puedan verse atemperadas. En este sentido, véase BENAVENTE TORRES, María Inmaculada: «Un aspecto jurídico especialmente problemático: la extinción de la relación laboral». *Lex Social*, vol 9, núm. 2, pp. 250-274. 2019.

⁶³ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, Javier: «Extinción del contrato por despido...» (Bibl. cit.).

⁶⁴ CANO GALÁN, Yolanda: «Despido de trabajadora embarazada empleada doméstica: problemas derivados de la declaración de nulidad». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1 (21), pp. 25-36. 2009.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, Javier: «Extinción del contrato por despido...» (Bibl. cit.). De forma significativa, se ha aludido a este como «uno de los colectivos de trabajadoras más precarizados y desregulado: las empleadas de hogar (y hablamos en femenino porque este es, claramente, un sector fuer-

der la necesidad de articular mecanismos de queja que permitan a los trabajadores reivindicar mejoras laborales sin verse sometidos al temor de ser despedidos por ello y, especialmente, ante la certeza de que dicho despido concluya con la pérdida definitiva de empleo.

A dicho efecto, sin duda, resulta relevante que España no haya suscrito a día de hoy el citado Convenio 189 de la OIT. Esto genera la duda acerca de qué consecuencias habrá de producir la vulneración de la garantía de indemnidad respecto de algún despido en el caso de que España finalmente decida adherirse al mismo.

Lo anterior no supone restarle valor al derecho a la intimidad familiar; pero resulta claro que la alternativa puede contribuir a la precarización de este tipo de trabajo, agravando las condiciones laborales de los sectores de población sobre los que este tipo de relación de trabajo se asienta con mayor frecuencia (mujeres e inmigrantes).

Esta relación laboral especial establece, además, otras posibilidades de extinción. Cabe detenerse, por su relevancia, en el desistimiento, que podrá llevarse a cabo sin ningún tipo de justificación, bastando con que el empleador comunique por escrito su voluntad clara e inequívoca de dar por finalizada la relación laboral por esta causa y abonando la indemnización prevista para dicha circunstancia⁶⁷. No obstante, a pesar de que se trate una actuación discrecional y que no requiere motivación alguna, no puede ser utilizada con un propósito lesivo de derechos fundamentales. Por tanto, la utilización de esta figura extintiva con un fin represivo del ejercicio de un derecho fundamental deberá implicar la nulidad de la actuación empresarial (con independencia de las consecuencias de la misma, como ya se ha señalado).

Finalmente, recordemos que, en cuanto a las consecuencias del despido por vulnerar derechos fundamentales, se ha considerado que la readmisión no debe ser impuesta al empleador y en su lugar deberá optarse por una solución indemnizada⁶⁸. Sin embargo, como ya hemos adelantado, y pese a que numerosas sentencias disponen la extinción de la relación laboral, lo más correcto técnicamente sería equiparar los efectos a los del despido improcedente, esto es, otorgando la opción al empleador, para que pueda elegir entre readmitir o indemnizar al trabajador. No parece razonable que la consecuencia de la nulidad sea

temente feminizado)», en RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa: «Limitaciones del derecho al desistimiento...» (Bibl. cit.), p. 213.

⁶⁷ PALOMINO SAURINA, Pilar: «La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar». *Información Laboral*, núm. 5, pp. 23-34. 2012.

⁶⁸ Se ha establecido una suerte de presunción *iuris et de iure* de pérdida de confianza, motivo por el que no se contempla la readmisión de la persona trabajadora. Al respecto, véase RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa: «Limitaciones del derecho al desistimiento...» (Bibl. cit.).

automáticamente la extinción de la relación laboral, pues ello impide que el empleador pueda adoptar la otra alternativa existente en los supuestos de improcedencia (la readmisión), especialmente cuando se trata de la opción más congruente con la declaración de nulidad del despido⁶⁹. Es cierto que resulta muy poco probable el escenario en que el empleador opte por la readmisión, pero cerrar de manera definitiva esa opción parece innecesario y *a priori* injustificado.

En todo caso, para los supuestos en que se declare la extinción de la relación laboral, la doctrina judicial ha apostado por unas consecuencias particulares. En el caso de los empleados de hogar, el RD reserva para la declaración de improcedencia del despido de un empleado de hogar la consecuencia de una indemnización equivalente a veinte días de salario por año trabajado, con el límite de doce mensualidades (muy inferior al de los trabajadores ordinarios). No obstante, para el caso de declararse la nulidad del despido, numerosas sentencias han apostado por un régimen especial, que eleva la indemnización a treinta y tres días de salario por año trabajado, con el límite de veinticuatro mensualidades (igual que en el régimen ordinario), correspondiéndole además al empleador abonar los salarios de tramitación⁷⁰. Además, dicho pronunciamiento no será incompatible con la posibilidad de reclamar una indemnización adicional en concepto de daños morales⁷¹. Finalmente, debe destacarse que estos supuestos deben interpretarse de manera muy restrictiva, sin que quepa su extensión o analogía respecto a otros supuestos (art. 4.2 CC).

Por todo lo expuesto, debe concluirse que «las personas al servicio del hogar familiar disfrutan de una tutela de derechos fundamentales muy inferior a la que se prevé en la relación laboral común»⁷².

⁶⁹ Debe tenerse en cuenta, además, que la readmisión podría resultar especialmente gravosa para el trabajador, que –en el caso de los trabajadores internos– podría incluso verse obligado a convivir con el empleador que ha vulnerado sus derechos fundamentales: RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio: «La relación laboral especial de los empleados de hogar». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 49-78, 2015.

⁷⁰ Este es el criterio adoptado, entre otras, por las SSTSJ Madrid 237/2019 de 6 de marzo, rec. 822/2018, 767/2018 de 20 de noviembre, rec. 170/2018, y 598/2016 de 26 de septiembre, rec. 352/2016, STSJ de Andalucía/Sevilla 2012/2018 de 21 de junio, rec. 1470/2017, STSJ de País Vasco 1233/2018 de 12 de junio, rec. 1028/2018, o la STSJ de Asturias 2232/2018 de 27 de septiembre, rec. 1679/2018.

⁷¹ STSJ País Vasco 1233/2018, de 12 de junio, rec. 1028/2018 o STSJ Asturias 2232/2018, de 27 de septiembre, rec. 1679/2018. En estos supuestos, los salarios de tramitación se devengarán hasta la fecha de la sentencia. En este sentido, RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa: «Limitaciones del derecho al desistimiento...» (Bibl. cit.). Cuando dicha declaración de nulidad no se produzca en la sentencia de instancia, los salarios de tramitación se devengarán hasta la fecha de la sentencia que realice tal declaración (STS 77/2020, de 29 de enero, RCU 2401/2017). En este sentido, véase PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo: «Extinción del contrato de trabajo de empleada de hogar embarazada por desistimiento empresarial. Nulidad. STS-SOC núm. 77/2020, de 29 de enero». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4. 2020.

⁷² RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa: «Limitaciones del derecho al desistimiento...» (Bibl. cit.), p. 222.

2.4.2 ALTA DIRECCIÓN

El RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, considera alto directivo a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad de la empresa⁷³, siendo estos relativos a los objetivos generales de la misma. En la realización de su trabajo ostentarán autonomía y plena responsabilidad que se verán limitadas exclusivamente por los criterios e instrucciones directas emanadas por la persona u órganos que ostenten la titularidad de la empresa (art. 1.2)⁷⁴.

En el caso de los altos directivos, se ha considerado que la nota fundamental de esta relación especial es el «carácter marcadamente fiduciario basado en la recíproca confianza entre las partes»⁷⁵. Por este mismo motivo, se ha previsto igualmente la posibilidad del desistimiento, sin obligación empresarial de explicitar sus razones y sin necesidad de atender a ninguna justificación causal, aunque sí existen determinados requisitos formales (forma escrita o preaviso⁷⁶). Por lo tanto, se ha entendido que la pérdida de confianza es suficiente para amparar, por sí misma, la justa extinción de la relación laboral⁷⁷.

En el marco de esta relación especial, se prevé que el empresario y el alto directivo deberán acordar las consecuencias de la nulidad o improcedencia del

⁷³ Pudiendo tener el empresario podrá tener carácter público o privado. Al respecto, véase SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, «Alta dirección laboral en el sector público: La nueva relación laboral especial “con peculiaridades” de alta dirección en el empleo público tras el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; RD 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades (BOE de 6 de marzo) y Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de marzo, por el que se acuerda el Plan de Reestructuración y Racionalización del sector público empresarial y del sector fundacional estatal». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 155. 2012.

⁷⁴ Véase sobre este particular: SALA FRANCO, Tomás: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*. Vizcaya: Ediciones Deusto. 1990. En cuanto a las particularidades en el ámbito del sector público, véase SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda: «Estatuto jurídico del alto directivo laboral. Nuevas perspectivas en el ámbito privado y en el ámbito público». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, págs.15-48, 2015.

⁷⁵ RIERA VAYREDA, Carlos: *El despido nulo...* (Bibl. cit.), p. 469. El fundamento de dicha confianza se encuentra en el ejercicio por el trabajador de funciones de «rectoría superior, fundamentales para el logro de los objetivos empresariales y de las que depende en buena medida el éxito o el fracaso del proyecto empresarial», como señala DE VAL TENA, Ángel Luis; ALCÁZAR ORTIZ, Sara, y ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, Camino: «La relación laboral especial del personal de alta dirección». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*. Cizur Menor: Aranzadi. 2011, p. 85. Al respecto, véase también IGLESIAS CABERO, Manuel: *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto*. Madrid: Civitas. 1991.

⁷⁶ MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María: «Derecho individual». *Revista Galega de Dereito Social - 2.ª Etapa: (RGDS)*, 4, pp. 133-152. 2017.

⁷⁷ RIERA VAYREDA, Carlos: *El despido nulo...* (Bibl. cit.).

despido, pudiendo optar entre la readmisión o el abono de indemnización, pre-
valeciendo en caso de desacuerdo la indemnización (art. 11.3). Además, para
los casos de despido improcedente, se establece que la cuantía de la indemni-
zación será la pactada en el contrato o, en su defecto, de veinte días de salario
por año de servicio con un máximo de doce mensualidades (art. 11.2).

No obstante, se ha considerado que en el supuesto de declaración de nul-
lidad derivada de una vulneración de derechos fundamentales la única conse-
cuencia deberá ser la readmisión, con abono de salarios de tramitación⁷⁸.

Existe una interesante diferencia respecto de la relación laboral especial
del servicio del hogar familiar, y es que en el presente supuesto no está en
juego el derecho fundamental a la intimidad, sino tan solo otros derechos que,
pese a ser constitucionales, no ostentan el mayor rango dentro de la Carta
Magna (como la libertad de empresa). Lo anterior justifica una resolución di-
ferente en cuanto a las consecuencias del despido nulo.

2.4.3 DEPORTISTAS PROFESIONALES

En la regulación de la relación laboral de los deportistas profesionales,
tampoco se prevén expresamente las consecuencias de la declaración de la
nulidad del despido⁷⁹. No obstante, el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio,
por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesiona-
les, realiza una remisión supletoria al ET (art. 21)⁸⁰.

En el caso de la relación laboral especial de deportistas profesionales el
problema surge en tanto que se trata de una relación de naturaleza temporal⁸¹:
el párrafo primero del art. 6 del RD 1006/1985 establece que «la relación labo-

⁷⁸ STS de 18 de junio de 2012, RCU 2604/2011.

⁷⁹ GONZÁLEZ DEL RÍO, José María: «Deportistas profesionales: un breve análisis a tres décadas del RD 1006/1985». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 99-126, 2015.

⁸⁰ GARCÍA MURCIA, Joaquín, «El deporte como trabajo: la relación laboral especial de los deportistas profesionales». *Aranzadi Social*, vol. 3, núm. 1 (abril), pp. 103-117. 2010. En especial, sobre la relevancia del RD que regula la relación laboral especial, véase SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio; ALONSO OLEA, Manuel, y GUERRERO OSTOLAZA, José María: *El contrato de trabajo del deportista profesional*. Madrid: Civitas. 1991.

⁸¹ Esta cuestión es analizada con especial profundidad en CARDENAL CARRO, Miguel: *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*. Murcia: Ediciones de la Universidad de Murcia. 1996. Un interesante estudio sobre las peculiaridades que ello acarrea se realiza en VIQUEIRA PÉREZ, Carmen, y BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel: «No hay deportistas de élite...» (Bibl. cit.). Véase también RUBIO SÁNCHEZ, Francisco; GARCÍA SILVERO, Emilio Andrés; GONZÁLEZ DEL RÍO, José María, y SCHNEIDER, Carlos: «La relación laboral especial de los deportistas profesionales». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 227-278. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.

ral especial de los deportistas profesionales será siempre de duración determinada». Esto impide su reanudación tras la extinción por el transcurso del tiempo, por lo que en algún caso se ha propuesto que la declaración de nulidad en el supuesto de un contrato temporal que haya finalizado deba traducirse, en estos casos, en el reconocimiento de una indemnización⁸².

De este modo, la STS de 13 de febrero de 1990 determinó que la consecuencia de la nulidad será la readmisión y el abono de salarios de tramitación, que se devengarán hasta la fecha prevista de vencimiento del contrato temporal⁸³. No obstante, y dado el carácter estrictamente temporal de esta relación laboral especial, con frecuencia la readmisión del trabajador será menos ventajosa que la indemnización, motivo por el que algunos autores han sugerido la necesidad de reformar el RD para que se incluya expresamente la opción por la nulidad, pero permitiéndose optar al trabajador⁸⁴.

2.4.4 ARTISTAS EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

Las bases de esta relación laboral especial se establecen en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos⁸⁵. Su art. 10.5 remite al ET, lo que permite concluir que la consecuencia de la declaración de la nulidad del despido será la obligación de readmitir con abono de salarios de tramitación.

Sin embargo, debe destacarse el supuesto específico previsto en el art. 10.4 del citado RD. Esta norma hace referencia al incumplimiento del contrato por el empleador (o por el artista) que conlleve la inejecución total de la prestación⁸⁶. Se hace referencia a los supuestos «en los que ni siquiera hubiera empezado a realizarse el trabajo que constituye la prestación pactada», remitiendo

⁸² QUINTERO LIMA, María Gema: «A vueltas con la naturaleza de la relación laboral...» (Bibl. cit.).

⁸³ En este mismo sentido, y respecto de las consecuencias de la nulidad en el caso de vulneración de la garantía de indemnidad, se ha pronunciado la SJS7 de Murcia 202/2018, de 24 de mayo, Autos 762/2017. Véase también RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa: «Finalización “ante tempus” de la relación laboral del deportista profesional y lesión de derecho fundamental». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 6, pp. 213-219. 2013.

⁸⁴ GONZÁLEZ DEL RÍO, José María: «Libertad de expresión de deportista profesional y despido disciplinario». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 209, pp. 255-263. 2018.

⁸⁵ En cuanto al concepto de artista, véase GONZÁLEZ PÉREZ, Feliciano: *Estatuto jurídico laboral del artista profesional de espectáculos públicos*. [tesis doctoral, Universidad de Murcia]. 1978. También, en este particular, véase ALZAGA RUIZ, Icíar; BAVIERA PUIG, Inmaculada, y ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa: «La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 279-318. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.

⁸⁶ ALZAGA RUIZ, Icíar: «La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos: balance a los treinta años de su aprobación». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 127-156, 2015.

esta norma para ello al CC⁸⁷. Dicha remisión, sin embargo, no puede impedir que se declare la existencia de una vulneración de derechos fundamentales que, además, deberá resolverse en el ámbito de la jurisdicción social. Las consecuencias, no obstante, no podrán ser las de obligar a la empresa a readmitir al trabajador, en tanto que en ningún momento existió relación laboral, no pudiendo imponerse por el órgano judicial la obligación de constituir la misma. En su lugar, deberá determinarse una indemnización que podrá ser equivalente a las retribuciones dejadas de percibir por la actuación anticonstitucional.

2.4.5 RESIDENCIA PARA LA FORMACIÓN DE PROFESIONALES EN CIENCIAS DE LA SALUD

El art. 1.4 del Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, prevé que, en lo no previsto por dicho reglamento, será de aplicación la regulación ordinaria⁸⁸. Por tanto, se aplica el régimen general en cuanto a despido nulo y sus consecuencias.

Existen, al respecto, algunas particularidades que merecen ser destacadas. El art. 11.3 del RD establece que, en los casos de que se produzca un despido disciplinario y este sea finalmente declarado improcedente, será el residente quien ostentará el derecho de opción entre readmisión o indemnización⁸⁹. Para el caso de que optase por la readmisión, además de las consecuencias ordinarias previstas para dicha declaración (abono de salarios de tramitación, etc.), para determinar su situación deberá atenderse al tiempo que ha permanecido sin prestar servicios (por remisión al art. 9.2 del mismo RD). En definitiva, se viene a establecer que, si se hubiese estado sin prestar servicios durante más de dos años, el residente deberá incorporarse en la parte del pro-

⁸⁷ La aplicación del CC no impide que estos conflictos sigan siendo competencia de la jurisdicción social, en tanto que las relaciones de las que derivan son de carácter laboral. Para estos supuestos, se ha considerado apropiada la traslación de las soluciones tradicionalmente atribuidas a los incumplimientos del precontrato de trabajo. En este sentido, véase PALOMINO SAURINA, Pilar: «Peculiaridades de la relación laboral especial de los artistas». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 30, pp. 247-268. 2013.

⁸⁸ Esta relación laboral especial es analizada con mayor detenimiento en PEDRAJAS MORENO, Abdón, y SALA FRANCO, Tomás: «La nueva relación laboral especial de residencia para la formación de especialista en Ciencias de la Salud (RD 1146/2006, de 6 de octubre. BOE de 7 de octubre)». *Revista Pediatría de Atención Primaria*, vol. 8, núm. 32, pp. 127-138. 2006.

⁸⁹ MARTÍN RODRÍGUEZ, María Olaya: «Relación laboral especial de residencia con fines de especialización sanitaria». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 223-266, 2015.

grama de formación que acuerde la comisión de docencia de la especialidad, aunque ello suponga la repetición de algún período evaluado ya positivamente.

La razón de lo anteriormente expuesto se encuentra en el entendimiento de que este contrato cumple esencialmente una función formativa, de la que se benefician tanto la Administración sanitaria como el propio trabajador⁹⁰. En consecuencia, el hecho de que haya permanecido desvinculado de la misma redundaría también en perjuicio de este último, por lo que esta consecuencia no debe entenderse contraria a sus intereses. Tampoco el hecho de que pueda derivarse la necesidad de repetir algún período formativo ya superado, lo que se justifica en la evolución de las ciencias de la salud (art. 9.2 RD).

Por estos mismos motivos consideramos que tales particularidades deberán extenderse igualmente a las consecuencias del despido nulo.

No supone obstáculo alguno el hecho de que se trate de un contrato que deba ser evaluado al término de cada año de residencia por la correspondiente comisión de docencia, circunstancia cuyo conocimiento le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que:

... ello no es suficiente para excluir la decisión del social respecto a la extinción del contrato de trabajo, ya que el orden social extiende su jurisdicción a las cuestiones prejudiciales no pertenecientes a dicho orden pero que se hallan directamente relacionadas con las atribuidas al mismo, aunque la decisión no surta efecto fuera del proceso de que se trate⁹¹.

Ello lleva a plantear la posibilidad de que la vulneración del derecho fundamental pueda producirse en el seno de las decisiones adoptadas por dicha comisión. Si bien no nos consta ningún antecedente judicial al respecto, consideramos que la consecuencia deberá ser la misma, ya anteriormente apuntada. En tanto que dicha evaluación se traducirá en consecuencias laborales (particularmente, en la extinción del contrato), éstas podrán ser examinadas en el ámbito de la jurisdicción social, con los resultados ya descritos.

2.4.6 ABOGADOS EN DESPACHOS INDIVIDUALES O COLECTIVOS

Esta relación laboral se regula en el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los

⁹⁰ ARETA MARTÍNEZ, María, y MARÍN MORAL, Isabel: «La relación laboral especial del personal residente en formación en ciencias de la salud». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 435-525. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.

⁹¹ STSJ Madrid 81/2000, de 29 de febrero, rec. 4508/1999.

abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos⁹².

El art. 21.2 de dicha norma prevé que la readmisión será obligatoria cuando el despido se declare nulo por vulnerar los derechos fundamentales, salvo que las partes alcancen un acuerdo al respecto. No obstante, debe considerarse que el acuerdo al que se hace referencia debe ser posterior a la citada sentencia, no siendo válida una estipulación contractual en este sentido, que supondría una renuncia de derechos prohibida por el art. 3.5 ET.

Indudablemente, la readmisión puede implicar en este supuesto especiales complicaciones⁹³, que no impedirán que pueda acudir a cualquiera de las demás vías de extinción del contrato de trabajo (quiebra de normas deontológicas, etc.)⁹⁴, siempre que ello se demuestre absolutamente ajeno a la actuación ya declarada nula por la previa sentencia.

2.4.7 RESTO DE RELACIONES LABORALES ESPECIALES

Existe una serie de relaciones laborales que cuentan con regulación específica, la cual no obstante no contiene referencias concretas a las consecuencias de la nulidad del despido y, en lugar de ello, remite a legislación ordinaria. Las agrupamos en este epígrafe.

a) *Representantes de comercio*

En el Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mer-

⁹² BUENDÍA JIMÉNEZ, José Antonio; GARCÍA RODRÍGUEZ, Bernardo, y OLARTE ENCABO, Sofía: «La relación laboral especial de los abogados en despachos de abogados (individuales, colectivos y multiprofesionales)». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 527-586. Cizur Menor: Aranzadi. 2011. Véase también PALOMINO SAURINA, Pilar: «La relación laboral especial de abogados». *Información Laboral*, núm. 2, pp. 17-32. 2012.

⁹³ Al respecto, se ha sostenido que «obligar a readmitir un abogado sobre el que se ha perdido la confianza parece a todas luces contrario a las peculiaridades sobre las que se asienta esta relación laboral especial, basada precisamente en la confianza»: GARCÍA PIÑEIRO, Nuria: «La relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, 2015, p. 343.

⁹⁴ Respecto de la modalidad de desistimiento previsto en el art. 23 del RD 1331/2006, en relación con el principio de confianza propio de este tipo de relaciones, véase PALOMAR OLMEDA, Alberto: «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la relación especial de los abogados (STS Contencioso, Sección 4.ª, de 16 de diciembre de 2008 [RJ 2008, 5991])». *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7, pp. 11-19. 2009.

cantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas⁹⁵. Su art. 10.1 remite a la regulación laboral ordinaria⁹⁶, por lo que procederá la declaración de nulidad del despido, con obligación de readmitir al trabajador y abonarle los correspondientes salarios de tramitación.

b) *Trabajadores con discapacidad que presten servicios en centros especiales de empleo*

El Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo, remite en su art. 16 a las normas del ET en materia de extinción de la relación laboral, con excepción de los supuestos de despido objetivo⁹⁷. Por lo tanto, resulta de plena aplicación la regulación prevista para el despido nulo y sus consecuencias en la regulación ordinaria.

c) *Penados en instituciones penitenciarias*

El Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad⁹⁸. Esta norma tampoco contempla la

⁹⁵ SALIDO BANÚS, José Luis, y GELPÍ JORBA, José Ignacio: «Representantes de comercio laborales: régimen jurídico y su diferenciación con otras figuras afines». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 319-347. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.

⁹⁶ CÁMARA BOTÍA, Alberto: «El contrato de trabajo para la realización de actividades mercantiles». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 157-188, 2015.

⁹⁷ BRAVO SANTAMARÍA, Susana, y CANO GALÁN, Yolanda: «La relación laboral especial de personas con discapacidad en centros especiales de empleo: análisis del RD 1368/1985, de 17 de julio». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 349-383. Cizur Menor: Aranzadi. 2011. Respecto de los antecedentes normativos, véase también CASTRO ARGÜELLES, María Antonia: «La relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 189-222, 2015.

⁹⁸ Doctrinalmente, ha sido criticada la inclusión de esta relación laboral especial, en tanto que se considera que «la finalidad del trabajo del penado no es la de obtener una remuneración, sino la de “preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre”»: MONTROYA MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo...* (Bibl. cit.), p. 547. Al respecto de esta relación laboral especial, véase también FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier; MEGINO FERNÁNDEZ, Diego, y GIL PLANA, Juan: «Relación laboral especial de los penados desarrollada en instituciones penitenciarias» En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y*

nulidad del despido, ni sus consecuencias, lo que ha llevado a la doctrina a denunciar la insuficiencia de dicha regulación, que puede llegar incluso a dificultar la garantía de los derechos fundamentales de los internos⁹⁹. Sin embargo, ante la ausencia de regulación expresa, debe apreciarse igualmente la obligación de readmitir y abonar salarios de tramitación¹⁰⁰.

d) *Trabajo de los menores en régimen de privación de libertad*

Esta relación laboral especial se regula en el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores¹⁰¹. Su art. 53.4 remite a la normativa que regula la relación laboral penitenciaria, con particularidades que no afectan a los efectos del despido nulo.

e) *Profesores de religión*

Aunque no se encuentra entre las enumeradas en el ET, ha sido considerada una relación laboral objetivamente especial por la STS de 5 de junio de 2000, RCU 3809/1999. Su regulación se encuentra en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006 y el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión. En estos casos, no concurren especiales particularidades, más allá de la exigencia del requisito de idoneidad para poder prestar sus servicios¹⁰².

Singularmente, esta relación laboral ha recibido una amplia atención en el ámbito de la garantía de indemnidad¹⁰³, al haber sido empleada en algunas

contratos con particularidades, pp. 171-226. Cizur Menor: Aranzadi. 2011. Sobre sus particularidades, destacamos también PALOMINO SAURINA, Pilar, «La relación laboral especial de penados en instituciones penitenciarias: cuestiones cruciales». *Aranzadi Social*, núm. 5, pp. 587-602. 2006.

⁹⁹ RIERA VAYREDA, Carlos: *El despido nulo...* (Bibl. cit.).

¹⁰⁰ Cfr. HIERRO HIERRO, Francisco Javier: «La extinción de la relación laboral especial de los penados: motivación. STSJ Asturias, de 8 mayo 2015 (JUR 2015, 137686)». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, pp. 247-254. 2016.

¹⁰¹ BAVIERA PUIG, Inmaculada: «La relación laboral especial de los penados en centros penitenciarios y de los menores internados». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 79-98, 2015.

¹⁰² MALDONADO MONTOYA, Juan Pablo, y FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén: «Profesores públicos de religión». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 651-702. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.

¹⁰³ STS de 14 de enero de 2009, RCU 996/2008, entre otras muchas.

ocasiones la declaración eclesiástica de idoneidad como mecanismo para re-presalariar. La citada sentencia fija su doctrina al respecto, indicando que:

«1) la libertad de las confesiones de establecer contenidos de las enseñanzas religiosas y criterios de cualificación de los profesores no es absoluta, sino que debe respetar tanto “las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional” como las “previsiones legales” sobre el proceso de selección; 2) por tanto, “no cabe aceptar que los efectos civiles de una decisión eclesiástica puedan resultar inmunes a la tutela jurisdiccional de los órganos del Estado”; 3) para comprobar la legalidad y la constitucionalidad de los referidos actos de las autoridades eclesiásticas, estas, en caso de no renovación de una habilitación otorgada anteriormente, deben motivar que la decisión está basada en razones “de índole religiosa o moral”; 4) una vez verificada la “motivación estrictamente religiosa”, la causa invocada de inhabilitación ha de ser, además, compatible con los “derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo”; y 5) el control de legalidad y de constitucionalidad de la contratación de estos “trabajadores de la Administración pública educativa” se atribuye a los órganos del orden social de la jurisdicción y, en vía de amparo, al Tribunal Constitucional».

En definitiva, como se ha visto, se viene a establecer que el mecanismo de la idoneidad, aunque apriorísticamente lícito, no puede ser empleado con un propósito lesivo de derechos fundamentales¹⁰⁴, reiterando la doctrina ya señalada en cuanto a las potestades discrecionales de los empresarios. No obstante, establecido lo anterior, no se desprenden especiales particularidades en cuanto a las consecuencias de la declaración del despido.

2.5 Efectos de la nulidad en supuestos fronterizos: socios cooperativistas y TRADEs

En el caso de los socios cooperativistas, la competencia para resolver los conflictos derivados de la prestación de servicios le corresponde a la jurisdicción social (art. 87.1 LCoop y art. 2.c LRJS). No obstante lo anterior, no debe perderse de vista que la relación entre los socios y la cooperativa no es laboral, sino societaria tal y como establece expresamente el segundo párrafo del art. 80.1 LCoop. Además, los emolumentos que percibe el socio trabajador no tienen la condición de salario, tratándose de percepciones a cuenta de los excedentes de la cooperativa (art. 80.4 LCoop).

¹⁰⁴ MALDONADO MONTROYA, Juan Pablo: «Profesores de religión en centros públicos de enseñanza». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 393-418, 2015.

En virtud de lo expuesto, se ha considerado que cuando el cese de los trabajadores cooperativistas sea calificado como improcedente, no tendrán derecho a percibir salarios de tramitación, ya que nunca percibieron salario en sentido estricto ¹⁰⁵.

Pese a que no existe ningún pronunciamiento en unificación de doctrina que resuelva las consecuencias que deben desprenderse de la declaración de nulidad del despido por vulnerar derechos fundamentales, los tribunales vienen asumiendo de forma prácticamente unánime que en este caso tampoco habrá derecho a salarios de tramitación. En su lugar, se viene sosteniendo que procederá la readmisión y existirá derecho a percibir los anticipos laborales correspondientes al período transcurrido desde la fecha del despido hasta la de la readmisión, como si no hubiera sido despedido ¹⁰⁶. Esta opción es la que nos parece más razonable y respetuosa con el carácter tuitivo que debe tener un pronunciamiento que declare la nulidad derivada de la lesión de un derecho fundamental, que debe perseguir la reparación *in natura* de todos los perjuicios sufridos. No parecería aceptable una solución que permitiera la persistencia de la situación dañosa para el trabajador. Igualmente, dicha declaración debe resultar compatible con la declaración del derecho a una indemnización adicional, derivada de la lesión del derecho fundamental.

Respecto de los TRADE también deben analizarse las consecuencias derivadas de la lesión del derecho fundamental. En concreto, *a priori* no resultan especialmente conflictivas la tutela declarativa, la anulatoria o la interdictal. La tutela repositoria y la resarcitoria, en cambio, sí presentan matices que merecen ser tenidos en cuenta.

Comenzando por la tutela repositoria, puede observarse que la LETA no prevé expresamente las consecuencias que deban desprenderse de la declaración judicial de la existencia de una lesión de derechos fundamentales en el ámbito de la extinción del contrato por parte del cliente. Para resolver esta cuestión, se ha considerado que la consecuencia no debe ser la readmisión forzosa, salvo que esté pactada en el contrato ¹⁰⁷.

No obstante, dicha conclusión merece ser discutida. El art. 6.3 LETA estipula que, si se aprecia la lesión del derecho fundamental, deberá declararse «la nulidad radical y el cese inmediato de la conducta y, cuando proceda, la reposición de la situación al momento anterior a producirse, así como la repa-

¹⁰⁵ STS de 13 de julio de 2009, RCUUD 3554/2008.

¹⁰⁶ En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la STSJ Cataluña 2486/2013, de 8 de abril, rec. 115/2013, la STSJ Madrid 901/2013, de 15 de noviembre, rec. 1612/2013 y la STSJ País Vasco 95/2017, de 17 de enero, rec. 2389/2016.

¹⁰⁷ GUERRERO VIZUETE, Esther: *La regulación jurídica del trabajo autónomo ...* (Bibl. cit.).

ración de las consecuencias derivadas del acto». Se positivizan de esta manera no solamente las tutelas declarativa, anulatoria e interdictal, sino también la repositoria; ahora bien, la reposición al momento previo a la lesión del derecho fundamental difícilmente puede llevarse a cabo si se excluye la posibilidad de reconstituir el vínculo entre el cliente y el TRADE. Así, parece que esta es la consecuencia más coherente con el espíritu de la norma. Además, no concurren circunstancias que permitan excluir dicha posibilidad, ni hay valores en juego con el peso de los derechos fundamentales que permitan concluir que el restablecimiento del vínculo contractual no debe llevarse a cabo.

Finalmente, debe analizarse la tutela resarcitoria. El art. 15.2 LETA estipula que «cuando la resolución contractual se produzca por la voluntad de una de las partes fundada en un incumplimiento contractual de la otra, quien resuelva el contrato tendrá derecho a percibir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados». Por su parte, el art. 15.3 LETA añade que ese derecho tendrá lugar cuando el cliente resuelva el contrato sin causa justificada.

En cuanto a la cuantía de dicha indemnización, el art. 15.4 LETA prevé que habrá que atenderse a la pactada en el contrato o acuerdo de interés profesional de aplicación. Para los supuestos en que dicha cuantía no se hubiese pactado, podrá calcularse teniendo en cuenta el tiempo restante previsto de duración del contrato, la gravedad del incumplimiento del cliente, las inversiones y gastos que haya anticipado el TRADE y que se encuentren vinculados a la ejecución de la actividad profesional contratada o el preaviso otorgado. En consecuencia, cuando el cliente resuelva de forma unilateral e injustificada el contrato, el TRADE tendrá derecho a reclamar una indemnización calculada según dichos parámetros.

Sin embargo, en aquellos casos en que, además, se lesionen derechos fundamentales, el TRADE podrá reclamar una indemnización adicional derivada de dicha lesión. Debe recordarse que se ha considerado contraria al principio de igualdad una normativa que fijase un tope máximo indemnizatorio preestablecido, en los supuestos en que concurra la lesión de un derecho fundamental¹⁰⁸. Esta doctrina se encuentra recogida en el art. 183.3 LRJS, que permite compatibilizar dicha indemnización con la prevista legalmente para los supuestos de extinción contractual. Esta norma será de aplicación a las acciones formuladas por los TRADE frente a los actos atentatorios de derechos fundamentales cometidos por el cliente (art. 102.3 LRJS).

¹⁰⁸ STJCE de 2 de agosto de 1993, asunto C-271/91, caso M. H. Marshall.

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Pese al escaso número de pronunciamientos en esta materia, van apareciendo algunos que merecen ser destacados. Es el caso de la STSJ País Vasco 343/2018, de 14 de febrero, que resuelve la reclamación formulada por un TRADE que solicita la extinción del contrato tras considerar lesionada su garantía de indemnidad a raíz de una modificación de su sistema retributivo por parte del cliente. La resolución declara la extinción indemnizada del contrato y además fija una indemnización adicional vinculada a la lesión de la garantía de indemnidad.

CAPÍTULO VII

CONSIDERACIONES FINALES

Como hemos tenido oportunidad de analizar en el presente trabajo, existe un amplio consenso en cuanto a que la actuación del trabajador que formula una reclamación contra su empresa debe estar protegida. Es a la hora de positivizar ese derecho y de establecer los mecanismos de garantías que asegurarán su protección cuando surgen problemas. Lamentablemente, la actuación del legislador español en la materia ha sido bastante deficiente, y el protagonismo ha sido cedido a la jurisprudencia constitucional, que ha asumido el papel de diseñar la institución jurídica destinada a proscribir este tipo de actuaciones: la garantía de indemnidad.

La aparición de la garantía de indemnidad no se produce de forma abrupta. Con anterioridad a su proclamación, el Tribunal Supremo ya había abordado la posibilidad de que una empresa adoptase una represalia por el ejercicio de acciones judiciales, conectando dicha actuación con el derecho a la tutela judicial efectiva. Por su parte, el Tribunal Constitucional había discurrido acerca de la imposibilidad de sufrir perjuicios desproporcionados derivados del ejercicio del derecho de acudir a la jurisdicción.

Las reflexiones que venían produciéndose en el ámbito de la jurisprudencia ordinaria y constitucional culminan con el dictado de las SSTC 7 y 14/1993, donde se enuncia por primera vez la garantía de indemnidad. Esta se construye a partir del derecho a la tutela judicial efectiva y sobre el concepto de eficacia horizontal de los derechos fundamentales. La elaboración de esta figura no supone, sin embargo, un mero proceso de acumulación de conceptos, en tanto que entre ellos se potencian mutuamente, siendo esto precisamente lo que justifica la aparición de la institución a la que dedicamos nuestro trabajo.

Todos los derechos fundamentales requieren para su vigencia y correcto funcionamiento una especie de inmunidad, adjetiva e inherente a ellos, que proteja a quienes los ejerciten de la posibilidad de sufrir daños por ese motivo. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva se había construido hasta aquella fecha sobre la consideración de su carácter estrictamente prestacional y ejercitable exclusivamente ante los tribunales y no frente a particulares. Su concordancia con el concepto de eficacia horizontal de derechos fundamentales alumbró una nueva posibilidad, consistente en que el derecho pueda resultar lesionado por actuaciones ajenas al proceso, dirigidas a perjudicar a quien trata de acudir a éste.

Aunque la garantía de indemnidad apriorísticamente se conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva, lo trasciende y adquiere entidad propia. No se verá ya vulnerada exclusivamente por la Administración de Justicia –la única opción que inicialmente se había considerado posible–, sino que podrá resultar lesionada también por actuaciones extraprocesales, dimanantes del empleador. Se consagra así una versión sustantiva del citado derecho fundamental, respecto del que además irá progresivamente ganando autonomía. Esta evolución no se ha limitado a la mera introducción de matices en la doctrina originaria, sino que en algunos casos ha conllevado una profunda reconsideración de los cimientos de esta institución, alcanzando incluso a supuestos que inicialmente no se habían contemplado como dignos de protección.

No es casual que esta figura se haya alumbrado en el ámbito de las relaciones de trabajo. Su surgimiento parte de la suma de dos características definitorias, concurrentes en el contrato de trabajo. De un lado, la horizontalidad, existente entre trabajador y empresario, en tanto que ambos ostentan la condición de sujetos de Derecho Privado –sin perjuicio de la ulterior extensión de esta institución a los empleadores públicos–, que se relacionan a un mismo nivel (frente a las relaciones de los ciudadanos con el Estado, en las que existe una desigualdad de partida). De otro lado, la verticalidad, en tanto que en dicha relación aparecen las notas de subordinación y dependencia, ostentando una parte respecto de la otra no solo potestades organizativas, sino también disciplinarias, que establecen una dispar posición entre ambas. Es en este tipo de relaciones, que gráficamente denominamos «diagonales», en las que de forma propicia se desarrolla la garantía de indemnidad.

La jurisprudencia constitucional ha elaborado todo un corpus doctrinal en torno a la denominada garantía de indemnidad, sustentado en su condición de vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta opción ha asegurado que reciba la mayor protección, por su relación con el citado derecho fundamental. Sin embargo, ha abierto simultáneamente numerosos interrogantes, al

vincular la protección a los supuestos en que la conducta se encuentre directamente conectada con el derecho de acceso al proceso. Esto conlleva la necesidad de determinar los límites de la garantía de indemnidad, tanto objetivos como subjetivos.

La vinculación de la garantía de indemnidad al derecho a la tutela judicial efectiva era solo una de las opciones posibles, pues en otros contextos normativos se ha conectado con los derechos a la igualdad de trato y a no ser discriminado. Precisamente la primera opción, predominante en el ámbito de la Unión Europea, ha sido la que ha inspirado a nuestro legislador a la hora de regular esta institución (en el art. 17 ET). Sin embargo, ello también ha provocado no pocos problemas, en tanto que solo se ha previsto expresamente la protección para los supuestos en que la reclamación se conecte con el mencionado derecho. *A sensu contrario*, parecen quedar legislativamente desprotegidas las reclamaciones que se formulen en relación con otros derechos o valores, incluso constitucionales.

La jurisprudencia constitucional ha optado decididamente por ir más allá de esa posibilidad. Esto plantea nuevos problemas, especialmente a la vista del absoluto silencio del legislador, que ha obviado la posibilidad de modificar la regulación que conecta la prohibición de represalias solo con las reclamaciones que exijan el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. De hecho, la postura del legislador genera una considerable incertidumbre en torno a sus motivos: ¿debe interpretarse dicho silencio como mera tolerancia de la doctrina constitucional o, en cambio, como resistencia a la misma? Desde nuestro punto de vista, la respuesta es clara. Igual que en otros tantos supuestos¹, el legislador, ante la constante evolución de la institución y el temor a dar un paso en falso, no ha tenido la suficiente valentía como para afrontar tan arriesgada empresa.

Uno de los asuntos más peliagudos que hay que abordar en el ámbito de la garantía de indemnidad son sus límites. No se trata de una cuestión sencilla, en tanto que la garantía de indemnidad tiene un carácter inherentemente dinámico, provocado y justificado por la necesidad de confrontar la enorme creatividad empresarial y su propósito de encontrar espacios de impunidad a través de los que articular sus represalias. Por lo expuesto, no cabrá más que realizar una interpretación expansiva de sus contornos (característica, por otra parte, de los derechos fundamentales), al objeto de evitar que su objetivo quede malogrado.

¹ La interpretación de la actuación del legislador a la que hacemos referencia no es especialmente novedosa, pues es la postura que ha adoptado, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de regular el derecho de huelga.

Como consecuencia de lo expuesto, no resulta sencillo establecer o prefi-
jar dichos límites, pues ello podría incluso considerarse contradictorio con la
propia naturaleza de la institución. No obstante, es una labor necesaria si que-
remos dotar de una identidad concreta y precisa a esta figura; además de que
es tarea obligada para la doctrina científica².

El primero de esos límites afecta al ámbito subjetivo, es decir, a quien
formula la reclamación que desencadena represalias. La protección no se limi-
ta al trabajador que reclama sus derechos, sino que también abarca los supues-
tos en que estos son reclamados para un tercero, o cuando el trabajador es be-
neficiario de la reclamación interpuesta por otro sujeto (individual o colectivo),
incluso aunque se ejercite sin su conocimiento o contra su voluntad. A tal ob-
jeto, una construcción idónea es la vulneración del derecho por asociación (o
por vinculación), que permitirá extender la protección a sujetos distintos del
reclamante, siempre que pueda justificarse adecuadamente la conexión neces-
aria. Consideramos que esta doctrina, inicialmente conectada a la tutela anti-
discriminatoria, es perfectamente extrapolable al ámbito de la garantía de in-
demnidad, que también puede ser vinculada de forma refleja, por asociación.

Por otra parte, hay que trascender el concepto de trabajador cuando se
trata de delimitar la vigencia de la garantía de indemnidad. El ámbito subjetivo
de esta figura debe ser interpretado de forma amplia y extenderse no solo a las
relaciones funcionariales –cuestión ya más que resuelta por la jurisprudencia
constitucional–, sino también a todas aquellas otras relaciones de prestación
de servicios no estrictamente laborales respecto de las que concurra la nota de
diagonalidad a la que hemos hecho referencia anteriormente³.

La misma conclusión alcanzamos con respecto a la figura represiva, es-
pecialmente teniendo en cuenta que el empleador es el responsable último de
las vulneraciones de derechos fundamentales que pueda sufrir el trabajador en
el ámbito de la prestación de servicios y como consecuencia de esta. El empre-
sario tiene (y no solo en el ámbito de los derechos fundamentales) la obliga-
ción de supervisar que el trabajador no sufra perjuicios derivados de su rela-
ción de trabajo y prevenir que ello ocurra. Por tanto, no se le podrá eximir de
responsabilidad cuando la represalia no parta de él, sino de sujetos que se le

² Naturalmente, la jurisprudencia (tanto la constitucional como la ordinaria) no está obligada a asu-
mir a tales empeños, en tanto que puede limitarse a dar respuesta a las cuestiones concretas que se le
planteen al respecto. No tiene por qué encargarse de realizar un diseño global de esta figura, aparte de que
es una tarea que no le corresponde. Sin embargo, esto genera unos inconvenientes obvios, ya que obliga a
trabajar con una institución que permanece abierta e indefinida (a excepción de revisiones puntuales y
parciales, características de la propia labor jurisdiccional).

³ Motivo por el que apostamos decididamente por la extensión de la garantía de indemnidad a
los TRADE.

vinculan o respecto de los que ostenta un deber de vigilancia (accionistas mayoritarios, otros trabajadores, clientes, etc.). Tampoco estará libre de responsabilidad cuando la represalia se desencadena a través de supuestos mecanismos automatizados de toma de decisiones, integrados en última instancia en su ámbito organizativo.

Especial atención merecen las relaciones que se establecen en el marco de la descentralización productiva, en cuyo caso pueden producirse numerosos conflictos (derivados de la confusión de centros de trabajo, de los mecanismos de toma de decisiones, etc.). En estos supuestos, solo una interpretación amplia de los distintos elementos (subjetivo y objetivo) de la garantía de indemnidad podrá impedir que esta quede vacía de contenido. En concreto, resulta fundamental la extensión de la tutela a los supuestos en que las represalias tengan su origen en el ámbito de decisión de sujetos distintos del empresario directo, pese a que puedan articularse a través de este último. Igualmente, ostentará una gran relevancia la ampliación de la tutela a las reclamaciones extrajudiciales –ya sean informales, ya tengan el objetivo de evitar el conflicto–, especialmente ante la inexistencia de canales directos u oficiales de comunicación entre los trabajadores y el empresario principal.

El ámbito subjetivo no es el único cuya delimitación a efectos de la vigencia de la garantía de indemnidad resulta compleja. Lo mismo ocurre con los elementos objetivos –precursor y desencadenado–, así como con el nexo causal que los conecta. En el primero de ellos, referido a las actuaciones protegidas, es donde puede apreciarse con mayor nitidez el criterio expansivo adoptado por la jurisprudencia constitucional. Esta ha realizado una interpretación absolutamente amplia, considerando que la protección otorgada no ha de hacerse depender del derecho reclamado (incluso aunque no tenga carácter estrictamente laboral, como es el caso de los derechos de propiedad intelectual, que pudieran tener que ejercitarse en el ámbito de jurisdicciones ajenas a la social), siempre que para ello se acuda a vías que pueden considerarse vinculadas con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Y todo ello con independencia del resultado del proceso, tanto formal (inadmisión de demanda, sentencia, desistimiento, conciliación, etc.), como material (estimación o desestimación de la demanda).

Uno de los puntos clave a efectos de activación de la garantía de indemnidad radica en el medio utilizado para articular la reclamación. Cuando esta se formule a través de mecanismos exógenos a la relación laboral, consideramos que la cuestión puede resolverse teniendo en cuenta dos factores, de tal forma que solo ante su común ausencia deberá descartarse que la actuación se encuentre protegida por la garantía de indemnidad: el primero implica que la

reclamación haya desembocado en un proceso judicial; el segundo exige que el derecho reclamado derive de la relación de trabajo. La conjunción de ambos criterios da lugar al supuesto prototípico protegido por la garantía de indemnidad, esto es, el ejercicio de la acción en el ámbito laboral. No obstante, también se considerará protegido por esta figura el ejercicio de acciones judiciales cuando estas no tengan contenido laboral, si desembocan en una reacción dañina por el empleador; o cuando la actuación no se ejercite ante los tribunales, pero vaya destinada a reivindicar un derecho vinculado con la relación de trabajo⁴. Solo en el supuesto en que no concurra ninguno de estos elementos deberá descartarse la tutela de la garantía de indemnidad. En tal caso, la protección deberá otorgarse en el ámbito de la libertad de expresión y de la libertad informativa⁵: nos encontraríamos ante la figura del denunciante de irregularidades⁶.

Las conductas protegidas no deben limitarse al ejercicio de acciones, sino que deben incluir también determinados hitos intraprocesales destacados (proposición de pruebas «delicadas», sentencia, interposición de recurso, solicitud de ejecución); las actuaciones que impliquen el cumplimiento de determinados requisitos previos para el acceso al proceso (especialmente teniendo en cuenta que se ha declarado constitucionalmente lícito exigirlos); o las operaciones no preceptivas pero convenientes para el ejercicio de la acción (tales como los actos preparatorios o las diligencias preliminares). También se ha considerado que la intervención en juicio como testigo merece protección constitucional, si bien se ha debatido acerca de si esta debe enmarcarse en el ámbito de la tutela judicial efectiva o del derecho a comunicar información veraz (resultando más apropiada, a nuestro juicio, esta última opción).

Fuera de las actuaciones referidas hasta aquí es donde los contornos de la garantía de indemnidad se tornan más difusos y donde el debate en cuanto a las actuaciones que merecen protección se recrudece. El Tribunal Constitucional ha apreciado que la protección debe extenderse a las actuaciones (extrajudicia-

⁴ Sería el caso de las denuncias ante la Inspección de Trabajo, ante el Defensor del Pueblo, etc. siempre que estas planteen exigencias vinculadas con el contrato, a cuyo efecto también deberá adoptarse un criterio amplio: podrá ser desde una reclamación salarial, hasta el respeto a la integridad física o psicológica (situación característica en los supuestos de acoso).

⁵ La aplicación de este derecho –que descartamos deba ceñirse al ámbito periodístico– somete la información comunicada al requisito de veracidad y al de interés público. Este último no podrá interpretarse en sentido restrictivo, habida cuenta de su origen netamente jurisdiccional y ajeno al texto constitucional.

⁶ Tal y como hemos explicado, se hace referencia a denuncias dirigidas a poner en conocimiento de las autoridades competentes incumplimientos en materias absolutamente ajenas al contrato de trabajo, como podría ser un fraude fiscal o una infracción medioambiental. Evidentemente, tales circunstancias afectarán al trabajador, pero lo harán en su condición de ciudadano.

les o amistosas) que aspiran a la evitación del proceso. No obstante, para ello se ha exigido que de dichas actuaciones pueda deducirse sin dificultad que se encuentran dirigidas a la finalidad de evitar el pleito. Este requisito deberá ser interpretado de forma expansiva y no debiendo ceñirse exclusivamente a los supuestos en que expresamente se manifieste dicha circunstancia.

La jurisprudencia constitucional parece haber cerrado la puerta a la posibilidad de que las meras reivindicaciones informales puedan encontrar protección al amparo de la garantía de indemnidad. No obstante, existen numerosos pronunciamientos judiciales que no desisten de la exploración de esta posibilidad o, cuanto menos, de afirmar la necesidad de otorgar protección constitucional a estas actuaciones, ya sea a través de la garantía de indemnidad, ya sea mediante otras posibilidades, tales como la libertad de expresión.

Llegados a este punto, formulamos dos propuestas para avanzar en la situación actual. La primera pasa por establecer la presunción de conexión con el proceso de la reclamación de un derecho subjetivo que es seguida de una represalia de manera prácticamente inmediata, dentro de los márgenes temporales que harían razonable el ejercicio de la acción y siendo precisamente la desproporción de la represalia indicio de que esta se produce en anticipación al ejercicio de acciones. A dicha consideración llegamos tras poner en conexión tres aspectos: en primer lugar, la comprensión de las actuaciones tendentes a la evitación del proceso como parte integradora de la tutela judicial; en segundo lugar, la interpretación de este derecho fundamental de forma integradora con el texto de la Recomendación núm. 130 de la OIT, que trata de promover el ejercicio de reclamaciones internas en el ámbito de la empresa como herramienta que permite evitar la hiperjudicialización de las relaciones laborales; y, por último, el principio de buena fe.

La segunda propuesta radica en el replanteamiento de la naturaleza de la garantía de indemnidad, lo que conlleva reconocer su sustantividad y su condición de derecho fundamental autónomo. Esta opción pasa por entender que su conexión no se produce exclusivamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, sino con los otros derechos de los que esta institución emana: la dignidad humana, la solución extrajudicial de los conflictos (como faceta de la tutela judicial efectiva), la libertad de expresión y el control jurisdiccional efectivo, derivado también del derecho a la tutela judicial efectiva.

Debe extenderse la protección otorgada por la garantía de indemnidad a las meras actuaciones de salvaguarda del propio estatuto jurídico laboral, por las que un trabajador se limite a oponerse a la imposición empresarial de una merma o restricción de sus derechos laborales. Resulta poco razonable que se encuentre más protegido el trabajador que pide lo que no tiene, que el que

trata de conservar lo que ya ha conseguido. A partir de aquí, y entendiendo que la preservación de un derecho equivale a reivindicarlo, constituyendo una de las vías para su ejercicio, consideramos que procede la extensión de protección constitucional a tales actuaciones.

Frente al criterio expansivo al que venimos haciendo referencia han surgido importantes (y naturales) resistencias, que se han articulado en torno a la posibilidad de que la garantía de indemnidad sea utilizada de forma torticera para obtener un blindaje injustificado. Para evitar este mal uso de la figura se ha acudido al criterio de la buena fe, de muy dudosa virtualidad en el ámbito de derechos fundamentales que no parten de un ejercicio activo, sino que consisten en la exigencia de un «no hacer» al empleador. Igualmente problemáticas resultan las instituciones del fraude de ley o del abuso de derecho, tanto por su cuestionable adecuación en este ámbito, como por la muy restrictiva aplicación que debe hacerse de tales instituciones en esta materia. En todo caso, los supuestos conflictivos giran en torno a dos aspectos: el ejercicio absolutamente injustificado de la acción y la temporización de la misma en una fecha concreta al objeto de obtener un blindaje privilegiado. Con respecto a ambos, consideramos que los instrumentos legales vigentes resultan más que suficientes para atajar cualquier eventual situación de abuso, si bien deberán ser aplicados con escrupuloso respeto al principio de proporcionalidad.

En cuanto al elemento objetivo desencadenado, tradicionalmente se ha adoptado la denominación de represalia. No obstante, este concepto debe ser objeto de una profunda revisión, ya que el elemento volitivo cuya connotación incluye no resulta determinante para apreciar la existencia de una actuación lesiva de derechos fundamentales. Además, consideramos vital que no se aplique exclusivamente a actuaciones muy dañinas. Por este motivo, optamos por la adopción del término reacción adversa (en tanto que incluye los dos elementos determinantes: reactivo y perjudicial), dentro del que se debe incluir toda actuación empresarial que suponga colocar al trabajador en una situación peor que aquella en la que se encontraría si no hubiese reclamado, de forma que pueda producir un efecto desaliento del ejercicio del derecho fundamental. También merece ser destacado que, como consecuencia de las amplias facultades que se derivan de la nota de dependencia característica de la relación laboral, la represalia podrá adoptar numerosas formas, que no se incardinarán necesariamente en el ámbito de la potestad disciplinaria.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que las represalias pueden producirse fuera del marco temporal de la relación laboral, ya sea en el momento del acceso al empleo o con posterioridad al mismo. En este sentido, recobran importancia conceptos que parecían olvidados, como el de listas negras, que eran

abordados por sentencias tales como la del TCT de 5 de julio de 1984 y que, sorprendentemente, reemergen en la actualidad en asuntos como el abordado por la STS (Sala Primera) de 12 de noviembre de 2015, si bien fue resuelto en el ámbito de la tutela del derecho al honor y protección de datos.

El tercer elemento objetivo fundamental en el ámbito de la garantía de indemnidad es el nexo causal. Evidentemente, que exista una correlación temporal entre reclamación y la reacción adversa no determina inequívocamente que haya conexión entre ambos. La jurisprudencia constitucional ha sido perfectamente consciente de la necesidad de no dejar recaer sobre el trabajador la obligación de demostrar esa vinculación, pues en un número muy alto de ocasiones ello sería simplemente imposible. En lugar de ello, ha recurrido a un mecanismo específico de distribución de la carga de la prueba, aplicable a los supuestos de vulneración de derechos fundamentales. Este mecanismo exige que el trabajador aporte indicios de la vulneración de derechos fundamentales, no bastándole con alegarlos. Por su parte, el empleador deberá demostrar que su actuación —y la concreta designación del trabajador afectado por la misma— se encontraba absolutamente desvinculada de la previa reclamación. En otras palabras, debe acreditar que habría llevado a cabo la misma actuación si el trabajador no hubiese planteado su reclamación, siendo irrelevante en consecuencia que el trabajador pudiese conocer o no la manera en que iba a actuar la empresa.

La especial distribución de la carga de la prueba no es específica de la garantía de indemnidad, como tampoco lo son otros mecanismos de protección que se despliegan en su seno (como, por ejemplo, la modalidad procesal específica o las consecuencias de la declaración de la nulidad de la actuación denunciada). Y es que, fuera del ámbito subjetivo y objetivo, la garantía de indemnidad no presenta especificidades frente al resto de los derechos fundamentales, más allá de las particularidades propias del casuismo de su dinámica, que se refleja en el ámbito de los indicios de su vulneración.

A la vista de lo expuesto, puede afirmarse que la garantía de indemnidad está destinada a ocupar un papel fundamental en la defensa de los trabajadores a la hora de hacer valer sus derechos frente a la empresa. Evidentemente, no es la única herramienta para ello⁷. No obstante, va adquiriendo una creciente importancia, que merece ser destacada especialmente a la luz del progresivo debilitamiento que vienen sufriendo los instrumentos colectivos de defensa de los derechos laborales. En este contexto, la garantía de indemnidad se consti-

⁷ Existen otros muchos otros derechos fundamentales que pueden ser empleados a tal fin, como son la libertad de expresión, la libertad de reunión, la libertad sindical o el derecho de huelga.

tuye en un mecanismo idóneo para amparar la reivindicación de unas mejores condiciones de trabajo.

Se trata, sin duda alguna, de una institución que se encuentra aún en fase de despliegue. Los escasos pronunciamientos destacados en el ámbito de la jurisprudencia constitucional de la última década se compadecen mal con la evolución que han vivido las relaciones laborales y los nuevos problemas que han ido surgiendo. En este particular, es destacable la tendencia legislativa a descausalizar las decisiones vinculadas con medidas de ajuste empresarial. Es innegable que este contexto ha impulsado la reivindicación de los derechos fundamentales como vía para evitar situaciones injustas en el ámbito de las relaciones de trabajo, ante las que los mecanismos de garantía previstos en la legislación ordinaria resultan insuficientes.

La evolución que cabe esperar de la garantía de indemnidad no se circunscribe en exclusiva a las relaciones de trabajo. Son significativas las resistencias a su aplicación que encontramos en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, tanto en materia de personal como en otras de especial sujeción. Sin embargo, todo parece indicar que esta importante herramienta terminará calando en dicho ámbito, lo que sin duda permitirá avanzar aún más en el desarrollo de esta figura ante las cuestiones propias de este campo que se irán planteando. Además, queda por explorar la aplicación de esta figura a algunas de las relaciones civiles en las que concurren situaciones de desigualdad inicial, con los importantes matices propios de las mismas.

Por lo expuesto, no podemos sino concluir que la garantía de indemnidad es una institución que se encuentra aún hoy en fase de desarrollo y respecto de la que sin duda alguna queda todavía mucho por escribir, lo que será muestra de su buena salud.

BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Informe 0102/2010*. <https://cutt.ly/EyeoMrN>
- AGUADO RENEDO, C.: «Sobre la conceptualización de derechos: ¿libertad de información en el seno de un proceso judicial?». *Teoría y realidad constitucional*, núm. 22, pp. 221-253. 2008.
- ALBADALEJO GARCÍA, M.: «Artículo 1973 (Prescripción de acciones) de “Comentarios al Código civil”». *Revista de derecho privado*, vol. 61, núm. 11, pp. 987-994. 1977.
- ALEGRE NUENO, M.: «Las facultades del Tribunal “ad quem” para declarar la nulidad (objetiva) de un despido disciplinario». *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 165, pp. 337-342. 2014.
- «Sanción disciplinaria vulneradora de la garantía de indemnidad: carga de la prueba: Comentario a la STSJ Extremadura 357/2019 (rec. núm. 314/19), de 13 de junio de 2019». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, pp. 313-320. 2019.
- ALEMAÑ CANO, J.: «Cosa juzgada y fundamentación de la demanda laboral». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160, pp. 107-126. 2013.
- ALESSI, C.: «El principio de no discriminación en las relaciones de trabajo atípicas: apuntes sobre la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *Temas Laborales*, 141, pp. 67-92. 2018.
- ALEXY, R.: «Un concepto no positivista de derecho fundamental: sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral». En: María Elósegui Itxaso (dir.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, pp. 27-45. Zaragoza. 2016.
- ALONSO OLEA, M.: «La relación de trabajo y la libertad de expresión». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Tomo XVI*, pp. 25-37. Madrid: Civitas. 1998.

- ÁLVAREZ ALONSO, D.: «Garantía de indemnidad y decisiones discrecionales: cese de un cargo de confianza». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 16, pp. 13-33. 2005.
- «¿Garantía o garantías de indemnidad? Los diversos cauces de tutela del trabajador frente a represalias del empresario». *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 269-270, pp. 3-74. 2005.
- *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*. Albacete: Bomarzo. 2005.
- «La tutela del trabajador frente a represalias empresariales por el ejercicio de acciones o reclamaciones sobre igualdad de trato». *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales. Actas del XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lleida, 29 y 29 de mayo de 2004*, pp. 1067-1087. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. 2005.
- «El futuro del trabajo y su regulación jurídica ante los retos de la “atomización” y la fragmentación empresarial». *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017*, pp. 9-30. Palacio de Zurbano, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019). 2017.
- «Extinción por causas objetivas derivada de pérdida de una contrata y supuesta vulneración de la garantía de indemnidad». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 202, pp. 247-255. 2017.
- «La “atomización” del trabajo». *Página abierta*, núm. 249-250, marzo-abril, pp. 47-49. 2017.
- *Representación y participación de los trabajadores en la empresa. Estudio de jurisprudencia y perspectivas de futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: «La mediación laboral a partir de la Ley 5/2012». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 123, pp. 109-132. 2016.
- ALZAGA RUIZ, I.: «Garantía de indemnidad del trabajador y extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 5, pp. 481-485. 2004.
- «La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos: balance a los treinta años de su aprobación». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 127-156, 2015.
- ALZAGA RUIZ, I.; BAVIERA PUIG, I., y ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 279-318. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.
- AÑÓN CALVETE, J.: «Cosa juzgada, prejudicialidad y litispendencia». *El derecho*. <https://cutt.ly/iyefYXd>. Publicado el 13.11.2015. Recuperado el 17.05.2020.
- ARESE, C.: «Panorama de la externalización laboral y su tratamiento jurídico». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 6 (2), pp. 165-202. 2018.

- ARETA MARTÍNEZ, M. y MARÍN MORAL, I.: «La relación laboral especial del personal residente en formación en ciencias de la salud». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 435-525. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.
- ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «La garantía de indemnidad por reclamar la conversión del contrato temporal en indefinido. Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) de 12 de julio de 2019 (AS 2019, 2015)». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 229, pp. 303-311. 2020.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMPLIANCE: *Libro blanco sobre la función de Compliance*. Madrid. <https://cutt.ly/syeoZdI>. 2017.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional y por el Poder Judicial». *Revista del Poder Judicial*, 45. 1997, pp. 31-54.
- BALDUZZI, M. M.: «Procesos y prácticas de estigmatización en el acoso laboral como represalia». En: Eduardo Bustos Villar, Marcelo Caputo, Elizabeth Aranda Coria y Mariel Gimenez (Eds.), *Hostigamiento Psicológico Laboral e Institucional en Iberoamérica: Estado del arte y experiencias de intervención*, pp. 75-87. Buenos Aires: Sb editorial. 2015.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: «El derecho del trabajador a la tutela judicial efectiva en la vertiente de garantía de indemnidad: nulidad del despido de redactor de TVE tras el reconocimiento de la laboralidad de la relación de trabajo. Comentario a la STC 144/2005, de 6 de junio 2005 (RTC 2005,144)». *Aranzadi Social*, núm. 2, pp. 2625-2633. 2005.
- «La vulneración del derecho efectivo a la no discriminación laboral en las empresas externalizadas». *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 3, pp. 75-99. 2017.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: «El derecho a la huelga y la garantía de indemnidad del trabajador frente a la empresa principal de una contrata: entre el tribunal constitucional y la anomia». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, 6 (2), pp. 203-220. 2018.
- BATISTA TORRES, J.: «Derechos humanos y derechos fundamentales. Algunos comentarios doctrinales». *Iuslabor*, 2, pp. 186-213. 2018.
- BAVIERA PUIG, I.: «La relación laboral especial de los penados en centros penitenciarios y de los menores internados». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 79-98, 2015.
- «El alcance de los actos preparatorios en la garantía de indemnidad. Comentario a la STSJ de Cantabria de 26 de junio de 2019 (AS 2019,2255)». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 232, pp. 307-314. 2020.
- BAYLOS GRAU, A. P.: «La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva». *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 107-130. 1994.
- BAZ TEJEDOR, J. A.: «Desafíos para la tutela judicial efectiva en el proceso de trabajo». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 23, pp. 53-81. 2014.

- BENAVENTE TORRES, M. I.: «Un aspecto jurídico especialmente problemático: la extinción de la relación laboral». *Lex Social*, vol 9, núm. 2, pp. 250-274. 2019.
- BILBAO UBILLOS, J. M.: «Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares». En: Manuel Aragón Reyes (dir.) y César Aguado Renedo (coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, vol. III, pp. 35-42. Madrid: Civitas. 2011.
- «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittwirkung*: una visión de conjunto». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21 (*Ejemplar dedicado a: Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*), pp. 43-74. 2017.
- BLASCO PELLICER, Á. A.: «La tutela cautelar laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». *Aranzadi Social*, 5, pp. 619-642. 2001.
- «Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo». *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. Actas del XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, pp. 83-129. Pamplona: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2014.
- BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema. 1991.
- *Autobiografía*. Madrid: Alberto Papuzzi. 1998.
- BOGONI, M.: «Garantía de indemnidad y tutela antidiscriminatoria. Una propuesta de estudio desde el Derecho Social Europeo». *Revista Galega de Dereito Social - 2.ª Etapa: (RGDS)*, 9, pp. 229-266. 2019.
- BORRAJO DACRUZ, E.: «Garantía de indemnidad, controversia preconstituida y despido objetivo improcedente: comentario a la STSJ Andalucía de 7 de junio de 2010». *Actualidad laboral*, 17, pp. 2036-2042. 2010.
- BORRAJO INIESTA, I. y SÁNCHEZ YLLERA, I.: «El derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías constitucionales del proceso». *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003.
- BRAVO SANTAMARÍA, S., y CANO GALÁN, Y.: «La relación laboral especial de personas con discapacidad en centros especiales de empleo: análisis del RD 1368/1985, de 17 de julio». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 349-383. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.
- BUENDÍA JIMÉNEZ, J. A., GARCÍA RODRÍGUEZ, B., y OLARTE ENCABO, S.: «La relación laboral especial de los abogados en despachos de abogados (individuales, colectivos y multiprofesionales)». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 527-586. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.
- BUSTOS GISBERT, R.: «La aplicación judicial de la CDFUE; un decálogo a partir de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *Teoría y realidad constitucional*, núm. 39 (*Ejemplar dedicado a: Monográfico: El TJUE como actor de constitucionalidad*), pp. 333-359. 2017.

- CABALLERO PÉREZ, M. J.: «Prestaciones de Seguridad Social. El subsidio por desempleo de los liberados de prisión: el intento de limitar su ámbito subjetivo mediante una ley de presupuestos y su valoración desde una perspectiva constitucional. Sentencia del Tribunal Constitucional». *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 136, pp. 237-248. 2017.
- CABEZA PEREIRO, J.: «Derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador: la garantía de indemnidad». En: José Fernando Lousada Arochena y Matías Movilla García (coords.), *Derechos fundamentales y contrato de trabajo. 1.ª Xornadas de Outono de Dereito Social*, pp. 171-187. Granada: Comares. 1998.
- «La garantía de indemnidad en caso de decisiones de la empresa adoptadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Sobre la sentencia del TC 183/2015, de 10 de septiembre». *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, pp. 167-172. 2016.
- CALVO CABEZAS, P.: «Whistleblowing ante la miseria moral de instituciones y organizaciones». En: Juan José Nicolás Guardiola (coord.), César Augusto Giner Alegría (coord.), Víctor Meseguer Sánchez (dir.), Manuela Avilés Hernández (dir.) y Pascual Martínez Ortiz (pr.), *Empresas, Derechos Humanos y RSC: Una mirada holística desde las Ciencias Sociales y Jurídicas*, pp. 135-153. Navarra: Aranzadi. 2016.
- CÁMARA BOTÍA, A.: «Libertad de contratación y garantía de indemnidad (Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva [garantía de indemnidad] al no contratar como represalia por haber pleiteado contra el empresario). Comentario a la STC 87/2004, de 10 de mayo». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XXII*, pp. 167-172. Cizur Menor: Civitas. 2009.
- «Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (garantía de indemnidad): despido por haber pleiteado contra la empresa. Comentario a la STC 125/2008, de 20 de octubre». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XXVI*, pp. 185-197. Cizur Menor: Civitas. 2004.
- «Ley y jurisprudencia en la modificación de las condiciones de trabajo». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 109 (Ejemplar dedicado a: *La reforma laboral de 2012 y su desarrollo*), pp. 31-60, 2014.
- «El contrato de trabajo para la realización de actividades mercantiles». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 157-188, 2015.
- «Contrato de trabajo y política: del fomento del empleo al apoyo a los emprendedores». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, pp. 23-60, 2016.
- «El despido y la conciliación de la vida familiar y laboral». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, pp. 269-311, 2017.
- CÁMARA VILLAR, G.; LÓPEZ AGUILAR, J. F.; BALAGUER CALLEJÓN, M. L., y MONTILLA MARTOS, J. A.: *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos. 2002.

- CAMPS RUIZ, L. M.: «Conciliación previa y acceso al proceso (STC 199/2001, de 3 de octubre, recurso de amparo 4660/1998)». En: Tomás Sala Franco, Juan Manuel Ramírez Martínez y Efrén Borrajo Dacruz (Eds.), *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*, pp. 683-696. Madrid: Wolters Kluwer. 2003.
- CANCIO FERNÁNDEZ, R. C.: «Que los votos particulares no nos impidan ver el bosque. Tutela judicial efectiva y configuración legal del derecho de acceso a los recursos. La STC de 22 de enero de 2015 (Recurso de amparo N.º 2399/2012)». *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, pp. 133-138. 2015.
- CANO GALÁN, Y.: *El despido libre y sus límites en el Derecho Norteamericano*. Madrid: Consejo Económico y Social. 2000.
- «Despido de trabajadora embarazada empleada doméstica: problemas derivados de la declaración de nulidad». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1 (21), pp. 25-36. 2009.
- CANO MATA, A.: *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional: artículo 24 de la Constitución*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. 1984.
- CARDENAL CARRO, M.: *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*. Murcia: Ediciones de la Universidad de Murcia. 1996.
- «A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales: un balance y una propuesta (I)». *Aranzadi Social*, núm. 5, pp. 143-164. 2000.
- CARRASCO DURÁN, M.: «La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva». *Revista de derecho político*, núm. 107, pp. 13-40. 2020.
- CARRATALÁ TERUEL, J. L.: «La garantía de indemnidad. Nulidad de los despidos lesivos de derechos fundamentales». *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 27, pp. 44-46. 1993.
- «Sobre el derecho de indemnidad y la carga de la prueba en despidos contrarios a derechos fundamentales. [Comentario a la STC de 22 julio 1999 (RTC 1999, 140)]». *Aranzadi Social*, núm. 3, pp. 2938-2940. 1999.
- CARRIZOSA PRIETO, E.: «La concreción de los indicios de discriminación en la jurisprudencia comunitaria. STJUE 19 abril 2012 (TJCE 2012, 92)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 7, pp. 59-65. 2012.
- «Discapacidad, discriminación e indemnidad: algunas claves para proteger al trabajador enfermo». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 1, pp. 202-231. 2016.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad (El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional)». En: María Emilia Casas Baamonde, Jesús Cruz Villalón y Federico Durán López (coords.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, pp. 695-744. 2006.

- CASAS BAAMONDE, M. E., y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Tutela judicial, competencia de la jurisdicción social y acceso al proceso de trabajo». *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 11-70. 1994.
- CASTELLANO BURGUILLO, E.: «Sobre la situación de los profesores indefinidos no fijos en las universidades españolas, particularidad del abuso de la contratación temporal y de la garantía de indemnidad». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 229, pp. 313-325. 2020.
- CASTELLANO SUÁREZ, M.: «La garantía de indemnidad». *Revista de ciencias jurídicas*, núm. 5, pp. 51-57, 2000.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Los derechos fundamentales inespecíficos en el proceso laboral». *Actas del XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en Pamplona el 29-30 de mayo de 2014*. Pamplona: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2014.
- «La relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 189-222, 2015.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A., y ÁLVAREZ ALONSO, D.: *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*. Madrid: Thomson - Civitas. 2007.
- CASTRO CASTRO, J. F.: «La garantía o derecho de indemnidad laboral y su relación con la prueba indiciaria». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 3, núm. 6, pp. 111-135. 2012.
- CATALÀ I BAS, A.: «¿Tolerancia frente a la intolerancia? El respeto a los valores y principios democráticos como límite a la libertad de expresión». *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 14, pp. 129-188. 2001.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La garantía de indemnidad del trabajador que presenta reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra su empresario». *Aranzadi Social*, 5, pp. 85-100. 2006.
- CEGARRA CERVANTES, F. J.: «Despido nulo ante la previsión de embarazo. STSJ Comunidad de Madrid 17 julio 2015 (AS 2015, 1524)». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 184, pp. 365-371. 2016.
- CERRONI, U.: *La libertad de los modernos*. Madrid: Martínez Roca. 1972.
- COMISIÓN EUROPEA: *Special Eurobarometer 470 – Corruption*. <https://cutt.ly/3yeoCgV>. 2017.
- COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES: *Código unificado de buen gobierno de sociedades cotizadas*. <https://cutt.ly/kyeoBOj>. 2006.
- CONDE COLMENERO, P.: «La delimitación del acoso laboral y de la operatividad de la garantía de indemnidad». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 2, núm. 9, pp. 55-63. 2009.
- CONTRERAS AGUIRRE, S. A.: «Ferrajoli y los derechos fundamentales». *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)*, 6, pp. 121-145. 2012.

- CORTE HEREDERO, N.: *Breviario de Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral: El Derecho a la Igualdad (art. 14 CE) y la Garantía de Indemnidad (art. 24.1 CE)*. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.
- COSTA REYES, A.: «Nulidad del despido por vulneración de la libertad ideológica. Sobre los límites del recurso de suplicación y el alcance de la llamada inversión de la carga de la prueba. STSJ País Vasco 30 noviembre 2011 (AS 2012, 1047)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 5 (6), pp. 69-77. 2012.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «La incongruencia en el proceso laboral desde la perspectiva constitucional». *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 131-162. 1994.
- «El trabajo autónomo económicamente dependiente en España. Breve valoración de su impacto tras algunos años de aplicación». *Documentación Laboral*, 98 (2), pp. 19-36. 2013.
- «La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo». *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 132, pp. 73-121. 2016.
- «Oportunidades y desafíos de los derechos fundamentales laborales en las relaciones laborales». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4 (4), pp. 37-81. 2016.
- «La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral». *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 145, pp. 17-53. 2018.
- DE DOMINGO PÉREZ, T.: «El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho». *Derechos y Libertades: Revista Del Instituto Bartolomé de Las Casas*, 7 (11), pp. 251-289. 2002.
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: «La relación laboral especial de los empleados de hogar: aspectos laborales y de Seguridad Social». *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, pp. 137-165. 2011.
- DE VAL TENA, Á. L.; ALCÁZAR ORTIZ, S., y ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.: «La relación laboral especial del personal de alta dirección». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 67-130. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.
- DE VEGA GARCÍA, P.: «La eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)». En: Luis Aguiar de Luque (Ed.), *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional (libro homenaje al profesor Gurmésindo Trujillo)*, pp. 801-822. Valencia: Tirant lo Blanch. 2005.
- DEGLI-ESPOSTI, S.: «Los algoritmos también discriminan a los seres humanos: nosotros podemos impedirlo». *The conversation*. <https://cutt.ly/MyefLnV>. Publicado el 07.10.2019. Recuperado el 17.05.2020.
- DEL REY GUANTER, S.: «La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión e información en la relación laboral: extensión y límites». En: José Fernando Lousada Arochena y Matías Movilla García (coords.), *Dere-*

- chos fundamentales y contrato de trabajo. Ias. Jornadas de Outono de Derecho Social*, pp. 33-43. Granada: Comares. 1998.
- DESDENTADO BONETE, A., y MERCADER UGUINA, J. R.: «Motivación y congruencia de las sentencias laborales en la doctrina del Tribunal Constitucional». *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 273-316. 1994.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva». *Poder Judicial*, 5, pp. 41-49. 1987.
- «Aproximación a la tutela judicial efectiva». En: Ana Salinas de Frías (Ed.), *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*. Málaga: Universidad de Málaga. 2001.
- DURÁN LÓPEZ, F.: «El derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso debido en el orden social». En: Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y Fernando Elorza-Guerrero (Eds.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional: XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, pp. 359-403. Madrid: Tecnos. 2001.
- ESPÍN MARTÍ, R.: *El canal de denuncias Internas en la actividad empresarial como Instrumento del compliance* [tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona]. https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2017/hdl_10803_458436/roes1de1.pdf. 2017.
- ESPÍN SÁEZ, M.: «El contrato a tiempo parcial ¿la conciliación en los tiempos de la precariedad?». *Revista de información laboral*, núm. 2, pp. 23-46. 2016.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil (Principles of European Tort Law, Spanish Version)*. <https://cutt.ly/dyeo06d>. 2020.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, L.: «El despido de los trabajadores “con procesos de larga duración”: cambio jurisprudencial a raíz de la doctrina Daouidi». *Quaderns de ciències socials*, núm. 43, pp. 4-31. 2020.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «La garantía de indemnidad». *La Ley Digital*, 4099. 2010.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.; MEGINO FERNÁNDEZ, D., y GIL PLANA, J.: «Relación laboral especial de los penados desarrollada en instituciones penitenciarias»: En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 171-226. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. J., y MARTÍNEZ LUCIO, M.: «El discurso del despido libre en España: una reflexión sobre el papel de los mitos y los prejuicios en las políticas de empleo españolas». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, núm. 1, pp. 191-219. 2014.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: «Extinción del contrato por despido de una trabajadora al servicio del hogar familiar con vulneración de derechos fundamentales. STSJ Andalucía/Granada 21 mayo 2014, 1851». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 173, pp. 303-312. 2015.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta. 1995.
- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta. 1999.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

- *Democracia y Garantismo*. Madrid: Trotta. 2008.
- *Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo*. Bogotá D. C.: Universidad Libre – Colección Tendencias Contemporáneas del Derecho. 2016.
- FERRANDO GARCÍA, F.: «Alcance y consecuencias de la (parcial) supresión de la reclamación administrativa previa a la vía jurisdiccional social». *Revista Derecho social y empresa*, núm. 9, pp. 96-119. 2018.
- FOLGOSO OLMO, A.: «La garantía de indemnidad y su extensión a las actuaciones no jurisdiccionales de los trabajadores». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, 412, pp. 73-91. 2017.
- «Garantía de indemnidad en el supuesto de medida empresarial más perjudicial que otra precedente que ha sido impugnada judicialmente. Comentario a la STC 183/2015, de 10 de septiembre». En: Carmen Sánchez Trigueros (coord.), Manuel Alonso Olea (dir.), Alfredo Montoya Melgar (dir.), Antonio Vicente Semper Navarro (dir.), *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y seguridad social. Tomo XXXII*, pp. 483-493. Murcia: Universidad de Murcia. 2018.
- «La extensión de la garantía de indemnidad hacia actuaciones no jurisdiccionales de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva». *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: Actas del XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, vol. 2 (CD) (p. 8). Santiago de Compostela: Cinca. 2018.
- «La garantía de indemnidad en el trabajo autónomo económicamente dependiente». En: Fernández Orrico, Francisco Javier (Dir.), *Trabajo autónomo: Regulación jurídica y perspectivas. Régimen profesional, modalidades y seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020.
- FOLGUERA CRESPO, J. Á.: «Cantaor flamenco: relación laboral encubierta bajo contratos administrativos, el rey midas, reclamación del trabajador y garantía de indemnidad». *Diario La Ley (Estudios Doctrinales)*, 8787. 2016.
- «Con la venia. Medidas cautelares y proceso social». *Derecho de Las Relaciones Laborales*, 2, pp. 131-152. 2017.
- FUERTES LÓPEZ, F. J.: «Las tasas judiciales y los principios de tutela judicial efectiva y de capacidad económica ante el Tribunal Constitucional (sobre el examen de la inconstitucionalidad de las tasas judiciales y de sus cuantías)». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, pp. 145-153. 2017.
- GALA DURÁN, C.: «Ausencias del trabajo y garantía de indemnidad. STSJ Cataluña 4 marzo 2014 (AS 2014, 913)». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 171, pp. 311-317. 2014.
- GALIANA MORENO, J. M.: «Despido presuntamente discriminatorio y actividad probatoria suficiente. Comentario a la STC 7/1993, de 18 de enero». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XI*, pp. 45-48. Madrid: Civitas. 1993.

- GALLEGO MOYA, F.: *El período de prueba en el contrato de trabajo. Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos*. Navarra: Aranzadi, 2016.
- «Protección de la mujer trabajadora frente a actos empresariales discriminatorios durante el período de prueba del contrato de trabajo. Marco constitucional y ámbito legal». *Revista de Derecho*, vol. 19, pp. 23-25, 2018.
 - «Embarazo y despido. Veinte años en el camino hacia la igualdad: de la Ley 39/1999 al RD Ley 6/2019». *Revista de Derecho Social*, núm. 88, 2019, pp. 219-244.
- GARCÍA BLASCO, J.: «Derecho al recurso laboral y tutela judicial efectiva». *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 89-106. 1994.
- GARCÍA GONZÁLEZ, L.: «Una oferta de trabajo en un bar solicita “abstenerse personas reivindicativas”». *El Diario*. <https://cutt.ly/Oyef1Kb>. Publicado el 30.06.2016. Recuperado el 17.05.2020.
- GARCÍA MORILLO, J.: «El derecho a la tutela judicial». En: Luis López Guerra, Eduardo Espín Templado, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps y Miguel Satrústegui Gil-Delgado (Eds.), *Derecho constitucional. Vol. 1, El ordenamiento constitucional: derechos y deberes de los ciudadanos*, pp. 313-332. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Empleados en locutorios telefónicos (I). Comentario a la STC 196/2000, de 24 de julio». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII*, pp. 330 y siguientes. Madrid: Civitas. 2000.
- «Empleados en locutorios telefónicos (II). Comentario a la STC 197/2000, de 24 de julio». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII*, pp. 342 y siguientes. Madrid: Civitas. 2000.
 - «Empleados en locutorios telefónicos (III). Comentario a la STC 1999/2000, de 24 de julio». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII*, pp. 348 y siguientes. Madrid: Civitas. 2000.
 - «El deporte como trabajo: la relación laboral especial de los deportistas profesionales». *Aranzadi Social*, vol. 3, núm. 1 (abril), pp. 103-117. 2010.
- GARCÍA NINET, J. I.: «¿Es compatible estar ocupando un puesto por la vía de comisión de servicios varias veces prorrogada por razones urgentes y estar como liberado sindical? La denegación de la quinta prórroga por motivos sindicales ¿represalias? ¿Prolongada de la Administración? ¿Desviación del poder?». *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 182, pp. 5-10. 2006.
- «Acerca de la garantía de indemnidad en clave sindical. Algunas cuestiones en la doctrina del tribunal constitucional». *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 197, pp. 5-16. 2007.
 - «Móvil antisindical contundentemente probado. Comentario a la STSJ Madrid, de 18 de septiembre de 2016». *Aranzadi Social*, 1, pp. 3238-3251. 2007.

- GARCÍA NINET, J. I.; BARBANCHO TOVILLAS, F., y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: «Por causa del ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical nadie tiene que sufrir daños o represalias que atenten contra este derecho fundamental. La garantía de indemnidad en clave sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional Español (1981-2016)». *Revista Direito Das Relações Sociais e Trabalhistas*, 2 (1), pp. 9-47. 2016.
- GARCÍA PIÑEIRO, N.: «La relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 315-354, 2015.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: «Disposición Adicional undécima. Modificaciones del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores». En: Carmen Sánchez Trigueros y Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, pp. 811-813. Cizur Menor: Editorial Aranzadi. 2008.
- «Triángulo laboral en Gijón. SSTC 75 y 76/2010, de 19 de octubre (RTC 2010, 75) y (RTC 2010, 76) y 98 a 106/2010, de 16 de noviembre (RTC 2010,98) y (RTC 2010, 106)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 2, pp. 226-227. 2011.
- «El despecho de Correos. STC 6/2011, de 14 de febrero (RTC 2011, 6)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 4, pp. 254-255. 2011.
- «Donde hay confianza... también hay garantía de indemnidad. STC 10/2011, de 28 de febrero (RTC 2011, 10)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 4, pp. 256-257. 2011.
- *Jurisprudencia Constitucional en materia sociolaboral (2006-2017)*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2018.
- GARCÍA VIÑA, J.: «Indemnización por daños y perjuicios en el orden social: una panorámica». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 173, pp. 25-56. 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, E.: *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Civitas. 2009.
- GARCÍA-MORENO GARCÍA DE LA GALANA, B.: *Los alertadores, una propuesta de regulación* [tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha]. Repositorio Universitario Institucional de Recursos Abiertos, UCLM. <http://hdl.handle.net/10578/20394>. 2019.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*. Madrid: Civitas. 1994.
- «La garantía de indemnidad por el ejercicio de acciones judiciales en la jurisprudencia constitucional (Un nuevo supuesto de despido nulo por lesión de derechos fundamentales)». En: *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, pp. 243-263. Valladolid: Lex Nova. 2001.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J. R.: «Las nuevas dimensiones de la denominada garantía de indemnidad». *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 20, pp. 5-12. 2004.

- «La extensión refleja de la garantía de indemnidad a los trabajadores de contrata y subcontratas por actos de la empresa principal: los ecos del asunto “Samoa”». *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44, pp. 5-10, 2010.
 - «Limitaciones al alcance de la “garantía de indemnidad”: a propósito de la STC 183/2015, de 10 de septiembre del Pleno del Tribunal Constitucional». *Revista de Información Laboral*, 3. 2016.
 - «La tutela del “whistleblower”: principios generales de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 230, pp. 13-18. 2020.
- GARÍ RAMOS, M.: «Anatomía de la Corrupción». *Viento sur*. <https://cutt.ly/iyef2AB>. Publicado el 18.06.2017. Recuperado el 17.05.2020.
- GASCÓN INCHAUSTI, F.: «Eficacia de cosa juzgada material de la resolución sobre admisibilidad de un medio de prueba, licitud y eficacia de los pactos sobre prueba. Comentario a la STC 62/2010, de 18 de octubre». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 151, pp. 805-815. 2011.
- GIL PLANA, J.: «Un supuesto de indemnidad: retribución por objetivos como instrumento de represalia». *Aranzadi Social*, 3, pp. 3171-3175. 2001.
- GIL SÁNCHEZ, J.: *La constitucionalización del derecho a la justicia pronta (Tardía dispensación de justicia versus Tutela judicial efectiva)* [tesis doctoral, Universidad de Alicante]. Repositorio Institucional de UA. <https://cutt.ly/HyeKSDW>. 1999.
- GIL Y GIL, J. L.: «Despido disciplinario nulo: garantía de indemnidad y libertad e intimidad personal. Comentario a la STSJ de Cantabria, de 19 julio 2003 (AS 2004, 1026)». *Aranzadi Social*, 2, pp. 3154-3163. 2004.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: «El despido nulo con imposibilidad de readmisión. STSJ Andalucía Sevilla, de 17 de diciembre de 2015 (AS 2015, 2485)». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 191, pp. 241-246. 2016.
- GIMENO SENDRA, J. V.: *Constitución y proceso*. Madrid: Tecnos. 1988.
- GINER ALEGRÍA, C. A.: «Derechos Humanos y Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico español». En: Juan José Nicolás Guardiola (coord.), César Augusto Giner Alegría (coord.), Víctor Meseguer Sánchez (dir.), Manuela Avilés Hernández (dir.) y Pascual Martínez Ortiz (pr.), *Empresas, Derechos Humanos y RSC: Una mirada holística desde las Ciencias Sociales y Jurídicas*, pp. 447-471. Navarra: Aranzadi. 2016.
- GINÈS FABRELLAS, A.: «Externalización productiva y elusión de compromisos laborales. La necesidad de revisar la normativa europea en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4 (1), pp. 1-16. 2016.

- GOERLICH PESET, J. M.: «Los medios de impugnación». En: Mónica Albiol Ortuño, Carlos Luis Alfonso Mellado, Ángel Blasco Pellicer y José María Goerlich Peset (Eds.), *Derecho Procesal Laboral*, pp. 1673-1702. Valencia: Tirant lo Blanch. 2015.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «El concepto laboral de contrata: una reconstrucción a la luz del fundamento de la extensión de responsabilidad empresarial». *Derecho de las Relaciones Laborales*, 11, pp. 1055-1072. 2017.
- «¿Es el absentismo un criterio de selección jurídicamente seguro en los despidos económicos?». *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2019/04/es-el-absentismo-un-criterio-de.html>. Publicado el 12.04.2019. Recuperado el 09.06.2020.
- GÓMEZ BENÍTEZ, A., y LILLO PÉREZ, E.: «La participación como testigo en un juicio laboral integra el derecho a la libertad de información y expresión». *Revista de Derecho Social*, núm. 5, pp. 145-150. 1999.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: «El derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros. ¿Un (i)limitado derecho a la justicia?». En: Eliseo Aja Fernández (Ed.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, pp. 279-318. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009.
- GÓMEZ GARCÍA, F. X.: «¿Despido improcedente de víctima de violencia de género o vulneración de su derecho a la indemnidad? (sobre la STSJ Cataluña 9 febrero 2017)». *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 5, pp. 137-144. 2018.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.: «Las normas internacionales sobre Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y Libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)». En: Pedro Cruz Villalón, Julio Diego González Campos y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Eds.), *Tres lecciones sobre la Constitución*. Sevilla: Mergablum, Edición y Comunicación SL. 1999.
- GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M.: «Deportistas profesionales: un breve análisis a tres décadas del RD 1006/1985». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 99-126, 2015.
- «Libertad de expresión de deportista profesional y despido disciplinario». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 209, pp. 255-263. 2018.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*. Valladolid: Lex Nova. 2012.
- GONZÁLEZ PÉREZ, F.: *Estatuto jurídico laboral del artista profesional de espectáculos públicos*. [tesis doctoral, Universidad de Murcia]. 1978.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «El proceso social de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 202, pp. 55-97. 2017.
- «Los principios de voluntariedad e igualdad en el trabajo a tiempo parcial». *Documentación Laboral*, 110, pp. 77-92. 2017.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La garantía de indemnidad y sus perfiles». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 11. 2006.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.: *La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado*. Bruselas: Parlamento Europeo. <https://cutt.ly/byef5fT>. 2019.

- GOÑI SEIN, J. L.: «Sistemas de denuncia interna de irregularidades (*whistleblowing*)». En: José Luis Goñi Sein (Ed.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, pp. 319-355. Madrid: La Ley. 2011.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., e IGARTUA MIRÓ, M. T.: «Libertad de información y contrato de trabajo. El problema de sus límites. A propósito de la STC 57/1999, de 12 abril». *Aranzadi Social*, 15, pp. 945-974. 1999.
- GRANADOS ROMERA, M. I.: «La desjudicialización de las relaciones laborales: ¿una nueva dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva?». *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 21-22, pp. 53-78. 2012.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., y LORENTE CAMPOS, R.: «Precarización laboral y beneficio empresarial: estrategias de explotación del nuevo milenio». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3 (2), pp. 77-94. 2015.
- GUERRERO VIZUETE, E.: *La regulación jurídica del trabajo autónomo dependiente: concepto, fuentes, relación individual y colectiva de la prestación de servicios*. Universitat Rovira i Virgili. 2011.
- GUIMARÃES RIBEIRO, D.: *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del Derecho*. Barcelona: Bosch. 2004.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*. Universidad de Sevilla. 2008.
- «La repercusión de la garantía de indemnidad en el marco de los derechos ciudadanos del trabajador». *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 236-237, pp. 8-20. 2010.
- «El procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en la ley 36/2011 de la jurisdicción social: ámbito material, legitimización, carácter potestativo y plazos de interposición». *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 155, pp. 195-227. 2012.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «Juzgando sentencias (breves notas)». *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, 102, pp. 30-35. 2017.
- HERRAIZ MARTÍN, M. S.: *El despido nulo: causas y efectos*. Navarra: Aranzadi. 2008.
- HIERRO HIERRO, F. J.: «La extinción de la relación laboral especial de los penados: motivación. STSJ Asturias, de 8 mayo 2015 (JUR 2015, 137686)». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, pp. 247-254. 2016.
- IBARRA ROBLES, J. L.: «Fallo y motivación de la sentencia: poder de decisión y legitimidad democrática del juez». *Revista Abogacía Española*, 99, pp. 15-20. 2016.
- IGARTUA MIRÓ, M. T.: *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*. Madrid: Consejo Económico y Social. 2008.
- «Una nueva vuelta de tuerca en la doctrina sobre la garantía de indemnidad: de la represalia prohibida al perjuicio irrogado». *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 6, pp. 13-30. 2012.
- «Los derechos fundamentales inespecíficos: líneas de tendencia recientes en la doctrina del Tribunal Constitucional». En: Ana María Chocrón Giráldez (coord.),

- María Dolores Ramírez Bendala (coord.), Esperanza Macarena Sierra Benítez (coord.), María José Cervilla Garzón (coord.), Cristina Sánchez-Rodas Navarro (dir.), Eva Garrido Pérez (dir.), *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, pp. 191-208. Murcia: Laborum. 2016.
- IGLESIAS CABERO, M.: *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto*. Madrid: Civitas. 1991.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW: *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*. <https://cutt.ly/xyeptU7>. 2010.
- JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M.: «La tutela judicial efectiva luces y sombras». En: *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración universal de los derechos humanos*, pp. 317-338. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 1999.
- LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E., y URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M.: «Garantías de los trabajadores designados para las labores preventivas». *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 30, pp. 120-136. 2014.
- LASAOSA IRIGOYEN, E.: «Cesión ilegal de trabajadores y garantía de indemnidad. Comentario de la STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 2006 (AS 2007, 2144)». *Aranzadi social*, núm. 3, pp. 3011-3015. 2007.
- LEITE DE CARVALHO, A. C.: *Garantía de indemnidad en Brasil: una cuestión de efectividad del derecho de acción* [tesis doctoral no publicada, Universidad de Castilla-La Mancha]. <https://cutt.ly/7yepGHw>.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: «A vueltas con la calificación del despido por enfermedad». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 209, pp. 183-211. 2018.
- LÓPEZ BALAGUER, M.: «Libertad de expresión y redes sociales: ¿es posible sancionar al trabajador por publicaciones de contenido privado ajenas al trabajo?». *Temas Laborales*, 146, pp. 95-120. 2019.
- LÓPEZ CALERA, N. M.: *Introducción a los Derechos Humanos*. Granada: Comares. 2000.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: «Despido con vulneración de la tutela judicial efectiva. Comentario a la STC 140/1999, de 22 de julio». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVII*, pp. 183 y siguientes. Madrid: Civitas. 1999.
- «Despido con vulneración de la tutela judicial efectiva. Comentario a la STC 191/1999, de 25 de octubre». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVII*, pp. 287 y ss. Madrid: Civitas. 1999.
- «Huelga en las contratas y subcontratas». *Gómez Acebo & Pombo*. <https://cutt.ly/AyegaU9>. Publicado el 27.04.2017. Recuperado el 17.05.2020.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Represalias sindicales en acceso al empleo, y carga de su prueba. Comentario de la STC 183/2017, de 10 de septiembre». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, (2), pp. 139-148. 2009.

- «Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de los sexos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social». *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 25 (Ejemplar dedicado a: Igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales = *Berdintasuna eta diskriminaziorik eza lan harremanetan, generoa dela medio*), pp. 231-265. 2011.
- «El trabajo a tiempo parcial en el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 162, pp. 127-140. 2014.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., y CABEZA PEREIRO, J.: «Las últimas elaboraciones constitucionales sobre la garantía de indemnidad del trabajador: el caso de los veterinarios de la Xunta de Galicia». *Aranzadi Social*, 5, pp. 575-586. 2006.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., y RON LATAS, R. P.: *La protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (Whistleblowing)*. Albacete: Editorial Bomarzo. 2020.
- MALDONADO MONTOYA, J. P.: «Profesores de religión en centros públicos de enseñanza». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 393-418, 2015.
- MALDONADO MONTOYA, J. P., y FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.: «Profesores públicos de religión». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 651-702. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: «La prueba en los despidos pluricausales: posición del Tribunal Constitucional». *Actualidad Laboral*, 14. 2008.
- MARÍN GÁMEZ, J. Á.: «Aproximación a la problemática jurídico-constitucional del arbitraje». *Derecho Privado y Constitución*, 16, pp. 223-258. 2002.
- MARÍN MARÍN, J.: «La garantía de indemnidad del trabajador en el ejercicio de sus derechos». En: Juan José Nicolás Guardiola (coord.), César Augusto Giner Alegría (coord.), Víctor Meseguer Sánchez (dir.), Manuela Avilés Hernández (dir.) y Pascual Martínez Ortiz (pr.), *Empresas, Derechos Humanos y RSC: Una mirada holística desde las Ciencias Sociales y Jurídicas*, pp. 391-403. Navarra: Aranzadi. 2016.
- MARÍN MARÍN, J., y FONTES BASTOS, M. D.: *Prontuario jurídico del trabajo doméstico asalariado y guía de buenas prácticas*. Murcia: Murcia Acoge. 2007.
- MARÍN MORAL, I.: «Despidos sucesivos en el tiempo: calificación, indemnización, error excusable en la consignación e inexistencia de garantía de indemnidad». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 1, núm. 18, pp. 51-61. 2009.
- MARTÍN DIZ, F.: «El derecho fundamental a la justicia: revisión integral e integrador del derecho a la tutela judicial efectiva». *UNED. Revista de Derecho Político*, 106, pp. 13-42. 2019.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, M. O.: «Relación laboral especial de residencia con fines de especialización sanitaria». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 223-266, 2015.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «Los derechos a tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo en la jurisdicción social: Incidencia de la crisis económica». *Revista*

- Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 15 (Ejemplar dedicado a: *Derecho del trabajo, constitución y crisis económica: Estudios en homenaje al Profesor Fernando Valdés Da-Ré*), pp. 297-320. 2014.
- MARTÍNEZ FONS, D.: «La interpretación extensiva del alcance de la garantía de indemnidad en las relaciones laborales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2006, de 19 de enero». *Iuslabor*, 2. 2006.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Un nuevo caso de despido radicalmente nulo, ahora por violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Comentario a la STC 14/1993, de 18 de enero». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XI*, pp. 59-63. Madrid: Civitas. 1993.
- «La tutela cautelar en la jurisdicción social». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 194, pp. 23-53. 2017.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., y ARUFE VARELA, A.: *La desregulación de la protección contra el despido en las pequeñas empresas*. La Coruña: Netbiblo. 2010.
- MARTÍNEZ MERINO, G.: «La garantía de indemnidad en Chile: análisis normativo y comparativo desde el Derecho Comparado y el Common Law». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 19 (2), pp. 333-353. 2012.
- MARTÍNEZ MORENO, C., y GARCÍA RODRÍGUEZ, B.: «La tutela jurisdiccional frente al acoso laboral. Una aproximación al estado de la cuestión». En: Manuel Correa Carrasco (coord.), *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, pp. 217-234. Cizur Menor: Editorial Aranzadi. 2006.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: «El Tribunal Constitucional otorga el amparo a un “proto-whistleblower” (la STC 146/2019, de 25 de noviembre, como contrapunto a la STC 126/2003, de 30 de junio)». *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/01/el-tribunal-constitucional-otorga-el.html>. Publicado el 20.01.2020. Recuperado el 09.06.2020.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: «Derecho individual». *Revista Galega de Dereito Social - 2.ª Etapa: (RGDS)*, 4, pp. 133-152. 2017.
- MARX, K.: *Crítica del Programa de Gotha*. Madrid: Fundación Federico Engels. 2004 (originalmente publicado en 1875).
- *El Capital* (trad. Vicente Romano García). Madrid: Akal. 2014 (originalmente publicado en 1867).
- MARZI MUÑOZ, D.: «¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la Reforma Laboral». *Anuario de Derechos Humanos*, 11, pp. 131-139. 2010.
- MATEOS ALONSO, R.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 10 de octubre de 2019, relativa al despido nulo de un trabajador fijo discontinuo por vulneración de la garantía de indemnidad». *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 66. 2020.

- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., y GARCÍA DE LA ROJA, C.: «La relación laboral especial de los estibadores portuarios». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 385-433. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.
- MEANA CUBERO, M. T.: «Tutela de derechos fundamentales en el proceso laboral. SJS núm. 2 Tarrasa 20 noviembre 2012 (AS 2012, 2510)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 6 (2), pp. 257-264. 2013.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: «§138. El trabajador que apoya, de manera formal o informal, a quien ha sido discriminado, tiene derecho a la protección frente a represalias del empresario. Sentencia TJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18». *Blog Encuentros Laborales*. <http://encuentroslaboral.blogspot.com/2019/09/138-el-trabajador-que-apoya-de-manera.html>. Publicado el 16 de septiembre de 2019. Recuperado el 28.05.2020.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., y PALOMINO SAURINA, P.: «La relación del personal al servicio del hogar familiar». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 131-170. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.
- MELLA MÉNDEZ, L.: «Garantía de indemnidad: sentencias clave en la progresiva configuración autónoma de la misma (1999-2010)». En: Antonio Pedro Baylos Grau, Jaime Cabeza Pereiro, Jesús Cruz Villalón y Fernando Valdés Dal-Ré (Eds.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010: libro homenaje a María Emilia Casas*, pp. 841-873. Madrid: La Ley. 2015.
- MERCADER UGUINA, J. R.: «La tutela judicial como derecho fundamental sustantivo: la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional». En: José Luis Gil y Gil, José Manuel del Valle Villar y Juan Antonio Sagardoy Bengoechea (Eds.), *El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, pp. 461-492. Madrid: Cinca. 2009.
- «Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y «canon reforzado» de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional». En: María de la Consolación Arranz de Andrés y Margarita Serna Vallejo (Eds.), *Estudios de Derecho español y europeo: libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, pp. 635-656. Santander: Universidad de Cantabria. 2009.
- «El régimen laboral del “Compliance officer”: un camino por andar». *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 38, pp. 114-119. 2018.
- MILIONE FUGALI, C.: «La interpretación del art. 47 CDFUE como expresión de la labor hermenéutica del Tribunal de Luxemburgo en la construcción de un estándar europeo de protección de los derechos». *Teoría y realidad constitucional*,

- núm. 39 (Ejemplar dedicado a: Monográfico: El TJUE como actor de constitucionalidad), pp. 655-674. 2017.
- MIÑARRO YANINI, M.: «La degradación profesional en represalia por el ejercicio de funciones sindicales. En torno a la STC 188/2004, de 2 de noviembre». *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 174, pp. 53-61. 2005.
- MIRANDA BOTO, J. M.: «Algo de ruido. ¿cuántas nueces? la nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho Español». *Temas Laborales*, núm. 149, pp. 71-100. 2019.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «La garantía de indemnidad de la trabajadora embarazada frente a los despidos injustificados». *Diario La Ley*, 6615, pp. 1-5. 2006.
- «Actualidades y críticas del convenio 158 OIT en los derechos europeos: ¿El renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo)?». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. extra (Ejemplar dedicado a: Conmemoración del Centenario de la OIT), pp. 124-180. 2019.
- MONEREO ATIENZA, C.: «Falta de renovación de falso contrato arrendaticio y garantía de indemnidad. Comentario a la STC 16/2006, de 19 enero (RTC 2006, 16)». *Aranzadi Social*, 5, pp. 891-904. 2006.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: «La subcontratación como instrumento de descentralización productiva y su incidencia jurídico-laboral (parte 2)». *Revista Direito Das Relações Sociais e Trabalhistas*, 2 (1), pp. 136-169. 2016.
- MONTERO AROCA, J.: *Los tribunales de trabajo (1908-1938). Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*. Valencia: Universidad de Valencia. 1976.
- «Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial». *Derecho Privado y Constitución*, 8, pp. 251-296. 1996.
- MONTOYA MELGAR, A.: «Lo discrecional, lo arbitrario y lo discriminatorio en la extinción de las relaciones del personal estatutario del INSALUD». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Tomo XVI*, pp. 231-234. Madrid: Civitas. 1999.
- «Un nuevo caso de interpretación desmedida del alcance de los derechos fundamentales: el enjuiciamiento de una cuestión retributiva desde la óptica de la libertad sindical». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Tomo XVI*, pp. 263-268. Madrid: Civitas. 1999.
- «La declaración testifical como pretendido ejercicio del derecho a la libre comunicación de información veraz; más un par de temas procesales añadidos». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Tomo XVI*, pp. 269-273. Madrid: Civitas. 1999.
- «Despido en represalia por haber ejercitado el trabajador el derecho a la tutela judicial efectiva. Comentario a la STC 101/2000, de 10 de abril». En: Manuel

- Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII*, pp. 201 y ss. Madrid: Civitas. 2000.
- «La no conversión en indefinido de un contrato de trabajo temporal como supuesta represalia frente al ejercicio de la libertad de expresión. Comentario a la STC 80/2011, de 26 de marzo». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XIX*, pp. 95-99. Madrid: Civitas. 2001.
 - «Sanción disciplinaria, ejecución de sentencia y tutela judicial efectiva. Comentario a la STC 5/2003, de 20 de enero». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XXI*, pp. 27 y siguientes. Madrid: Civitas. 2004.
 - «Garantía de indemnidad en caso de reclamación extrajudicial presentada por abogado del trabajador. Comentario a la STC 55/2004, de 19 de abril de 2004». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XXII*, pp. 139-146. Cizur Menor: Civitas. 2004.
 - «Contratas, derechos fundamentales y “desbordamiento” de la jurisdicción constitucional». *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 149, pp. 211-224. 2011.
 - *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos. Cuadragésima Edición. 2019.
- MORALES FERNÁNDEZ, M. G.: *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: la mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*. Sevilla: Hispalex. 2014.
- MORÁN ROA, S.: «La protección jurídica del trabajador reclamante: la garantía de indemnidad». *FORELAB*. <https://cutt.ly/yyegQNn>. 2017.
- MORARU, G.-F.: «El derecho a la libertad de expresión en las relaciones laborales. A propósito de la STC 146/2019, de 25 de noviembre de 2019». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 229, pp. 273-287. 2020.
- MOREIRA DELGADO, U.: *Derecho al trabajo y garantía de indemnidad: una mirada crítica desde el derecho español como contribución al avance de la protección contra el despido arbitrario en Brasil* [tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha]. Repositorio Universitario Institucional de Recursos Abiertos, UCLM. <https://cutt.ly/lyepVgt>. 2019.
- MOYA AMADOR, R.: «La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la ley reguladora de la jurisdicción social». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 10, pp. 115-144. 2013.
- MUÑOZ ARANGUREN, A.: *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*. Madrid: Marcial Pons. 2018.
- MUÑOZ CUESTA, J.: «Cuestiones esenciales para evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica». *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, pp. 39-49. 2017.

- MURCIA CLAVERÍA, A.: «La reducción de jornada como modificación sustancial de condición de trabajo, el principio de voluntariedad del contrato a tiempo parcial y la garantía de indemnidad». *Nueva Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 203, pp. 271-278. 2017.
- NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: «Desistimiento en periodo de prueba y accidente de trabajo: la criticable prevalencia de la libertad de empresa en supuestos de incumplimiento de medidas preventivas». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 6 (2), pp. 281-303. 2013.
- NEVADO FERNÁNDEZ, M. J., y CABERO MORÁN, E.: «Ejecución de sentencias laborales y tutela judicial efectiva». *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 317-354. 1994.
- NICOLÁS FRANCO, A.: «La garantía de indemnidad. Breve comentario con ocasión de la STC 265/2000, de 13 de noviembre». *Aranzadi Social*, 4, pp. 3045-3050. 2000.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «El binomio “acción-reacción”: evolución y últimas tendencias sobre la garantía de indemnidad». *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 132, pp. 907-956. 2006.
- «La garantía de indemnidad en tiempos de “vacas locas” o el caso de los veterinarios de la STC 16/2006». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 11, pp. 13 y siguientes. 2006.
- NÚÑEZ MARTÍNEZ, M. A.: «El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20 de la Constitución Española». *Revista de Derecho UNED*, 3, pp. 289-317. 2008.
- OJEDA AVILÉS, A.: «Sobre el libre arbitrio judicial en los procesos de trabajo». *Revista de Política Social*, 92, pp. 59-99. 1971.
- OLARTE ENCABO, S.: «Las relaciones laborales triangulares en el marco de la reforma de 2012». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 6 (2), pp. 141-172. 2013.
- «El control empresarial de la prestación laboral en las contratas y subcontratas». *Temas Laborales*, núm. 150, pp. 249-271. 2019.
- ORDEÑANA GEZURAGA, I.: «La garantía de indemnidad en cuanto a construcción del Tribunal Constitucional y su contribución a la mejora del derecho de acción en el derecho jurisdiccional laboral». En: Juan Luis Gómez Colomer, Silvia Barona Vilar, María Pía Calderón Cuadrado (coords.) y Juan Montero Aroca (hom.), *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango: Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, pp. 641-668. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «¿Ciudadanos, soplones y príncipes clementes en una sociedad democrática?». *Revista de Derecho UNED*, 21, pp. 41 a 71. 2017.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: *Introducción al Derecho procesal*. Madrid: Marcial Pons. 2013.
- OROZCO PARDO, G.: *La interrupción de la prescripción extintiva en el derecho civil* [tesis doctoral, Universidad de Granada]. <https://digibug.ugr.es/handle/10481/6357>. 1984.
- ORTIZ LALLANA, C.: «Derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales. Comentario a la STC 168/1999, de 27 de septiembre». En: Manuel Alonso

- Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVI*, pp. 248 y siguientes. Madrid: Civitas. 1999.
- ORTIZ PRADILLO, J. C.: «El difícil encaje del delator en el proceso penal español (1)». *Diario La Ley*, 8560. 2015.
- PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. R.: «Ars defendendi (memorias de un abogado penalista)». *Revista Abogacía Española*, 106. 2017.
- PALOMAR OLMEDA, A.: «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la relación especial de los abogados (STS Contencioso, Sección 4.ª, de 16 de diciembre de 2008 [RJ 2008, 5991])». *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7, pp. 11-19. 2009.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Los derechos laborales en la Constitución Española*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid. 1991.
- PALOMINO SAURINA, P.: «La relación laboral especial de penados en instituciones penitenciarias: cuestiones cruciales». *Aranzadi Social*, núm. 5, pp. 587-602. 2006.
- «La relación laboral especial de abogados». *Información Laboral*, núm. 2, pp. 17-32. 2012.
- «La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar». *Información Laboral*, núm. 5, pp. 23-34. 2012.
- «Peculiaridades de la relación laboral especial de los artistas». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 30, pp. 247-268. 2013.
- PASQUAU LIAÑO, M.: «Precedente, jurisprudencia y motivación de las sentencias». En: Francisco Balaguer Callejón y Estanislao Arana García (Eds.), *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela, vol. 1*, pp. 135-150. Madrid: Thomson Reuters-Civitas. 2014.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: «Derechos Fundamentales». *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 2, pp. 7-34. 1987.
- PEDRAJAS MORENO, A.: «Derecho a la presunción de inocencia y proceso de trabajo». *Derecho Privado y Constitución*, 4, pp. 223-272. 1994.
- PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T.: «La nueva relación laboral especial de residencia para la formación de especialista en Ciencias de la Salud (RD 1146/2006, de 6 de octubre. BOE de 7 de octubre)». *Revista Pediatría de Atención Primaria*, vol. 8, núm. 32, pp. 127-138. 2006.
- PEÑACOBIA RIVAS, E., y VIDAL LÓPEZ, P.: «Garantía de indemnidad: necesaria conexión causal de una represalia empresarial con la conducta del trabajador de ejercicio del derecho a la tutela judicial, o preparativa o previo al mismo». *La Ley Digital*, 4083, pág. 8. 2014.
- PÉREZ CAMPOS, A. I.: «El arbitraje laboral». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 123, pp. 133-156. 2016.
- PÉREZ DEL PRADO, D.: «Algunas reflexiones sobre la discriminación por asociación». *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2019/10/algunas-reflexiones-sobre-la.html>. Publicado el 24.10.2019. Recuperado el 09.06.2020.

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

- PÉREZ HERNÁNDEZ, A. I.: «Despido por falso testimonio del trabajador contra la empresa». *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, núm. 147, pp. 76-77. 2019.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La interpretación de la Constitución». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169, pp. 21-54. 2014.
- PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F.: «Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad. Comentario a la STC 54/1995, de 24 de febrero». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XIII*, pp. 130 y siguientes. Madrid: Civitas. 1995.
- «Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (garantía de indemnidad) y a la igualdad». *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 81, pp. 109-111. 1997.
- POLO SÁNCHEZ, M. C.: «Igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al trabajo». *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 22, pp. 16-23. 2008.
- POQUET CATALÁ, R.: «Criterios de selección, prioridad de permanencia, prohibición de discriminación y trabajadoras embarazadas». *Revista de Información Laboral*, 10, pp. 63-82. 2018.
- PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: «Huelga y subcontratas. El caso Altrad Rodisola». *Rojo y negro*. <https://cutt.ly/iyegPsA>. Publicado el 15.03.2017. Recuperado el 04.07.2020.
- «Extinción del contrato de trabajo de empleada de hogar embarazada por desistimiento empresarial. Nulidad. STS-SOC núm. 77/2020, de 29 de enero». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4. 2020.
- PURCALLA BONILLA, M. Á.: «Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial por razón de sexo)». *Aranzadi Social*, 5, págs. 931-972. 2004.
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: «Extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 164, pp. 335-354. 2014.
- QUINTERO LIMA, M. G.: «A vueltas con la naturaleza de la relación laboral de los entrenadores y los efectos de su extinción. STSJ Cataluña 4 diciembre 2013 (JUR 2014, 22784)». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 167, pp. 233-243. 2014.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «Sustitución de huelguistas en supuestos de contratas y de empresas de trabajo temporal». *Actualidad laboral*, núm. 6, pp. 673-679. 2014.
- RAMOS MORAGUES, F.: «Profesores de formación profesional. Despido por falta de llamamiento al reanudarse la actividad y externalización del servicio. STSJ Galicia 21 diciembre 2012 (AS 2013, 1077)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 6, núm. 4, pp. 217-225. 2013.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española* (actualización de 2019 de la edición del tricentenario). <https://bit.ly/333ASh8>. 2019.

- REBOLLO VARGAS, R.: «Los otros límites al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información: buena fe, honor de la empresa y deber de lealtad al empresario». *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 4, pp. 241-264. 1998.
- RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «La relación laboral especial de los empleados de hogar». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 49-78, 2015.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M. L.: «Garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada: un límite al poder de dirección empresarial... ¿con efectos perversos?». *Temas Laborales*, 103, pp. 209-218. 2010.
- «Finalización “ante tempus” de la relación laboral del deportista profesional y lesión de derecho fundamental». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 6, pp. 213-219. 2013.
- «Limitaciones del derecho al desistimiento en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar. Cuantía indemnizatoria y reparación por daños morales de la trabajadora embarazada». *Temas Laborales*, 146, pp. 211-222. 2019.
- RODRÍGUEZ ELORRIETA, N.: «El falso autónomo: características y medidas encaminadas a su protección». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, pp. 163-184. 2016.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La extensión de la garantía de indemnidad a testigos informales de situaciones de discriminación por razón de sexo». *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 61, pp. 54-65. 2020.
- RODRÍGUEZ REY, F.: «El derecho a la tutela judicial efectiva». En: Juan Carlos Gavara de Cara (Ed.), *Constitución: desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, pp. 163-190. Barcelona: Bosch. 2004.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: «La dimensión organizativa empresarial como factor condicionante en el ejercicio de los derechos laborales». *Documentación Laboral*, 107, pp. 47-73. 2016.
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: «La protección de los informantes –whistleblowers– y las garantías de los investigados. Análisis de la propuesta de directiva de la Unión Europea y en España de la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes». *Revista de estudios europeos*, núm. extra 1, pp. 225-245. 2019.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Mercedes: «Garantía de indemnidad, actuaciones preprocesales del abogado y libertad de expresión». *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, pp. 55-66. 2004.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio de poder disciplinario». *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, pp. 15-26. 2003.
- «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales». En: Tomás Sala Franco, Juan Manuel Ramírez Martínez y Efrén Borrajo Dacruz (Eds.), *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*, pp. 635-662. Madrid: La Ley. 2003.

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

- «La constitucionalidad de la consignación de la condena en los recursos de suplicación y casación social». *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, pp. 279-291. 2017.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F., y CASAS BAAMONDE, M. E.: «Derecho de las relaciones laborales y Constitución». *Derecho de Las Relaciones Laborales*, 11, pp. 1169-1176. 2018.
- ROJAS ROSCO, R.: «Labour Compliance: Hacia el nuevo Estatuto Laboral del Compliance Officer». *El derecho*. <https://cutt.ly/cyegGdN>. Publicado el 22.11.2016. Recuperado el 17.05.2020.
- ROJO TORRECILLA, E.: «Vulneración de la garantía de indemnidad. Contratación administrativa irregular. Nulidad del despido. Nota a la sentencia del TS de 17 de junio». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/09/vulneracion-de-la-garantia-de.html>. Publicado el 23.09.2015. Recuperado el 30.05.2020.
- «Movilidad geográfica tras despidos nulos. Traslados declarados nulos y cierre del centro de trabajo. Un buen conflicto jurídico. Notas a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao de 2 de febrero (caso Zardoya-Otis)». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/02/movilidad-geografica-tras-despidos.html>. Publicado el 14.02.2016. Recuperado el 30.05.2020.
- «Nulidad del despido por vulneración de derecho fundamental. Necesidad de pronunciamiento aunque exista nulidad formal. Nota a la sentencia del TS de 16 de marzo de 2016». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/05/nulidad-del-despido-por-vulneracion-de.html>. Publicado el 13.05.2016. Recuperado el 30.05.2020.
- «El (no) encaje de una modificación normativa de la Ley General de Seguridad Social en una Ley de Presupuestos Generales. Sobre el acceso al subsidio por desempleo de algunos liberados de prisión. Una nota a la Sentencia del TC núm. 123/2016 de 23 de junio». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <https://cutt.ly/vyegLCJ>. Publicado el 06.08.2016. Recuperado el 17.05.2020.
- «Sobre cesión ilegal de mano de obra, por una parte, y (no) vulneración de la garantía de indemnidad, por otra. Notas a una polémica sentencia del TS de 26 de octubre de 2016 (con voto particular parcialmente discrepante de cuatro magistrados)». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/11/sobre-cesion-ilegal-de-mano-de-obra-por.html>. Publicado el 25.11.2016. Recuperado el 30.05.2020.
- «Protección radical de la trabajadora víctima de violencia de género, despedida por dicho motivo aunque no sea esta la alegación empresarial. Una nota a la

- sentencia del JS núm. 33 de Madrid de 24 de enero de 2018». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <https://cutt.ly/uyegCgw>. Publicado el 09.02.2018. Recuperado el 17.05.2020.
- «Sobre la legalidad de la huelga profesional-política (“mixta”). A propósito de la sentencia del TSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2018 (caso huelga general 8.11.2017)». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <https://cutt.ly/wyeg0aK>. Publicado el 10.05.2018. Recuperado el 17.05.2020.
- «Universidad. Profesor asociado. ¿Qué efectos tiene la nulidad del despido sobre su contrato y sobre la gestión organizativa de plazas del Departamento? Una nota a la sentencia del TSJ de Madrid de 12 de abril de 2018». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/05/universidad-profesor-asociado-que.html>. Publicado el 20.05.2018. Recuperado el 30.05.2020.
- «Sigue la saga universitaria. Despido nulo. Contratos de ayudante doctor y posteriores contratos de profesor visitante. Notas a la sentencia del TSJ de Madrid de 21 de septiembre de 2018». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/10/sigue-la-saga-universitaria-despido.html>. Publicado el 10.10.2018. Recuperado el 30.05.2020.
- «Sigue la saga universitaria. Despido nulo de profesor asociado por vulneración del derecho fundamental a la garantía de indemnidad. Notas a la sentencia del TSJ de Madrid de 28 de junio de 2019». *El blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas relaciones laborales*. <https://cutt.ly/iyeg9Pl>. Publicado el 29.08.2019. Recuperado el 17.05.2020.
- ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «El impacto del convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 6, núm. 7 (noviembre), pp. 57-91. 2013.
- «Derechos de información, consulta y crédito horario del delegado de prevención a la luz de la Jurisprudencia». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 209, pp. 23-59. 2018.
- ROVIRA VIÑAS, A.: *El abuso de los derechos fundamentales*. Universidad Autónoma de Madrid. 1980.
- RUBIO SÁNCHEZ, F.; GARCÍA SILVERO, E. A.; GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M., y SCHNEIDER, C.: «La relación laboral especial de los deportistas profesionales». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 227-278. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.

- SÁEZ LARA, C.: «Externalización productiva y tutela de los trabajadores». *Documentación Laboral*, 107, pp. 11-28. 2016.
- «Libertad de expresión de los trabajadores, tutela internacional y protección en España de los *whistleblowers*». *Temas Laborales*, núm. 145, pp. 243-280. 2018.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.; ALONSO OLEA, M., y GUERRERO OSTOLAZA, J. M.: *El contrato de trabajo del deportista profesional*. Madrid: Civitas. 1991.
- SALA FRANCO, T.: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*. Vizcaya: Ediciones Deusto. 1990.
- SALAH PALACIOS, E.: *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1981-2014*. Madrid: Cultiva Libros. 2015.
- SALAZAR BENÍTEZ, O.: «El acceso a la jurisdicción como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva». En: *Estudios de Derecho Público: homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, pp. 884-896. Madrid: Editorial Tecnos. 1997.
- SALIDO BANÚS, J. L.: «Nulidad del despido por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Principio de indemnidad)». SJS Núm. 33 Barcelona 9 septiembre 2014 (AS 2014, 2176)». *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 173, pp. 329-340. 2015.
- SALIDO BANÚS, J. L., y GELPÍ JORBA, J. I.: «Representantes de comercio laborales: régimen jurídico y su diferenciación con otras figuras afines». En: Ángel Arias Domínguez (coord.), Antonio Vicente Sempere Navarro (dir.), Miguel Cardenal Carro (dir.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, pp. 319-347. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.
- SAMPEDRO GUILLAMÓN, V.: «La garantía de indemnidad en la subcontratación: de nuevo el caso Samoa. Comentario a la STC 75/2010 de 19 de octubre». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 25, pp. 221-236. 2011.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Trabajo femenino: la desigualdad como factor de precariedad». En: Carlos Ramón Fernández Liesa y Castor Miguel Díaz Barrado (dir.), y Diana Marcela Verdiales López (coord.), *El trabajo decente y las aportaciones de la Comunidad Internacional*, pp. 113-128. Editorial Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria. 2020.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., y SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*. Cizur Menor: Aranzadi. 2011.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J. A.: «Los canales de denuncia (I)». *Testigo de Cargo*, 49, pp. 48-50. 2019.
- SÁNCHEZ RUBIO, D.: «Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos». *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, 33, pp. 99-133. 2015.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *La relación laboral del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares. Coordinadas y peculiaridades de su régimen jurídico*. Universidad de Murcia, 1996.

- «La relación laboral del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 355-392, 2015.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., y CUADROS GARRIDO, M. E.: «Autodeterminación informativa: un derecho en alza». *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 8, pp. 85-127. 2019.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., y FOLGOSO OLMO, A.: «Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa: STJUE (Sala Tercera) de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18)». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5. 2019.
- «Extensión de la doctrina de la discriminación por asociación a otros derechos fundamentales: STSJ de Las Palmas de Gran Canaria-SOC núm. 882/2019, de 29 de agosto». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6. 2019.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., y GALLEGO MOYA, F.: «¿Medida cautelar para posponer el reintegro de prestación litigiosa? ATS-SOC núm. 4182/2019, de 8 de abril». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 3. 2019.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., y GÓNZÁLEZ DÍAZ, F. A.: «La articulación de la mediación, conciliación y arbitraje en la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo». *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, núm. 2, pp. 6-29. 2017.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Alta dirección laboral en el sector público: La nueva relación laboral especial “con peculiaridades” de alta dirección en el empleo público tras el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; RD 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades (BOE de 6 de marzo) y Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de marzo, por el que se acuerda el Plan de Reestructuración y Racionalización del sector público empresarial y del sector fundacional estatal». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 155. 2012.
- «Estatuto jurídico del alto directivo laboral. Nuevas perspectivas en el ámbito privado y en el ámbito público». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, pp. 15-48, 2015.
- SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Garantía de indemnidad o inejecución anticipada de Sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos (comentario a las SSTC 196, 197 y 199/2000)». *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, pp. 691-704. 2000.
- «El artículo 24.1 CE, en particular, el canon reforzado de motivación cuando queda comprometido un derecho fundamental sustantivo». *Diario La Ley*, 7288. 2009.
- SARAZÁ JIMENA, R.: *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Universidad de La Rioja. 2008.

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

- SEGALÉS FIDALGO, J.: «Las garantías de indemnidad frente a los poderes empresariales causadas por el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador; una reseña sobre las STC 140 y 168 de 1999». *Revista de Derecho Social*, 8, pp. 121-138. 1999.
- SEGALÉS FIDALGO, J., y ZAPIRAIN BILBAO, A.: «Discrecionalidad empresarial y encubrimiento de decisiones anticonstitucionales. Consideraciones acerca de la prueba de indicios». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 17. 2003.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia género, discapacitados, jubilados forzosos)». *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1 (14), pp. 11-21. 2008.
- «Ocho preguntas sobre Relaciones Laborales Especiales». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 746. 2008.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.; ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., y ARETA MARTÍNEZ, M.: «Presentación del número 6 de la Revista de Jurisprudencia Laboral». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6. 2019.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva». En: Antonio Vicente Sempere Navarro (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, pp. 273-327. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2003.
- «Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva». *Nuevos problemas de la negociación colectiva. XVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, pp. 23-90. Madrid: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2004.
- SERRANO MORENO, J. L.: «La clasificación de los derechos constitucionales y el ejercicio abusivo de derechos fundamentales». *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 54, pp. 275-303. 2006.
- SIERRA HERNÁIZ, E.: «La garantía de indemnidad (Comentario al caso Coote del TJCE (STJCE 22 Septiembre 1998, TJCE 1998, 207)». *Aranzadi Social*, 3, pp. 2617-2620. 1998.
- «El menoscabo de la dignidad del trabajador como causa de extinción indemnizada del contrato de trabajo (artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores)». *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 43, pp. 73-94. 2020.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales». *Revista de Estudios Políticos*, 71, pp. 87-110. 1991.
- SUÁREZ FERNÁNDEZ, A.: «Caducidad de la acción y tutela judicial efectiva en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo (Sentencia del Tribunal Constitucional 214/2002, de 11 de noviembre)». En: Tomás Sala Franco, Juan Manuel Ramírez Martínez y Efrén Borrajo Dacruz (Eds.), *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*, pp. 663-682. Madrid: Wolters Kluwer. 2003.

- TALÉNS VISCONTI, E. E.: «Despido de un trabajador por comentarios contra la empresa vertidos en internet. Comentario a la STSJ Madrid de 16 de diciembre de 2013». *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 35, pp. 341-351. 2014.
- TASCÓN LÓPEZ, R.: «Ampliación de la garantía de indemnidad del trabajador por la reclamación de sus derechos: ahora sobre los actos previos no necesarios para acceder al proceso (Comentario a la STCo 55/2004, de 19 de abril)». *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 256, pp. 173-186. 2004.
- «Un requisito previo para la igualdad en el proceso: la garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones como premisa para conseguir la igualdad real en el seno del proceso laboral». *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales. Actas del XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lleida, 29 y 29 de mayo de 2004*, pp. 1203-1221. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. 2005.
- TODOLÍ SIGNES, A.: «El TJUE otorga la máxima protección a trabajadores que defienden a una víctima de discriminación por embarazo». *Argumentos en Derecho Laboral. Blog coordinado por Adrián Todolí*. <https://adriantodoli.com/2019/09/17/el-tjue-otorga-la-maxima-proteccion-a-trabajadores-que-defienden-a-una-victima-de-discriminacion-por-embarazo/> Publicado el 17.09.2019. Recuperado el 09.06.2020.
- «La garantía de indemnidad ante denuncias en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social e internas en la empresa: análisis de un quiero y (a veces) no puedo en la doctrina judicial». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, núm. 449-450, pp. 89-114. 2020.
- TOLOSA TRIBIÑO, C.: «La Ley 39/2015 y su aplicación en el ámbito laboral». *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 41, pp. 102-129. 2017.
- TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: «La garantía de indemnidad del trabajador y carga probatoria del empresario ante despido disciplinario. Comentario a la STC 198/2001, de 4 de octubre». En: Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Eds.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social. Tomo XVIII*, pp. 353 y siguientes. Madrid: Civitas. 2000.
- «La garantía de indemnidad en el ejercicio de los derechos laborales: sentencia TC 14/1993 de 18 de enero». En: Joaquín García Murcia y Diego Álvarez Alonso (coords.), *Derechos del trabajador y libertad de empresa: 20 casos de jurisprudencia constitucional*, pp. 647-692. Cizur Menor: Aranzadi. 2013.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., y VALENCIANO SAL, A.: *Derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores*. Albacete: Bomarzo. 2016.
- URESTE GARCÍA, C. R.: «Ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en la declaración de nulidad del despido disciplinario. Puntos críticos». En: *Encuentro de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con Magistrados/as de lo Social*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. 2017.

- URUEÑA, R.: «Autoridad algorítmica: ¿cómo empezar a pensar la protección de los derechos humanos en la era del “big data”?» *Latin American Law Review*, 2, pp. 99-124. 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Tutela judicial efectiva y acceso al proceso laboral». En: *El proceso laboral: estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, pp. 907-940. Valladolid: Lex Nova. 2001.
- «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio». *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, pp. 69-76. 2003.
- «La eficacia general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales: experiencias de derecho comparado». *Derecho de Las Relaciones Laborales*, 3, pp. 201-209. 2017.
- «Una aproximación al juicio de ponderación utilizado por el TC». *Derecho de Las Relaciones Laborales*, 9, pp. 941-952. 2018.
- VALLE MUÑOZ, F. A.: «La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario». *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, pp. 423-458. 2005.
- «La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario». *Revista de Derecho Social*, núm. 29, pp. 79-118. 2005.
- «La prohibición de discriminar al trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario: la garantía de indemnidad». *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales. Actas del XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lleida, 29 y 29 de mayo de 2004*, pp. 1223-1252. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. 2005.
- VELASCO PORTERO, M. T.: «Nulidad de despido colectivo que afecta a persona con reducción de jornada para el cuidado de menores, discapacitados o familiares: la información sobre los criterios de selección». *Temas Laborales*, núm. 144, pp. 197-210. 2018.
- «La protección de los trabajadores que apoyan a una víctima de discriminación laboral por razón de sexo». *Temas Laborales*, núm. 149, pp. 195-200. 2019.
- VICENTE BALLESTEROS, T.: «El derecho fundamental a los recursos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. Una visión crítica». *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 126. 2017.
- VICENTE PALACIO, M. A., y GARCÍA NINET, J. I.: «Efecto directo horizontal de las Directivas comunitarias. Medidas de represalia adoptadas por el empresario como reacción al ejercicio de una acción judicial por discriminación sexual». *Revista Del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 22, pp. 13-32. 2000.
- VICTORIA ROMO, A.: «Los indefinidos no fijos y la garantía de indemnidad. Presunciones a favor de la administración». *El Consultor de Los Ayuntamientos y de Los Juzgados: Revista Técnica Especializada de Administracion Local y Justicia Municipal*, 9, pp. 922-934. 2013.

- VIDAL LÓPEZ, P.: «No toda demanda judicial activa la “garantía de indemnidad”». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 919, p. 8. 2016.
- «¿Era realmente necesaria una Directiva europea de protección del “whistle-blower”?». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 956, p. 11. 2019.
- VILA TIERNO, F.: «Despido nulo y vulneración del derecho a la representación de los trabajadores. Libertad sindical y prioridad de permanencia». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 209, pp. 247-254. 2018.
- VIQUEIRA PÉREZ, C., y BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: «No hay deportistas de élite para el Derecho del Trabajo: la indemnización por término del contrato temporal. STS-SOC núm. 54/2020, de 23 de enero». *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4. 2020.
- VON KIRCHMANN, J. H.: *La ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Edit. Losada, S. A. 1949.
- ZAPIRAIN BILBAO, A. I.: «La oportunidad de la STC 149/2016 para aplicar la “exportabilidad de las garantías” de tutela de derechos fundamentales a las normas sobre evitación del proceso de la LRJS: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2016, de 19 de septiembre». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, núm. 406, pp. 191-195. 2017.

ANEXO I
RELACIÓN SISTEMÁTICA Y CRONOLÓGICA
DE LAS RESOLUCIONES ANALIZADAS

I. PRESUPUESTOS DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

A. Los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 11/1981
- STC 2/1982
- STC 18/1984
- STC 53/1985
- STC 177/1988
- STC 99/1994
- STC 66/1995
- STC 114/1995
- STC 151/1997

B. El derecho a la tutela judicial efectiva

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH de 6 de mayo de 1981, caso Bucholz
- STEDH de 19 de marzo de 1997, caso Hornsby

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 20/1981
- STC 39/1981

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

- STC 4/1982
- STC 13/1982
- STC 20/1982
- STC 26/1983
- STC 68/1983
- STC 69/1984
- STC 107/1984
- STC 51/1985
- STC 99/1985
- STC 5/1986
- STC 30/1986
- STC 113/1986
- STC 116/1986
- STC 33/1987
- STC 47/1987
- STC 55/1987
- STC 4/1988
- STC 27/1988
- STC 64/1988
- STC 81/1988
- STC 84/1988
- STC 95/1988
- STC 12/1989
- STC 14/1991
- STC 217/1991
- STC 30/1992
- STC 49/1992
- STC 107/1992
- STC 163/1992
- STC 226/1992
- STC 238/1992
- STC 45/1993
- STC 46/1993
- STC 171/1993
- STC 313/1993
- STC 4/1994
- STC 54/1994
- STC 104/1994
- STC 135/1994

- STC 172/1994
- STC 139/1995
- STC 162/1995
- STC 193/1996
- STC 17/1997
- STC 64/1997
- STC 105/1997
- STC 116/1998
- STC 63/1999
- STC 137/1999
- STC 167/1999
- STC 206/1999
- STC 214/1999
- STC 73/2000
- STC 96/2000
- STC 175/2001
- STC 199/2001
- STC 164/2002
- STC 214/2002
- STC 55/2004
- STC 62/2010

AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ATC 213/1982
- ATC 652/1986
- ATC 351/1989
- ATC 113/1999

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (JURISDICCIÓN SOCIAL)

- STS de 4 de marzo de 1981
- STS de 4 de octubre de 1983
- STS de 8 de octubre de 1985
- STS de 6 de mayo de 1988
- STS de 16 de febrero de 1993, RCU 1203/1992

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (OTRAS JURISDICCIONES)

- STS [Sala Primera] 955/1996 de 18 de noviembre, RC 3818/1992
- STS [Sala Segunda] 2099/2002, de 18 de diciembre de 2002, RC 1079/2001-P
- STS [Sala Primera] 123/2013, de 11 de marzo, RC 786/2010
- STS [Sala Primera] 629/2013, de 28 de octubre, RC 2096/2011

C. Libertad de expresión y derecho a comunicar información veraz

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside
- STEDH de 8 de julio de 1986, caso Lingens
- STEDH de 29 de febrero de 2000, caso Fuentes Bobo
- STEDH de 14 de marzo de 2002, caso De Diego Nafría

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 6/1982
- STC 120/1983
- STC 19/1985
- STC 153/1985
- STC 104/1986
- STC 165/1987
- STC 6/1988
- STC 107/1988
- STC 129/1989
- STC 240/1992
- STC 178/1993
- STC 99/1994
- STC 4/1996
- STC 106/1996
- STC 186/1996
- STC 190/1996
- STC 192/1999
- STC 213/2002
- STC 151/2004
- STC 198/2004
- STC 181/2006

- STC 203/2015
- STC 146/2019

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS [Sala Primera] 511/2016, de 20 julio, RC 3165/2014

II. FUNDAMENTOS

A. Fundamento histórico en la normativa española

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 38/1981
- STC 88/1985
- STC 32/1986
- STC 206/1987
- STC 55/1996

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (JURISDICCIÓN SOCIAL)

- STS de 16 de abril de 1952
- STS de 14 de junio de 1982
- STS de 9 de mayo de 1986
- STS de 8 de julio de 1986
- STS de 21 de diciembre de 1987
- STS de 17 de junio de 1988
- STS de 20 de febrero de 1989
- STS de 21 de marzo de 1989
- STS de 7 de noviembre de 1989
- STS de 11 de abril de 1990
- STS de 16 de mayo de 1990
- STS 19 de julio de 1990

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (OTRAS JURISDICCIONES)

- STS [Sala Primera] de 24 de marzo de 1992, rec. 353/1990

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

B. Génesis y caracterización técnica

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 7/1993, de 18 de enero
- STC 14/1993, de 18 de enero

C. Análisis teórico

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 11/1981
- STC 191/1998
- STC 14/1993
- STC 128/2002
- STC 55/2004
- STC 16/2006
- STC 44/2006
- STC 65/2006

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 36/2019, de 22 de enero, RCU 3701/2016

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Andalucía/Granada 1456/2015, de 29 de junio, rec. 2352/2014
- STSJ Cantabria 260/2016, de 15 de marzo, rec. 1065/2015

D. Fundamento axiológico

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJCE de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84, caso Johnston
- STJCE de 22 de septiembre de 1998, asunto C-185/1997, caso Coote
- STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, caso Hakelbracht y otros

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 38/1981
- STC 53/1985
- STC 120/1990
- STC 5/2003
- STC 192/2003
- STC 55/2004
- STC 87/2004
- STC 182/2005
- STC 146/2019

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Canarias/Las Palmas 882/2019, de 29 de agosto, rec. 531/2019

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS 33 de Madrid de 24 de enero de 2018

III. ELEMENTOS SUBJETIVOS**A. Sujeto accionante****1. Trabajador como elemento fundamental. Interpretación amplia****SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

- STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, caso Hakelbracht y otros

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ATC 219/2001
- SSTC 87/2004
- STC 298/2005
- STC 16/2006
- STC 44/2006
- STC 65/2006
- STC 92/2009

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS [Sala Tercera] de 17 de diciembre de 2002, rec. 1418/2000
- STS [Sala Tercera] de 19 de noviembre de 2008, RC 4049/2004
- STS [Sala Tercera] de 4 de octubre de 2010, rec. 473/2009
- STS [Sala Tercera] de 4 de marzo de 2013, rec. 304/2011
- STS [Sala Tercera] 457/2019, de 4 de abril, rec. 634/2017

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA (SOCIAL)

- STSJ Andalucía/Granada 1301/1995, de 5 de septiembre, rec. 600/1995
- STSJ Baleares 176/2012, de 27 de marzo, rec. 513/2011
- STSJ Asturias 2299/2016, de 8 de noviembre, rec. 2229/2016
- STSJ País Vasco 95/2017, de 17 de enero, rec. 2389/2016

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA (CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)

- STSJ Cataluña 812/2013, de 11 de julio, rec. 819/2011.
- STSJ Andalucía/Málaga 2782/2018, de 28 de noviembre, rec. 466/2018.

SENTENCIAS DE OTROS ÓRGANOS JUDICIALES

- STMC de 27 de febrero de 2019, rec. 29/2018
- STMC de 27 de marzo de 2019, rec. 147/2018
- STMC de 26 de septiembre de 2019, rec. 7/2018

2. Representante unitario o sindical

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ATC 219/2001
- STC 16/2006
- STC 44/2006
- STC 65/2006

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 24 de julio de 2014, RC 135/2013
- STS 526/2017, de 20 de junio, RC 253/2015

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Andalucía/Granada 2267/2015, de 18 de noviembre, rec. 2086/2015
- STSJ Valencia 871/2016, de 21 de abril, rec. 679/2016
- STSJ Andalucía/Málaga 820/2016, de 19 de mayo, rec. 655/2016
- STSJ País Vasco 748/2018, de 10 de abril, rec. 613/2018
- STSJ Galicia de 9 de abril de 2019, rec. 46/2019

3. Representante procesal**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- STC 55/2004

4. Represalias adoptadas contra familiares o allegados**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

- STJCE (Gran Sala) de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, Caso Coleman

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 71/2020

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Asturias 674/2001, de 12 de marzo, rec. 2733/2000
- STSJ de Galicia 524/2012, de 31 de enero, rec. 4196/2011
- STSJ Andalucía/Málaga 1814/2015, de 26 de noviembre, rec. 1596/2015
- STSJ Cataluña 4383/2017, de 4 de julio, rec. 2647/2017

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

- STSJ Galicia de 2 de agosto de 2017, rec. 1806/2017
- STSJ Canarias/Las Palmas 882/2019, de 29 de agosto de 2019, rec. 531/2019
- STSJ Galicia de 10 de octubre de 2019, rec. 2483/2019
- STSJ Andalucía/Sevilla 2782/2019, de 13 de noviembre, rec. 2969/2019

B. Sujeto represivo

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH de 12 de junio de 2014, caso Fernández Martínez

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12, caso Asociația Accept

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 74/2007
- STC 75/2010
- STC 76/2010
- STC 98/2010
- STC 99/2010
- STC 100/2010
- STC 101/2010
- STC 102/2010
- STC 103/2010
- STC 104/2010
- STC 105/2010
- STC 106/2010
- STC 107/2010
- STC 108/2010
- STC 109/2010
- STC 110/2010
- STC 111/2010
- STC 112/2010

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 2 de octubre de 2006, RCUd 1212/2005
- STS de 30 de enero de 2008, RCUd 2543/2006
- STS de 14 de enero de 2009, RCUd 996/2008
- STS de 20 de enero de 2009, RCUd 1927/2007
- STS de 2 de febrero de 2009, RCUd 768/2008
- STS de 23 de septiembre de 2009, RCUd 2139/2008
- STS de 22 de octubre de 2009, RCUd 4440/2008
- STS de 11 de febrero de 2015, RC 95/2014
- STS 876/2016, de 20 de octubre, RCUd 1278/2015
- STS 961/2016, de 16 de noviembre de 2016, RC 59/2016

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Madrid 949/2015, de 4 de diciembre, rec. 711/2015
- STSJ Cataluña 3908/2016, de 17 de junio, rec. 1677/2016

IV. ELEMENTOS OBJETIVOS

A. Elemento objetivo precursor

1. Actuaciones judiciales y conexas

- a) *Acción judicial como elemento fundamental*

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 7/1993
- STC 5/2003
- STC 87/2004
- STC 38/2005
- STC 120/2006
- STC 125/2008

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 6 de octubre de 2005, RCUd 2736/2004
- STS de 9 de marzo de 2007, RC 108/2005
- STS de 2 de abril de 2007, RCUd 5085/2005
- STS de 4 de abril de 2007, RCUd 365/2006
- STS de 29 de octubre de 2007, RCUd 4746/2005
- STS de 30 de octubre de 2007, RCUd 4295/2005
- STS de 30 de octubre de 2007, RCUd 3503/2006
- STS de 30 de octubre de 2007, RCUd 5101/2005
- STS de 31 de octubre de 2007, RCUd 647/2006
- STS de 31 de octubre de 2007, RCUd 2531/2006
- STS de 2 de noviembre de 2007, RCUd 5011/2005
- STS de 6 de noviembre de 2007, RCUd 3876/2005
- STS de 19 de noviembre de 2007, RCUd 2963/2006
- STS de 30 de noviembre de 2007, RCUd 4423/2006
- STS de 17 de enero de 2008, RCUd 2607/2006
- STS de 22 de enero de 2008, RCUd 1710/2006
- STS 448/2017, de 25 de mayo, RCUd 2149/2015
- STS 356/2020, de 19 de mayo, RCUd 4496/2017

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Cantabria, 809/2000 de 17 de julio, rec. 687/1998
- STSJ Andalucía/Málaga 938/2015, de 4 de junio, rec. 660/2015
- STSJ Cataluña 7151/2015, de 2 de diciembre, rec. 4718/2015
- STSJ Valencia 287/2016, de 9 de febrero, rec. 3360/2015
- STSJ Andalucía/Málaga 168/2017, de 25 de enero, rec. 1733/2016
- STSJ Asturias 3063/2017, de 27 de diciembre, rec. 2223/2017
- SJS1 Badajoz 177/2018, de 13 de abril, Autos 604/2017
- STSJ Andalucía/Granada 342/2019, de 7 de febrero, rec. 1929/2018
- STSJ Canarias/Tenerife 773/2019, de 12 de julio, rec. 494/2019

b) *Actuaciones intraprocesales*

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 14/1993

- STC 54/1995
- STC 5/2003
- STC 144/2005

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Andalucía/Sevilla 2280/2017, de 17 de julio, rec. 2925/2016
- STSJ La Rioja 122/2018, de 3 de mayo, rec. 117/2018

c) Actuaciones previas preceptivas

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 162/1989
- STC 197/1990
- STC 217/1991
- STC 14/1993
- STC 140/1999
- STC 168/1999
- STC 191/1999

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 18 de febrero de 2008, RCUD 1232/2007
- STS de 26 de febrero de 2008, RCUD 723/2007
- STS de 13 de noviembre de 2012, RCUD 3781/2011
- STS de 29 de enero de 2013, RCUD 349/2012
- STS de 4 de marzo de 2013, RCUD 928/2012
- STS de 12 de abril de 2013, RCUD 2327/2012
- STS de 16 de mayo de 2013, RCUD 955/2012
- STS de 5 de julio de 2013, RCUD 1374/2012
- STS de 5 de julio de 2013, RCUD 1683/2012
- STS de 11 de noviembre de 2013, RCUD 3285/2012
- STS de 17 de junio de 2015, RCUD 2217/2014
- STS 185/2018, de 21 de febrero, RCUD 842/2016

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Madrid 957/2017, de 3 de noviembre, rec. 769/2017

d) *Declaración testifical en juicio*

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 197/1998

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Canarias/Las Palmas 553/2015, de 24 de marzo, rec. 34/2015
- STSJ Andalucía/Sevilla 2509/2015, de 13 de octubre, rec. 2413/2014
- STSJ Castilla-La Mancha 1723/2018, de 28 de diciembre, rec. 700/2018
- STSJ Madrid 779/2019, de 15 de octubre, rec. 106/2019
- STSJ Galicia de 16 de enero de 2020, rec. 4894/2019.

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS4 de Valladolid 384/2018, de 8 de noviembre, Autos 653/2017

2. Denuncias públicas extrajudiciales

a) *Denuncias «egoístas»*

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ATC 219/2001
- STC 16/2006
- STC 44/2006
- STC 65/2006
- STC 75/2010
- STC 76/2010
- STC 98/2010
- STC 99/2010
- STC 100/2010
- STC 101/2010
- STC 102/2010
- STC 103/2010

- STC 104/2010
- STC 105/2010
- STC 106/2010
- STC 107/2010
- STC 108/2010
- STC 109/2010
- STC 110/2010
- STC 111/2010
- STC 112/2010

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 16 de mayo de 1990
- STS de 23 de diciembre de 2010, RCUUD 4380/2009
- STS de 14 de mayo de 2014, RCUUD 1330/2013
- STS de 17 de febrero de 2015, RCUUD 891/2014
- STS de 24 de febrero de 2016, RC 371/2014
- STS 179/2018, de 21 de febrero, RCUUD 2609/2015

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Andalucía/Málaga 883/2007 de 19 de abril, rec. 725/2007
- STSJ Galicia 619/2017, de 30 de enero, rec. 3996/2016
- STSJ Asturias 253/2017, de 14 de febrero, rec. 2732/2016
- STSJ Cataluña 2413/2018, de 23 de abril, rec. 869/2018
- STSJ Madrid 333/2018, de 11 de mayo, rec. 752/2017
- STSJ País Vasco 2176/2019, de 26 de noviembre, rec. 1993/2019

SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS1 Granada 432/2002, de 17 de septiembre, autos 752/2002

b) *Denuncias «altruistas»* (whistleblowers)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 120/1983

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

- STC 168/1986
- STC 6/1988
- STC 4/1996
- STC 198/2001
- STC 5/2004
- STC 151/2004
- STC 203/2005
- STC 146/2019

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS [Sala Segunda] 35/2020, de 6 de febrero, RC 2062/2018

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ País Vasco 1879/2005, de 12 de julio, rec. 1570/2005
- STSJ Asturias 2952/2007, de 29 de junio, rec. 3697/2006
- STSJ Cataluña 8235/2007, de 22 de noviembre, rec. 5513/2007
- STSJ Madrid de 16 de diciembre de 2013, rec. 1231/2013
- STSJ Navarra 42/2016, de 21 de enero, rec. 554/2014
- STSJ Madrid 853/2017, de 13 de septiembre, rec. 525/2017
- STSJ Galicia 4272/2018, de 15 de noviembre, rec. 2826/2018
- STSJ Valencia 1054/2019, de 2 de abril, rec. 516/2019

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS10 de Valencia 325/2018, de 17 de septiembre, Autos 746/2017

3. Extensión de la protección a las actuaciones no jurisdiccionales a la luz de la STC 55/2004

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, caso Hakebrandt y otros

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 186/1996
- STC 55/2004
- STC 326/2005
- STC 16/2006
- STC 44/2006
- STC 65/2006
- STC 120/2006
- STC 146/2019

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (JURISDICCIÓN SOCIAL)

- STS de 9 de abril de 1988
- STS de 19 de abril de 2013, RCU 2255/2012
- STS 236/2016, de 18 de marzo, RCU 1447/2014
- STS 730/2019, de 23 de octubre, RCU 1790/2017
- STS 730/2019, de 23 de octubre, RCU 1790/2017

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (OTRAS JURISDICCIONES)

- STS de 5 de octubre de 1854
- STS de 12 de febrero de 1875
- STS de 7 de diciembre de 1885
- STS de 5 de octubre de 1892
- STS de 23 de febrero de 1893
- STS [Sala Primera] 773/1968, de 6 de diciembre
- STS [Sala Primera] 140/1983, de 10 de marzo
- STS [Sala Primera] 746/2008, de 21 de julio, RC 698/2002

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Madrid 81/2000, de 29 de febrero, rec. 4508/1999
- STSJ País Vasco de 14 de septiembre de 2004, rec. 1350/2004
- STSJ Canarias/Tenerife 537/2006, de 4 de septiembre, rec. 192/2006
- STSJ Madrid 1/2007, de 9 de enero, rec. 4895/2006
- STSJ Andalucía/Granada 402/2007, de 14 de febrero, rec. 3291/2006
- STSJ Cataluña 1437/2007, de 19 de febrero, rec. 7676/2006

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

- STSJ Madrid 440/2007, de 9 de mayo, rec. 1608/2007
- STSJ Cantabria 459/2010, de 15 de junio, rec. 415/2010
- STSJ Aragón 71/2012, de 22 de febrero, rec. 28/2012
- STSJ Andalucía/Granada 980/2013 de 8 de mayo de 2013, rec. 625/2013
- STSJ de Galicia 3750/2014, de 18 de julio, rec. 1562/2014
- STSJ Canarias/Tenerife 457/2015, de 3 de junio, rec. 94/2015
- STSJ Valencia 1992/2015, de 13 de octubre, rec. 2096/2015
- STSJ Asturias 2018/2015, de 23 de octubre, rec. 1808/2015
- STSJ Navarra 42/2016, de 21 de enero, rec. 554/2014
- STSJ Andalucía/Málaga 128/2016, de 28 de enero, rec. 2002/2015
- STSJ Galicia 1491/2016, de 9 de marzo, rec. 52/2016
- STSJ Cantabria 260/2016, de 15 de marzo, rec. 1065/2015
- STSJ Madrid 365/2016, de 3 de mayo, rec. 258/2016
- STSJ Madrid 57/2017, de 18 de enero, rec. 1103/2016
- STSJ Canarias/Las Palmas 78/2017, de 31 de enero, rec. 1111/2016
- STSJ País Vasco 398/2017, de 14 de febrero, rec. 105/2017
- STSJ Madrid 133/2017 de 23 de febrero, rec. 599/2016
- STSJ Valencia 697/2017, de 20 de marzo, rec. 3129/2016
- STSJ Canarias/Las Palmas 447/2017, de 18 de abril, rec. 159/2017
- STSJ Galicia de 6 junio 2017, rec. 652/2017
- STSJ Madrid 617/2017, de 28 de septiembre, rec. 271/2017
- STSJ Cataluña 6563/2017, de 30 de octubre, rec. 4110/2017
- STSJ Valencia 2731/2017, de 7 de noviembre, rec. 2460/2017
- STSJ Canarias/Tenerife 1058/2017, de 23 de noviembre, rec. 312/2017
- STSJ Galicia de 28 de noviembre de 2017, rec. 3656/2017
- STSJ Valencia 3161/2017, de 5 de diciembre, rec. 2739/2017
- STSJ Canarias/Tenerife 1119/2017, de 11 de diciembre, rec. 346/2017)
- STSJ Valencia 3447/2017, de 29 de diciembre, rec. 3087/2017
- STSJ La Rioja 22/2017, de 9 de febrero, rec. 14/2017
- STSJ Galicia 469/2018, de 12 de enero, rec. 4198/2017
- STSJ Madrid 22/2018, de 12 de enero, rec. 975/2017
- STSJ Cataluña 509/2018, de 26 de enero, rec. 6079/2017
- STSJ Murcia 96/2018, de 31 de enero, rec. 775/2017
- STSJ País Vasco 625/2018, de 21 de marzo, rec. 353/2018
- STSJ Cantabria 677/2018, de 9 de octubre, rec. 503/2018
- STSJ Murcia 673/2019, de 5 de junio de 2019, rec. 131/2019
- STSJ Madrid 757/2019, de 12 de julio, rec. 177/2019
- STSJ Cataluña 5827/2019, de 3 de diciembre, rec. 4981/2019
- STSJ Madrid 1065/2019, de 16 de diciembre, rec. 650/2019
- STSJ Asturias 2783/2019, de 26 de diciembre, rec. 2458/2019

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS33 Barcelona de 9 de septiembre de 2014
- SJS1 Cuenca 24/2018, de 17 de enero, Autos 907/2017
- SJS3 de Oviedo 375/2018, de 23 de agosto, Autos 397/2018
- SJS10 de Valencia 325/2018, de 17 de septiembre, Autos 746/2017
- SJS3 de Albacete 455/2019, de 11 de noviembre, Autos 478/2019

4. Actuaciones de salvaguarda de los derechos**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

- STS de 10 de febrero de 2015, RC 221/2013
- STS 456/2018, de 26 de abril, RCUd 2340/2016
- STS 576/2018, de 30 de mayo, rec. 2329/2016
- STS 130/2019, de 20 de febrero, RCUd 3941/2016

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- SAN 150/2013 de 24 de julio, Procedimiento 144/2012

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Andalucía/Granada 1202/2007, de 18 de abril, rec. 179/2007
- STSJ Madrid 151/2015, de 20 de febrero, rec. 886/2014
- STSJ Valencia 1757/2015, de 15 de septiembre, rec. 1866/2015
- STSJ Galicia 6627/2015, de 26 de noviembre, rec. 3703/2015
- STSJ Canarias/Las Palmas 15/2016, de 8 de enero, rec. 907/2015
- STSJ Madrid 340/2016, de 13 de abril, rec. 4/2016
- STSJ Valencia 1732/2016, de 26 de julio, rec. 1787/2016
- STSJ Castilla-La Mancha 575/2017, de 26 de abril, rec. 136/2017
- STSJ Andalucía/Sevilla 2281/2017, de 17 de julio, rec. 2954/2016
- STSJ Cataluña 7729/2017, de 18 de diciembre, rec. 5894/2017
- STSJ Galicia de 14 de marzo de 2018, rec. 19/2018
- STSJ Galicia de 5 de abril de 2018, rec. 438/2018
- STSJ Cataluña 3033/2018, de 17 de mayo, rec. 1277/2018
- STSJ Castilla y León/Valladolid de 2 de julio de 2018, rec. 857/2018

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

- STSJ Madrid 720/2018, de 30 de octubre, rec. 178/2018
- STSJ Castilla y León/Burgos 341/2019, de 22 de mayo, rec. 235/2019

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS3 de La Coruña 589/2015, de 23 de diciembre, Autos 408/2015

5. Actuaciones del trabajador que no activan la garantía de indemnidad

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 120/1983
- STC 32/1986
- STC 159/1986
- STC 252/2000
- STC 120/2006

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (JURISDICCIÓN SOCIAL)

- STS de 15 de septiembre de 1986
- STS de 7 de diciembre de 1999, RC 1946/1999
- STS de 18 de febrero de 2008, RCU 1232/2007
- STS de 26 de febrero de 2008, RCU 723/2007
- STS 185/2018, de 21 de febrero, RCU 842/2016
- STS de 17 de septiembre de 2009, RCU 2751/2008
- STS de 6 de marzo de 2013, RCU 616/2012
- STS de 21 de enero de 2014, RCU 941/2013
- STS de 19 de febrero de 2014, RCU 687/2013
- STS 892/2016, de 26 de octubre, RCU 2913/2014

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (OTRAS JURISDICCIONES)

- STS de 4 de diciembre de 1903
- STS de 29 de marzo de 1910
- STS de 5 de julio de 1922
- STS [Sala Primera] de 14 de febrero de 1944

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Cantabria 772/2011, de 10 octubre, rec. 643/2011
- STSJ Madrid 489/2015, de 17 de junio, rec. 696/2014
- STSJ Canarias/Las Palmas 111/2016, de 15 de febrero, rec. 1207/2015
- STSJ Andalucía/Sevilla 3449/2016, de 15 de diciembre, rec. 74/2016
- STSJ Madrid 912/2017, de 23 de octubre, rec. 725/2017
- STSJ Madrid 719/2017, de 27 de noviembre, rec. 346/2017
- STSJ Madrid 79/2018, de 29 de enero, rec. 1006/2017
- STSJ Madrid 413/2018, de 9 de julio, rec. 80/2018
- STSJ Andalucía/Sevilla 3068/2019, de 5 de diciembre, rec. 3435/2018

B) Elemento objetivo desencadenado: la reacción adversa o represalia**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

- STJUE de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18, caso NH

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

- STJCE de 22 de septiembre de 1998, asunto C-185/97, caso Coote

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 123/1992
- STC 14/1993
- STC 54/1995
- STC 101/2000
- STC 196/2000
- STC 197/2000
- STC 199/2000
- STC 128/2002
- STC 5/2003
- STC 87/2004
- STC 188/2004

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

- STC 144/2005
- STC 298/2005
- STC 336/2005
- STC 3/2006
- STC 16/2006
- STC 44/2006
- STC 65/2006
- STC 120/2006
- STC 92/2009
- STC 62/2010
- STC 75/2010
- STC 76/2010
- STC 98/2010
- STC 99/2010
- STC 100/2010
- STC 101/2010
- STC 102/2010
- STC 103/2010
- STC 104/2010
- STC 105/2010
- STC 106/2010
- STC 107/2010
- STC 108/2010
- STC 109/2010
- STC 110/2010
- STC 111/2010
- STC 112/2010
- STC 6/2011
- STC 183/2015
- STC 153/2016

AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ATC 267/2000
- ATC 350/2004

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (JURISDICCIÓN SOCIAL)

- STS de 18 de septiembre de 2001, RC 193/2001
- STS de 9 de marzo de 2007, RC 108/2005
- STS de 2 de abril de 2007, RCU 5085/2005
- STS de 4 de abril de 2007, RCU 365/2006
- STS de 29 de octubre de 2007, RCU 4746/2005
- STS de 30 de octubre de 2007, RCU 4295/2005
- STS de 30 de octubre de 2007, RCU 3503/2006
- STS de 30 de octubre de 2007, RCU 5101/2005
- STS de 31 de octubre de 2007, RCU 647/2006
- STS de 31 de octubre de 2007, RCU 2531/2006
- STS de 2 de noviembre de 2007, RCU 5011/2005
- STS de 6 de noviembre de 2007, RCU 3876/2005
- STS de 19 de noviembre de 2007, RCU 2963/2006
- STS de 30 de noviembre de 2007, RCU 4423/2006
- STS de 17 de enero de 2008, RCU 2607/2006
- STS de 22 de enero de 2008, RCU 1710/2006
- STS de 18 de febrero de 2008, RCU 1232/2007
- STS de 26 de febrero de 2008, RCU 723/2007
- STS 185/2018, de 21 de febrero, RCU 842/2016
- STS de 17 de junio de 2008, RCU 2862/2007
- STS de 24 de octubre de 2008, RCU 2463/2007
- STS de 18 de julio de 2014, RC 11/2013
- STS de 25 de marzo de 2015, RC 245/2014
- STS de 16 de junio de 2015, RC 283/2014
- STS 456/2018, de 26 de abril, RCU 2340/2016

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (OTRAS JURISDICCIONES)

- STS [Sala Primera] 609/2015, de 12 de noviembre, RC 899/2014

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

- STCT de 5 de julio de 1984

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Valencia 1218/1998, de 17 de abril, rec. 1102/1997
- STSJ Cantabria 1013/2003, de 19 de julio, rec. 909/2003
- STSJ Cataluña 7344/2007, de 25 octubre, rec. 4755/2007
- STSJ Galicia 4964/2015, de 18 de septiembre, rec. 2297/2015
- STSJ Andalucía/Granada 1493/2019, de 6 de junio, rec. 2664/2018
- STSJ Galicia de 11 de noviembre de 2019, rec. 4352/2019
- STSJ Asturias 2623/2019, de 17 de diciembre, rec. 2102/2019

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS3 de Badajoz 172/2018, de 18 de abril, Autos 105/2017
- SJS31 de Barcelona 193/2019, de 11 de junio, Autos 662/2017

V. ELEMENTO FUNCIONAL: NEXO DE CAUSALIDAD

A. Análisis de la vinculación entre acción y represalia

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 38/1981
- STC 104/1987
- STC 114/1989
- STC 197/1990
- STC 14/1991
- STC 7/1993
- STC 14/1993
- STC 90/1997
- STC 11/1998
- STC 116/1998
- STC 41/1999
- STC 140/1999
- STC 101/2000
- STC 30/2002
- STC 98/2003
- STC 38/2005
- STC 144/2005

- STC 16/2006
- STC 41/2006
- STC 44/2006
- STC 65/2006
- STC 138/2006
- STC 92/2008
- STC 92/2009
- STC 6/2011
- STC 140/2014
- STC 183/2015
- STC 203/2015

AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ATC 215/2005

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 27 de enero de 2014, RC 100/2013
- STS de 14 de mayo de 2014, RCU 2328/2013
- STS de 26 de noviembre de 2014, RCU 294/2013
- STS de 29 de diciembre de 2014, RC 93/2012
- STS 196/2020, de 3 de marzo, RCU 61/2018
- STS 356/2020, de 19 de mayo, RCU 4496/2017
- STS 514/2020, de 24 de junio, RCU 3471/2017
- STS 540/2020, de 29 de junio, RCU 2778/2017
- STS 674/2020, de 16 de julio, RCU 1921/2018

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ País Vasco de 30 de diciembre de 2005, rec. 2627/2005
- STSJ Murcia 546/2012, de 9 de julio, rec. 3/2012
- STSJ Canarias/Las Palmas 1731/2014, de 27 de octubre, rec. 889/2014
- STSJ País Vasco 230/2015, de 3 de febrero, rec. 46/2015
- STSJ Madrid 625/2015, de 16 de julio, rec. 184/2015
- STSJ de Castilla y León/Burgos 701/2015, de 16 de octubre, rec. 633/2015
- STSJ Canarias/Las Palmas 1613/2015, de 3 de diciembre, rec. 846/2015
- STSJ Madrid 183/2016, de 4 de marzo, rec. 7/2016

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

- STSJ Castilla-La Mancha 529/2016, de 22 de abril, rec. 118/2016
- STSJ Galicia 6117/2016, de 31 de octubre, rec. 2478/2016
- STSJ Valencia 2873/2016, de 22 de diciembre, rec. 2290/2016
- STSJ Galicia 540/2017, de 17 de enero, rec. 3901/2016
- STSJ Andalucía/Sevilla 1225/2017, de 20 de abril, rec. 1580/2016
- STSJ Andalucía/Granada 1499/2017, de 8 de junio, rec. 1945/2016
- STSJ Andalucía/Sevilla 2281/2017, de 17 de julio, rec. 2954/2016
- STSJ Cataluña 2834/2018, de 11 de mayo, rec. 1669/2018
- STSJ Galicia de 30 de abril de 2019, rec. 3620/2018

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS4 Palma de Mallorca 238/2018, de 16 de abril, Autos 690/2015

B. Supuestos específicos

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 81/1983
- STC 166/1988
- STC 14/1993
- STC 84/2002
- STC 49/2003
- STC 38/2005
- STC 144/2005
- STC 171/2005
- STC 16/2006
- STC 44/2006
- STC 65/2006
- STC 10/2011
- STC 80/2011

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (JURISDICCIÓN SOCIAL)

- STS de 22 de febrero de 2007, RCU 3353/2005
- STS de 7 de julio de 2015, RCU 2598/2014
- STS de 27 de enero de 2016, RCU 2787/2014

- STS de 24 de febrero de 2016, RCUD 1097/2014
- STS 345/2016, de 27 de abril, RCUD 3711/2014
- STS 1053/2016, de 13 de diciembre, RCUD 2059/2015
- STS 64/2018, de 25 de enero, RCUD 3917/2015
- STS 260/2019, de 28 de marzo, RCUD 2123/2017
- STS 779/2019, de 14 de noviembre, RCUD 2173/2017

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (OTRAS JURISDICCIONES)

- STS [Sala Tercera] de 11 de junio de 1991

C. Análisis de la prueba indiciaria

1. La conexión temporal y su evolución

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, caso Hakelbracht y otros

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 7/1993
- STC 14/1993
- STC 87/1998
- STC 140/1999
- STC 168/1999
- STC 191/1999
- STC 101/2000
- STC 214/2001
- STC 84/2002
- STC 114/2002
- STC 38/2005
- STC 216/2005
- STC 120/2006
- STC 125/2008
- STC 140/2014
- STC 183/2015

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 13 de noviembre de 2012, RCUd 3781/2011
- STS de 29 de enero de 2013, RCUd 349/2012
- STS de 4 de marzo de 2013, RCUd 928/2012
- STS de 6 de marzo de 2013, RCUd 616/2012
- STS de 12 de abril de 2013, RCUd 2327/2012
- STS de 16 de mayo de 2013, RCUd 955/2012
- STS de 5 de julio de 2013, RCUd 1374/2012
- STS de 5 de julio de 2013, RCUd 1683/2012
- STS de 11 de noviembre de 2013, RCUd 3285/2012
- STS de 21 de enero de 2014, RCUd 941/2013
- STS de 19 de febrero de 2014, RCUd 687/2013
- STS de 24 de julio de 2014 (RC 135/2013)
- STS 892/2016, de 26 de octubre, RCUd 2913/2014
- STS 36/2019, de 22 de enero, RCUd 3701/2016
- STS 514/2020, de 24 de junio, RCUd 3471/2017

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Madrid 304/2016, de 15 de abril, rec. 109/2016
- STSJ Andalucía/Granada 2448/2016, de 3 de noviembre, rec. 2042/2016
- STSJ Valencia 2407/2016, de 9 de noviembre, rec. 2122/2016
- STSJ Extremadura 595/2016, de 13 de diciembre, rec. 526/2016
- STSJ Canarias/Tenerife 137/2017, de 21 de febrero, rec. 544/2016
- STSJ Andalucía/Sevilla 1058/2017, de 30 de marzo, rec. 1654/2016
- STSJ Canarias/Las Palmas 447/2017, de 18 de abril, rec. 159/2017
- STSJ Andalucía/Sevilla 1225/2017, de 20 de abril, rec. 1580/2016
- STSJ Galicia 2705/2017, de 15 de mayo, rec. 758/2017
- STSJ Madrid 723/2017, de 20 de julio, rec. 473/2017
- STSJ Canarias/Las Palmas 821/2017, de 28 de junio, rec. 425/2017
- STSJ Andalucía/Granada 1668/2017, de 29 de junio, rec. 196/2017
- STSJ Cataluña 509/2018, de 26 de enero, rec. 6079/2017
- STSJ Andalucía/Málaga 216/2018, de 7 de febrero, rec. 2064/2017
- STSJ Valencia 942/2018, de 22 de marzo, rec. 66/2018
- STSJ Andalucía/Sevilla 1578/2018, de 24 de mayo, rec. 1721/2017
- STSJ La Rioja 148/2018, de 31 de mayo, rec. 140/2018
- STSJ Cataluña 1649/2019, de 29 de marzo, rec. 6841/2018
- STSJ Galicia 2850/2019, de 25 de junio, rec. 1494/2019
- STSJ Andalucía/Sevilla 2727/2019, de 7 de noviembre, rec. 2582/2018

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS3 de Sevilla de 1 de diciembre de 2016, Autos 828/2016
- SJS1 de Cuenca 116/2018, de 15 de febrero, Autos 950/2016
- SJS4 de Valladolid 352/2019, de 17 de octubre, Autos 412/2019
- SJS6 de Bilbao 336/2019, de 29 de octubre, Autos 569/2019

2. El término comparativo**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- STC 59/1982
- STC 144/2005
- STC 171/2005
- STC 125/2008

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 3 de mayo de 1988
- STS de 28 de octubre de 1988
- STS de 26 de noviembre de 2014, RCU 294/2013
- STS de 13 de julio de 2015, RCU 2405/2014
- STS 526/2017, de 20 de junio, RC 253/2015
- STS 456/2018, de 26 de abril, RCU 2340/2016
- STS 36/2019, de 22 de enero, RCU 3701/2016
- STS 36/2019, de 22 de enero, RCU 3701/2016

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Cantabria 1013/2003, de 19 de julio, rec. 909/2003
- STSJ de Canarias/Tenerife 352/2015, de 11 de mayo, rec. 844/2014
- STSJ Murcia 2732/2015, de 5 de noviembre, rec. 1912/2015
- STSJ Canarias/Las Palmas 14/2016, de 8 de enero, rec. 1038/2014
- STSJ Madrid 655/2017, de 10 de julio, rec. 498/2017
- STSJ Murcia 755/2017, de 6 de septiembre, rec. 214/2017
- STSJ Extremadura 557/2017, de 19 de septiembre, rec. 479/2017
- STSJ País Vasco 748/2018, de 10 de abril, rec. 613/2018

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

- STSJ Castilla y León/Burgos 424/2018, de 21 de junio, rec. 400/2018
- STSJ Galicia 4367/2018, de 20 de noviembre, rec. 2771/2018

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS6 de Santander 150/2015, de 31 de marzo, Autos 789/2014
- SJS3 de Sevilla de 1 de diciembre de 2016, Autos 828/2016
- SJS1 de Toledo 247/2018, de 13 de abril, Autos 1193/2017

3. Resto de indicios y contraindicios

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 168/1999
- STC 144/2005
- STC 171/2005
- STC 120/2006
- STC 125/2008
- STC 10/2011

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 18 de febrero de 2008, RCU 1232/2007
- STS de 26 de febrero de 2008, RCU 723/2007
- STS 185/2018, de 21 de febrero, RCU 842/2016

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Cataluña 3233/2002, de 18 de abril, rec. 5313/2001
- STSJ Canarias/Tenerife 396/2006, de 6 de junio, rec. 249/2006
- STSJ Galicia 1968/2015, de 13 de abril, rec. 5179/2014
- STSJ de Andalucía/Málaga 1359/2015, de 24 de septiembre, rec. 1064/2015
- STSJ Cataluña 2224/2016, de 13 de abril, rec. 275/2016
- STSJ Madrid 365/2016, de 3 de mayo, rec. 258/2016
- STSJ Galicia 2930/2016, de 10 de mayo, rec. 500/2016
- STSJ Andalucía/Málaga 820/2016, de 19 de mayo, rec. 655/2016
- STSJ Andalucía/Málaga 828/2016, de 19 de mayo, rec. 652/2016

- STSJ Madrid 669/2016, de 7 de octubre, rec. 442/2016
- STSJ Andalucía/Sevilla 3452/2016, de 15 de diciembre, rec. 99/2016
- STSJ Canarias/Las Palmas 129/2017, de 13 de febrero, rec. 1352/2016
- STSJ Canarias/Las Palmas 390/2017, de 29 de marzo, rec. 34/2017
- STSJ Andalucía/Granada 860/2017, de 30 de marzo, rec. 3136/2016
- STSJ Andalucía/Granada 1019/2017, de 20 de abril, rec. 3232/2016
- STSJ País Vasco 986/2017, de 27 de abril, rec. 730/2017
- STSJ Baleares 246/2017, de 23 de junio, rec. 93/2017
- STSJ Andalucía/Granada 1668/2017, de 29 de junio, rec. 196/2017
- STSJ Andalucía/Málaga 1360/2017, de 19 de julio, rec. 998/2017
- STSJ Andalucía/Granada 1897/2017, de 14 de septiembre, rec. 786/2017
- STSJ Cataluña 5473/2017, de 21 de septiembre, rec. 2252/2017
- STSJ País Vasco 1894/2017, de 3 de octubre, rec. 1791/2017
- STSJ Galicia 5354/2017, de 9 de noviembre, rec. 3704/2017
- STSJ Galicia de 14 de noviembre de 2017, rec. 3676/2017
- STSJ Baleares 518/2017, de 12 de diciembre, rec. 468/2017
- STSJ Canarias/Tenerife 1132/2017, de 14 de diciembre, rec. 539/2017
- STSJ Andalucía/Málaga 216/2018, de 7 de febrero, rec. 2064/2017
- STSJ Andalucía/Sevilla 766/2018, de 7 de marzo, rec. 58/2018
- STSJ País Vasco 528/2018, de 13 de marzo, rec. 396/2018
- STSJ Andalucía/Granada 841/2018, de 5 de abril, rec. 2408/2017
- STSJ Galicia de 21 de mayo de 2018, rec. 679/2018
- STSJ Andalucía/Sevilla 1594/2018, de 24 de mayo, rec. 1542/2017
- STSJ Madrid 826/2018, de 25 de julio, rec. 1439/2017
- STSJ Canarias/Tenerife 1249/2018, de 13 de diciembre, rec. 223/2018
- STSJ Andalucía/Granada 2964/2018, de 20 de diciembre, rec. 1516/2018
- STSJ Andalucía/Málaga 401/2019, de 27 de febrero, rec. 2013/2018
- STSJ Extremadura 357/2019, de 13 de junio, rec. 314/2019
- STSJ Galicia 2904/2019, de 25 de junio, rec. 775/2019
- STSJ País Vasco 1386/2019, de 9 de julio, rec. 1183/2019
- STSJ Andalucía/Granada 2162/2019, de 26 de septiembre, rec. 293/2019
- STSJ País Vasco 1647/2019, de 1 de octubre, rec. 1457/2019
- STSJ Madrid 845/2019, de 17 de octubre, rec. 527/2019

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS3 Cartagena de 6 de junio de 2016, Autos 150/2016

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

VI. PROTECCIÓN Y REPARACIÓN

A. Mecanismos procesales para la protección del derecho

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 58/1984
- STC 42/2017

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 18 de mayo de 1992, RCU 1359/1991
- STS de 24 de enero de 1996, RC 629/1995
- STS de 18 de julio de 2006, RCU 1005/2005
- STS de 10 de julio de 2018, RCU 3269/2016
- STS 860/2019, de 12 de diciembre, RCU 2189/2017

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SSJS3 de Gijón 198/2015, de 18 de noviembre, Autos 107/2015
- SJS3 de Gijón 200/2015, de 18 de noviembre, Autos 107/2015
- SJS3 de Gijón 203/2015, de 18 de noviembre, Autos 107/2015

SENTENCIAS DE OTROS ÓRGANOS JUDICIALES

- SJM9 de Barcelona de 30 de noviembre de 2015, Autos 456/2015
- SJM10 de Barcelona de 25 de enero de 2016, Autos 849/2014
- SJM2 de Bilbao 218/2018, de 4 de julio, Autos 341/2017

B. Calificación de la lesión del derecho

1. Consecuencia: la nulidad de la medida y sus efectos

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 38/1981
- STC 140/1999
- STC 58/1983

2. Derecho a la reparación: indemnización por daños materiales y morales

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

- STJCE de 2 de agosto de 1993, asunto C-271/91, caso M. H. Marshall

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 247/2006

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (JURISDICCIÓN SOCIAL)

- STS de 9 de junio de 1993, RCU 3856/92
- STS de 8 de mayo de 1995, RC 1319/1994
- STS de 22 de julio de 1996, RC 7880/1995
- STS de 9 de mayo de 2011, RCU 4280/2010
- STS de 13 de junio de 2011, RCU 2590/2010
- STS 15 de febrero de 2012, RC 67/2011
- STS de 11 de junio de 2012, RCU 3336/2011
- STS de 5 de febrero de 2015, RC 77/2014
- STS de 13 de julio de 2015, RC 221/2014
- STS 43/2017, de 24 de enero, RCU 1902/2015

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (OTRAS JURISDICCIONES)

- STS de 6 de diciembre de 1912
- STS [Sala Primera] 366/2010, de 15 de junio, RC 804/2006

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Cataluña 8020/2012, de 27 de noviembre, rec. 4487/2011
- STSJ Cantabria 344/2013, de 2 de mayo, rec. 202/2013
- STSJ Madrid 195/2017, de 13 de marzo, rec. 957/2016
- STSJ Madrid 225/2018, de 28 de marzo, rec. 527/2017
- STSJ Andalucía/Granada 2033/2018, de 13 de septiembre, rec. 972/2018

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS20 de Barcelona 328/2016, de 3 de agosto, Autos 874/2015

3. Efectos de la nulidad del despido en las distintas relaciones laborales especiales

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 38/1981
- STC 79/1983

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 13 de febrero de 1990
- STS de 5 de junio de 2000, RCU 3809/1999
- STS de 14 de enero de 2009, RCU 996/2008
- STS de 14 de enero de 2009, RCU 996/2008
- STS de 20 de enero de 2009, RCU 1927/2007
- STS de 2 de febrero de 2009, RCU 768/2008
- STS de 23 de septiembre de 2009, RCU 2139/2008
- STS de 22 de octubre de 2009, RCU 4440/2008
- STS de 18 de junio de 2012, RCU 2604/2011
- STS 876/2016, de 20 de octubre, RCU 1278/2015
- STS 54/2020, de 23 de enero, RCU 2205/2017
- STS 77/2020, de 29 de enero, RCU 2401/2017

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Madrid 81/2000, de 29 de febrero, rec. 4508/1999
- STSJ Extremadura 76/2012, de 22 de febrero, rec. 634/2011
- STSJ Madrid 598/2016 de 26 de septiembre, rec. 352/2016
- STSJ de País Vasco 1233/2018 de 12 de junio, rec. 1028/2018
- STSJ de Andalucía/Sevilla 2012/2018 de 21 de junio, rec. 1470/2017
- STSJ de Asturias 2232/2018 de 27 de septiembre, rec. 1679/2018
- STSJ Madrid 767/2018 de 20 de noviembre, rec. 170/2018
- STSJ Madrid 237/2019 de 6 de marzo, rec. 822/2018

SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL

- SJS7 de Murcia 202/2018, de 24 de mayo, Autos 762/2017

4. **Efectos de la nulidad en supuestos fronterizos: socios cooperativistas y TRADE**

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 13 de julio de 2009, RCU 3554/2008

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Cataluña 2486/2013, de 8 de abril, rec. 115/2013
- STSJ Madrid 901/2013, de 15 de noviembre, rec. 1612/2013
- STSJ País Vasco 95/2017, de 17 de enero, rec. 2389/2016
- STSJ País Vasco 343/2018, de 14 de febrero

VII. **GARANTÍA DE INDEMNIDAD FUERA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO**

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 186/2003
- STC 123/2016
- STC 135/2016

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS [Sala Primera] 595/2009, de 5 de octubre, RC 552/2006
- STS [Sala Primera] 123/2015, de 4 de marzo, RC 41/2013

SENTENCIAS DE OTROS ÓRGANOS JUDICIALES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 438/2016, de 27 diciembre, Recurso de Apelación 500/2016

ANEXO II
ANÁLISIS SINTÉTICO DE LAS SENTENCIAS
MÁS RELEVANTES

El presente anexo consiste en una recopilación de las sentencias emitidas por el TC y por la Sala Cuarta del TS, relativas a la garantía de indemnidad. El orden que rige cada subapartado es cronológico.

Con respecto a cada una de las sentencias se realiza primero una relación de sus datos identificativos, dentro de los cuales se presta una especial atención al elemento objetivo precursor y al desencadenado. A continuación, se ofrece una sinopsis de las principales aportaciones que realiza cada sentencia a nuestro objeto de estudio y las novedades más destacables que viene a añadir en relación con el corpus de sentencias dictadas anteriormente. Si es el caso, también se recoge la controversia que haya podido existir entre el voto mayoritario y los particulares.

En cuanto a las sentencias del TS que abordan la resolución de RCUD, se analizan solo las que entran a resolver la cuestión de fondo y se descartan aquellas en las que no se resuelve la cuestión planteada por cualquier otro motivo (por no existir el requisito de contradicción, por tratarse de una cuestión planteada por vez primera en fase de recurso, etc.), salvo que tengan un especial interés. Respecto de los pronunciamientos seleccionados, se especifica si la resolución es estimatoria o desestimatoria, puntualizándose quién recurría en cada supuesto (si son los trabajadores o sus representantes, se indica con la sigla TR; si es la empresa o la Administración Laboral, se indica con la sigla EM). Asimismo, debe señalarse que los datos recogidos se ciñen a la existencia o no de vulneraciones de la garantía de indemnidad, por lo que si existen otros aspectos (por ejemplo, si concurren múltiples motivos de recurso), estos se descartan si no se encuentran vinculados con esta materia. De este modo, puede ocurrir que una concreta STS resuelva recursos de ambas partes, pero que solo uno de ellos esté conectado con la vulneración del derecho fundamental: en casos así, los datos incluidos se referirán al último supuesto y se desechará el resto de la información.

Por último, conviene hacer una breve referencia a las resoluciones que no se incluyen en el presente anexo.

En primer lugar, se excluyen las SSTJCE y las SSTJUE. El criterio tomado en cuenta radica en que, pese a su indudable interés, no hacen referencia de manera explícita a la garantía de indemnidad, aun cuando estos pronunciamientos sigan en algunos casos una línea absolutamente análoga.

En segundo lugar, se excluye la llamada jurisprudencia menor (SSAN, SSTSJ y SSJS). El motivo es que el presente anexo tiene por objetivo abordar aquellas cuestiones que, de forma más o menos pacífica, han sido asumidas por los tribunales. Por tanto, quedan fuera todos aquellos pronunciamientos que, pese a la incuestionable importancia que puedan tener para determinar el contenido y límites de la garantía de indemnidad –prueba de ello es que se ha acudido a ellos con notable frecuencia a lo largo del presente trabajo–, no gozan de la intangibilidad que se les atribuye a las SSTC y SSTS (con todos los matices que la anterior afirmación puede contener, fruto de la evolución jurisprudencial y del sometimiento a tribunales de ámbito superior).

Por último, no se recogen los pronunciamientos del TS ajenos a la Jurisdicción Social. Tal y como se ha señalado en la introducción a la presente obra, el objeto de estudio se centra en las relaciones de trabajo –no necesariamente de carácter laboral, sino también administrativo–, quedando al margen la aplicación de la garantía de indemnidad en otros ámbitos, que se encuentra en una fase claramente expansiva y que sin duda merecerá una atención muy destacada en el futuro.

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 7/1993, de 18 de enero
BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1993

Sala: **Primera.**

Ponente: **Fernando García-Món y González-Regueral.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Demanda.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido disciplinario.**

Resolución: **Rechaza el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Aunque rechaza el amparo, se trata de la primera sentencia que declara que vulnera la tutela judicial efectiva la adopción de una represalia contra un trabajador por haber ejercitado una acción judicial [FJ 3].

STC 14/1993, de 18 de enero

BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1993

Sala: **Primera.**

Ponente: **Fernando García-Món y González-Regueral.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando declaración de relación laboral.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Primera sentencia que reconoce de forma explícita la garantía de indemnidad: «del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que las protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales [...], se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos» [FJ 2].

Declara que el derecho a la tutela judicial efectiva no se vulnera solo por irregularidades intraprocesales, sino también por represalias impuestas por razón de su ejercicio [FJ 3].

Declara que las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva se extienden a los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de la acción judicial [FJ 3].

Sustenta la garantía de indemnidad en el art. 24 CE y en el 5.c del Convenio 158 OIT [FJ 2].

STC 54/1995, de 24 de febrero

BOE núm. 77, de 31 de marzo de 1995

Sala: **Primera.**

Ponente: **Carlos de la Vega Benayas.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Recurso contra sentencia e interposición de demanda.**

Elemento objetivo desencadenado: **No contratación.**

Resolución: **Rechaza el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Rechaza el amparo por entender que «mal puede ser represaliado un trabajador cuya relación laboral con la empresa no se ha constituido aún» [FJ 3]. Esta doctrina sería revisada por la STC 87/2004.

Aprecia que la ratificación judicial de una extinción contractual excluye que la negativa empresarial a una nueva contratación constituya una represalia [FJ 3].

STC 197/1998, de 13 de octubre

BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 1998

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Carles Viver Pi-Sunyer.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere**

Elemento objetivo precursor: **Declaración testifical.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido disciplinario.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Vincula la declaración testifical con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y con el adecuado desempeño de la función jurisdiccional (art. 117 CE) [FJ 3].

Sustenta la protección en el art. 5.c del Convenio 158 OIT, que protege la participación en un procedimiento entablado contra un empleador [FJ 3].

Declara que «el hecho de que la declaración testifical constituya ante todo el ejercicio de un deber sujeto a la exigencia de veracidad no significa en absoluto que esa transmisión de información veraz al órgano judicial no constituya al mismo tiempo un ejercicio del derecho de información» [FJ 3].

Excluye la existencia de garantía de indemnidad «toda vez que el trabajador despedido no habría ejercitado ninguna acción judicial contra el empresario» [FJ 4].

Declara vulnerado el derecho a comunicar información veraz (art. 20.1.d) [FJ 5].

STC 140/1999, de 22 de julio
BOE núm. 204, de 26 de agosto de 1999

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Guillermo Jiménez Sánchez.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Conciliación previa solicitando declaración de relación laboral.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Se aplica a la garantía de indemnidad la doctrina por la cual, cuando se aporten indicios de vulneración de derechos fundamentales, le corresponde al empresario probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio del derecho fundamental [FJ 5, 7 y 8].

Se declara que «la ausencia de prueba trasciende [...] al ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por los demandantes desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador» [FJ 8].

La vulneración de la garantía de indemnidad no se repara con la mera declaración de improcedencia del despido [FJ 7].

Aprueba la proximidad temporal entre la conciliación y el despido como indicio de la existencia de represalia [FJ 7].

STC 168/1999, de 27 de septiembre
BOE núm. 263, de 3 de noviembre de 1999

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Julio Diego González Campos.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Conciliación previa solicitando declaración de relación laboral.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 140/1999.

STC 191/1999, de 25 de octubre
BOE núm. 286, de 25 de octubre de 1999

Sala: **Segunda.**
Ponente: **Guillermo Jiménez Sánchez.**
Jurisdicción de origen: **Social.**
Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**
Elemento objetivo precursor: **Conciliación previa solicitando declaración de relación laboral.**
Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**
Resolución: **Otorga el amparo.**
Voto particular: **No.**
Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 140/1999.

STC 101/2000, de 10 de abril
BOE núm. 119, de 18 de mayo de 2000

Sala: **Segunda.**
Ponente: **Carles Viver Pi-Sunyer.**
Jurisdicción de origen: **Social.**
Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**
Elemento objetivo precursor: **Demanda solicitando declaración de relación laboral.**
Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**
Resolución: **Otorga el amparo.**
Voto particular: **No.**
Principales aportaciones: Reitera doctrina general.

STC 196/2000, de 24 de julio
BOE núm. 203, de 24 de agosto de 2000

Sala: **Primera.**
Ponente: **Pedro Cruz Villalón.**
Jurisdicción de origen: **Social.**
Ministerio Fiscal: **Se adhiere**
Elemento objetivo precursor: **Sentencia declaratoria de relación laboral y cesión ilegal de trabajadores.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Resolución: **Rechaza el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Pese a que no se discute por las partes que el despido se efectúe como consecuencia del dictado de la sentencia, se rechaza la vulneración de la garantía de indemnidad en tanto que no se está «ante un despido directamente reconducible a una concreta resolución judicial, sino a una determinada doctrina jurisprudencial que se traduce en un despido generalizado» de los trabajadores afectados por la misma [FJ 4].

No obsta a lo anterior que el despido haya sido declarado improcedente [FJ 4].

STC 197/2000, de 24 de julio
BOE núm. 203, de 24 de agosto de 2000

Sala: **Primera.**

Ponente: **Pedro Cruz Villalón.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Sentencia declaratoria de relación laboral y cesión ilegal de trabajadores.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Resolución: **Rechaza el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 196/1999.

STC 199/2000, de 24 de julio
BOE núm. 203, de 24 de agosto de 2000

Sala: **Primera.**

Ponente: **Pedro Cruz Villalón.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Sentencia declaratoria de relación laboral y cesión ilegal de trabajadores.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Resolución: **Rechaza el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 196/1999.

STC 198/2001, de 4 de octubre

BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 2001

Sala: **Primera.**

Ponente: **Fernando Garrido Falla.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia administrativa de irregularidades (posible ilícito penal).**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido disciplinario.**

Resolución: **Rechaza el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Se vincula la denuncia de irregularidades con el deber de denunciar los delitos públicos y la voluntad del denunciante de quedar al margen del posible ilícito cometido.

Se rechaza la vulneración de la garantía de indemnidad por considerar que la denuncia no fue obstaculizada ni represaliada, al apreciarse que el motivo del despido es ajeno a ella (actuación del trabajador en el momento de los hechos denunciados) [FJ 4].

No se analiza la alegada existencia de vulneración de la libertad de expresión al no haberse invocado en el proceso previo [FJ 2].

STC 5/2003, de 20 de enero

BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2003

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Elisa Pérez Vera.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Ejecución provisional.**

Elemento objetivo desencadenado: **Sanción.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Aunque el proceso judicial del que trae origen el conflicto deriva de una vulneración del derecho a no ser discriminado, se aprecia que en este caso se vulnera la tutela judicial efectiva en la vertiente del derecho a obtener la ejecución de las resoluciones judiciales, al perseguir la empresa su ineffectividad [FJ 4 y 6].

Se ampara a trabajadoras que, en el ámbito de un proceso ejecutivo, no impugnan un concreto acto de inejecución empresarial del mismo y son sancionadas por no acatarlo [FJ 7].

Se declara que «repele a la efectividad de la tutela judicial que, mediante actuaciones de aquella naturaleza, pueda arrojarse sucesiva e indefinidamente sobre el afectado la carga de promover nuevas acciones o recursos para obtener la satisfacción completa de sus derechos e intereses reconocidos por Sentencia» [FJ 6].

STC 55/2004, de 19 de abril
BOE núm. 120, de 18 de mayo de 2004

Sala: **Primera.**

Ponente: **Francisco Javier Delgado Barrio.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Comunicación privada.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido disciplinario.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Extiende la protección de la garantía de indemnidad a una solicitud privada –formulada por el abogado del trabajador– de arreglo extrajudicial de un conflicto con anuncio del posible ejercicio subsidiario de acciones judiciales, constando el ejercicio posterior de estas [FJ 3].

Se valoran los beneficios derivados de la evitación de los procesos que ofrecen las reclamaciones extrajudiciales, como «actividad previa no imperativa, pero conveniente y aconsejable, cuando del contexto, que se integra por los actos anteriores, coetáneos y posteriores, se deduzca sin dificultad que aquella está directamente encaminada al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva» [FJ 3].

STC 87/2004, de 10 de mayo
BOE núm. 129, de 28 de mayo de 2004

Sala: **Primera.**

Ponente: **María Emilia Casas Baamonde.**

Jurisdicción de origen: **C-A.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Proceso judicial previo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición de candidato en proceso selectivo.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Primera STC que declara la vulneración de la garantía de indemnidad fuera de la Jurisdicción Social.

Admite la existencia de represalias adoptadas con carácter previo a la contratación, revisando así implícitamente la doctrina contenida en la STC 54/1995.

En cuanto a la carga de la prueba, destaca que la represalia se produjese en el ámbito de un proceso objetivo, ya que la vulneración «resulta aún más evidente cuando la discriminación en el acceso al empleo se produce en el marco de un proceso de selección formalizado y sometido a los criterios de valoración de méritos contenidos en unas bases previamente adoptadas, como corresponde a la necesidad de garantizar la objetividad por la que debe regirse la Administración pública contratante, con pleno sometimiento a los principios de mérito y capacidad, y de excluir toda arbitrariedad en la adjudicación de las plazas» [FJ 3].

También se lesiona el derecho a la igualdad (art. 14 CE) en relación con el acceso al empleo público [FJ 5].

STC 151/2004, de 20 de septiembre
BOE núm. 255, de 22 de octubre de 2004

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Elisa Pérez Vera.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Artículo periodístico.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido disciplinario.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: El ejercicio de acciones judiciales constituye un presupuesto de la posibilidad misma de la vulneración de la garantía de indemnidad, pero no un indicio que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto [FJ 3].

En línea con lo alegado por el Ministerio Fiscal, rechaza lesión de la garantía de indemnidad por apreciar que la actuación se encuentra vinculada con el ejercicio de la libertad de expresión, respecto del que sí aprecia conexión [FJ 1 y 4].

STC 38/2005, de 28 de febrero
BOE núm. 81, de 5 de abril de 2005

Sala: **Primera.**

Ponente: **Roberto García-Calvo y Montiel.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Proceso judicial solicitando declaración de relación laboral común.**

Elemento objetivo desencadenado: **Cese como personal de alta dirección.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Pese a transcurrir varios años desde el inicio del proceso hasta su cese, se aprecia conexión temporal al haberse mantenido la conflictividad, traducida en la negativa de la empleadora a acatar la sentencia y formulación de nuevas reclamaciones [FJ 4].

La actuación empresarial discrecional «queda limitada por el respeto a los derechos fundamentales [...] pues la cobertura ordinaria que la caracterización de ese puesto ofrece a tales medidas empresariales no es bastante para descartar su posible instrumentalización ad casum con un resultado inconstitucional. Es exigible, por lo tanto, una justificación causal de la decisión en su específica y singular proyección sobre el caso concreto y ello porque, desde la perspectiva constitucional, las decisiones discrecionales o no causales puede ser igualmente ilícitas si son contrarias a los derechos fundamentales» [FJ 5].

STC 144/2005, de 6 de junio
BOE núm. 162, de 8 de julio de 2005

Sala: **Primera.**

Ponente: **Pablo Pérez Tremps.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Demanda solicitando declaración de relación laboral.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: La lesión del derecho no se excluye necesariamente por la mera finalización del último de una larga cadena de contratos (anterior a la reclamación) en la fecha inicialmente prevista, cuando la prestación de servicios se había mantenido ininterrumpidamente durante un periodo amplio de tiempo (diez años), sin que exista elemento alguno para entender que en este caso no iba a producirse renovación [FJ 7].

No excluye la lesión la existencia de una práctica empresarial consistente en la sustitución de contratos de arrendamiento de servicios celebrados con personas físicas por otros suscritos con sociedades [FJ 7].

STC 171/2005, de 20 de junio
BOE núm. 173, de 21 de julio de 2005

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Pascual Sala Sánchez.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Proceso judicial solicitando carácter indefinido de relación laboral.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como no renovación de contrato temporal).**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: Constituye un indicio de vulneración de derechos fundamentales que, después de un período de diez años de vinculación prácticamente ininterrumpida articulada a través de la suscripción de sucesivos

contratos –cuya finalización nunca ha supuesto obstáculo para el mantenimiento de la relación laboral–, se notifique a los trabajadores el cese tras obtener la declaración judicial de fijeza de la relación laboral, cuando además no han finalizado los trabajos objeto de dicha relación [FJ 4 y 5].

El voto particular se centra en cuestiones formales relativas al agotamiento de la vía judicial previa.

STC 298/2005, de 21 de noviembre
BOE núm. 304, de 21 de diciembre de 2005

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Guillermo Jiménez Sánchez.**

Jurisdicción de origen: **C-A.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Proceso judicial en reclamación de complemento retributivo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Reposición a funciones originales.**

Resolución: **Rechaza el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: No vulnera la garantía de indemnidad la decisión de no prolongar el desempeño por las trabajadoras de unas funciones que por resolución judicial se habían declarado impropias de su nivel profesional –habiéndoseles reconocido por su realización un complemento retributivo–, reponiéndolas a sus funciones previas [FJ 4].

La garantía de indemnidad no ampara «el mantenimiento de una situación jurídica irregular» [FJ 4].

STC 326/2005, de 12 de diciembre
BOE núm. 10, de 12 de enero de 2006

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Elisa Pérez Vera.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Remisión de escritos solicitando mayores medios materiales.**

Elemento objetivo desencadenado: **Modificación de condiciones de trabajo.**

Resolución: **Rechaza el amparo.**

Voto particular: **No.**

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Principales aportaciones: La mera remisión de escritos reclamando mayores medios «no puede considerarse el ejercicio de una acción judicial o una reclamación administrativa o un acto preparatorio de una acción judicial, que son los supuestos a los que nuestra doctrina ha extendido la garantía de indemnidad derivada del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva» [FJ 3].

Se declara vulnerada la libertad sindical por cuestiones ajenas a dichas reclamaciones [FJ 5 y 8].

STC 3/2006, de 16 de enero
BOE núm. 39, de 15 de febrero de 2006

Sala: **Primera.**

Ponente: **Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Proceso judicial reclamando diferencias por trabajo de superior categoría.**

Elemento objetivo desencadenado: **Reposición a funciones originales.**

Resolución: **Rechaza el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 298/2005.

STC 16/2006, de 19 de enero
BOE núm. 39, de 15 de febrero de 2006

Sala: **Pleno.**

Ponente: **Vicente Conde Martín de Hijas.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo y demanda de conflicto colectivo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: Se otorga protección a la acción judicial de conflicto colectivo formulada por un sindicato, pese a no constar que los trabajadores represaliados se encontrasen afiliados al mismo, ya que dicha acción judicial «tenía por finalidad la defensa de los intereses de aquellos, toda vez

que pretendía obtener un reconocimiento judicial sobre el carácter laboral de sus contratos. Era, por lo tanto, una controversia jurídica que les afectaba directamente al formar parte del ámbito del conflicto planteado» [FJ 5].

No considera relevante que a fecha del despido no se hubiese resuelto la demanda en tanto que la actuación protegida no es la resolución judicial, sino el mero ejercicio de la acción [FJ 5].

Contra la sentencia se formulan dos votos particulares. Ambos sostienen que la actuación de la empresa era legítima en las circunstancias concurrentes, que justificaban la extinción contractual y adjudicación de los servicios a otra entidad. Además, el primer voto particular niega que las denuncias ante la Inspección puedan conectarse con el derecho a la tutela judicial efectiva [Ap. 4]. También rechaza que pueda extenderse la protección a acciones judiciales benéficas para los trabajadores, cuando no son ejercitadas por estos, sino por un tercero, considerando necesaria «una más concreta personalización de la conducta del trabajador que pueda, en su caso, estimarse reprimida» [Ap. 3].

STC 44/2006, de 13 de febrero
BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2006

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Elisa Pérez Vera.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo y demanda de conflicto colectivo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 16/2006. Ídem con su voto particular.

STC 65/2006, de 27 de febrero
BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2006

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Elisa Pérez Vera.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo y demanda de conflicto colectivo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 16/2006. Ídem con su voto particular.

STC 120/2006, de 24 de abril
BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2006

Sala: **Primera.**

Ponente: **Francisco Javier Delgado Barrio.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Demanda solicitando cambio de puesto.**

Elemento objetivo desencadenado: **Supresión de mejora salarial voluntaria.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Se niega que el carácter voluntario de la mejora excluya la existencia de represalia, considerando que esta abarca cualquier tipo de perjuicio, incluidas las decisiones discrecionales [FJ 6].

Resulta irrelevante que finalmente (con posterioridad a la represalia) se desistiese de la demanda formulada [FJ 6].

La coincidencia temporal se considera indicio «de entidad suficiente para abrir razonablemente la posibilidad de la vulneración del derecho fundamental» [FJ 7].

Dado que las sentencias recurridas descartaron la existencia de panorama indiciario y no valoraron las alegaciones y prueba de la empresa, se otorga el amparo, declarándose la nulidad de actuaciones al objeto de que entren a resolver la cuestión [FJ 8].

STC 138/2006, de 8 de mayo
BOE núm. 136, de 8 de junio de 2006

Sala: **Primera.**

Ponente: **María Emilia Casas Baamonde.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Distintos procesos judiciales.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido disciplinario.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: La protección constitucional no depende exclusivamente de la fecha de interposición de las demandas, debiendo atenderse también a si se «prolongó el mantenimiento de la situación litigiosa hasta una fecha inmediatamente anterior al inicio de las acciones disciplinarias» [FJ 6].

Se analiza la existencia de un posible despido pluricausal, esto es, aquel en que «frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental [...], el empresario alcanza a probar que el despido obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador que justifican la adopción de la medida extintiva». Cuando concurre un panorama lesivo de derechos fundamentales con otros motivos de justificación, permite excluirse la existencia de vulneración del derecho cuando «el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado». Por tanto, «el empresario ha de probar tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental» [FJ 7].

No constituye prueba de la inexistencia de lesión la relevancia de las imputaciones no probadas, ni la existencia de quejas de otros trabajadores al constar que son sus superiores, al presentar insuficiencias y ambigüedades en sus declaraciones y al existir enemistad con el trabajador [FJ 8].

STC 125/2008, de 20 de octubre

BOE núm. 281, de 21 de noviembre de 2008

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Eugeni Gay Montalvo.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Demanda por modificación de condiciones de trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido disciplinario.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Ante la concurrencia de un panorama indiciario por el ejercicio de acciones, el hecho de que la empresa tenga una plantilla

voluminosa y una alta litigiosidad o que trabajadores en circunstancias similares no hayan sido despedidos no son criterios válidos para acreditar «que el despido obedeció a razones reales, objetivas y suficientes, ajenas a la vulneración del derecho fundamental», especialmente cuando se reconoció la improcedencia del cese [FJ 5 y 7].

STC 92/2009, de 20 de abril

BOE núm. 125, de 23 de mayo de 2009

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Vicente Conde Martín de Hijas.**

Jurisdicción de origen: **C-A.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Proceso judicial.**

Elemento objetivo desencadenado: **Cese en puesto de responsabilidad.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina general.

STC 75/2010, de 19 de octubre

BOE núm. 279, de 18 de noviembre de 2010

Sala: **Pleno.**

Ponente: **Elisa Pérez Vera.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: Se analiza la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de procesos de descentralización productiva, estableciéndose que esta permite que los trabajadores de una contratista se vinculen a la actividad productiva de la empresa principal, haciéndose depender de la vigencia del contrato mercantil incluso la duración de la relación laboral. En esta situación, «no sería admisible que [...] los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos», para lo que no será obstáculo «que ningún vínculo

contractual ligue a dicha empresa principal con los trabajadores despedidos como consecuencia de su decisión» [FJ 8].

Se declara la vulneración de la garantía de indemnidad en un supuesto en que la empresa principal rescinde su vinculación con la contratista, provocando de forma mediata el cese de los trabajadores, a raíz de que estos ejerciten acciones contra ambas y presenten una actuación altamente reivindicativa. No es óbice para ello que no se declare la existencia de cesión ilegal ni de connivencia entre las empresas [FJ 9].

Contra la sentencia se formulan tres votos particulares, que critican que se haya alcanzado esa resolución sin haber acudido a una cuestión interna de inconstitucionalidad por omisión. Además, señalan que ante la inexistencia de normativa no puede extenderse la responsabilidad a la empresa principal y que resulta constitucionalmente lícito que la empresa principal rescinda un contrato con la contratista cuando las reclamaciones de terceros (trabajadores) le provocan un perjuicio con el ejercicio de sus derechos.

STC 76/2010, de 19 de octubre

BOE núm. 279, de 18 de noviembre de 2010

Sala: **Pleno.**

Ponente: **María Emilia Casas Baamonde.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010.

STC 98/2010, de 16 de noviembre

BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010

Sala: **Pleno.**

Ponente: **Eugeni Gay Montalvo.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010. Ídem con su voto particular.

STC 99/2010, de 16 de noviembre
BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010

Sala: **Pleno.**

Ponente: **Manuel Aragón Reyes.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010. Ídem con su voto particular.

STC 100/2010, de 16 de noviembre
BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010

Sala: **Pleno.**

Ponente: **Ramón Rodríguez Arribas.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010. Ídem con su voto particular.

STC 101/2010, de 16 de noviembre
BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010

Sala: **Pleno.**

Ponente: **Pablo Pérez Tremps.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010. Ídem con su voto particular.

STC 102/2010, de 16 de noviembre

BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010

Sala: **Pleno.**

Ponente: **Pascual Sala Sánchez.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010. Ídem con su voto particular.

STC 103/2010, de 16 de noviembre

BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010

Sala: **Pleno.**

Ponente: **Manuel Aragón Reyes.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010. Ídem con su voto particular.

STC 104/2010, de 16 de noviembre

BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010

Sala: **Pleno.**

Ponente: **Guillermo Jiménez Sánchez.**

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010. Ídem con su voto particular.

STC 105/2010, de 16 de noviembre

BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010

Sala: **Pleno.**

Ponente: **Pablo Pérez Tremps.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010. Ídem con su voto particular.

STC 106/2010, de 16 de noviembre

BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010

Sala: **Pleno.**

Ponente: **Vicente Conde Martín de Hijas.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010. Ídem con su voto particular.

STC 107/2010, de 16 de noviembre
BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010

Sala: **Pleno.**
Ponente: **María Emilia Casas Baamonde.**
Jurisdicción de origen: **Social.**
Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**
Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**
Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**
Resolución: **Otorga el amparo.**
Voto particular: **Sí.**
Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010. Ídem con su voto particular.

STC 108/2010, de 16 de noviembre
BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010

Sala: **Pleno.**
Ponente: **Pablo Pérez Tremps.**
Jurisdicción de origen: **Social.**
Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**
Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**
Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**
Resolución: **Otorga el amparo.**
Voto particular: **Sí.**
Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010. Ídem con su voto particular.

STC 109/2010, de 16 de noviembre
BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010

Sala: **Pleno.**
Ponente: **Eugeni Gay Montalvo.**
Jurisdicción de origen: **Social.**
Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**
Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**
Elemento objetivo desencadenado: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**
Resolución: **Otorga el amparo.**
Voto particular: **Sí.**
Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010. Ídem con su voto particular.

STC 110/2010, de 16 de noviembre
BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010

Sala: **Pleno.**
Ponente: **María Emilia Casas Baamonde.**
Jurisdicción de origen: **Social.**
Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**
Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**
Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**
Resolución: **Otorga el amparo.**
Voto particular: **Sí.**
Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010. Ídem con su voto particular.

STC 111/2010, de 16 de noviembre
BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010

Sala: **Pleno.**
Ponente: **Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.**
Jurisdicción de origen: **Social.**
Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**
Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**
Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**
Resolución: **Otorga el amparo.**
Voto particular: **Sí.**
Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010. Ídem con su voto particular.

STC 112/2010, de 16 de noviembre
BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010

Sala: **Pleno.**
Ponente: **Eugeni Gay Montalvo.**
Jurisdicción de origen: **Social.**
Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**
Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**
Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**
Resolución: **Otorga el amparo.**
Voto particular: **Sí.**
Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 75/2010. Ídem con su voto particular.

STC 6/2011, de 14 de febrero
BOE núm. 63, de 15 de marzo de 2011

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Elisa Pérez Vera.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Vulnera la garantía de indemnidad la preterición en el orden de llamamiento de una bolsa de contratación temporal, motivada exclusivamente por la impugnación judicial de la extinción del anterior contrato temporal [FJ 5].

Existe vulneración del derecho aunque la actuación empresarial se adopte en virtud de acuerdo colectivo, con independencia de que pueda existir intencionalidad lesiva por parte de la empresa (FJ 4).

STC 10/2011, de 28 de febrero
BOE núm. 75, de 29 de marzo de 2011

Sala: **Primera.**

Ponente: **Javier Delgado Barrio.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Demanda.**

Elemento objetivo desencadenado: **Cese en cargo directivo y reposición a puesto ordinario.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina general.

STC 183/2015, de 10 de septiembre
BOE núm. 245, de 13 de octubre de 2015

Sala: **Pleno.**

Ponente: **Fernando Valdés Dal-Ré.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Conciliación judicial.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción del contrato por causas económicas.**

Resolución: **Rechaza el amparo.**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: El ejercicio de acciones previas representa un presupuesto de la posibilidad de vulneración de la garantía de indemnidad, pero no un indicio por sí mismo [FJ 6].

Se descarta la existencia de vulneración de la garantía de indemnidad cuando, «con posterioridad a la interposición de la demanda por modificación sustancial de condiciones de trabajo y tras haberse celebrado la conciliación, la empresa procedió, con carácter previo a la extinción, a ofrecer a la trabajadora una nueva propuesta de reducción de jornada de menor impacto que la primera. Esta circunstancia resulta indicativa de que la voluntad empresarial no fue la de represaliar o sancionar a la trabajadora por el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, pues, tras la acción judicial, la reacción inmediata [...] fue la de proponer la adopción de una medida de flexibilidad interna de menor alcance incluso que la anterior, a la que la trabajadora mostró su negativa, siendo sólo después cuando [...] la empresa acudió a la extinción contractual entre las posibles medidas de gestión empresarial», habiendo resultado acreditadas las causas económicas alegadas [FJ 7].

Contra la sentencia se formula un voto particular, que considera que la empresa no ha acreditado que su actuación se encuentre desvinculada del previo ejercicio de la acción. Entiende que no se ha justificado de manera solvente el motivo por el que, después de la conciliación judicial y tras ofrecerle a la trabajadora una medida más gravosa, es solo ante su negativa a aceptarla cuando se adopta la decisión de despedirla, todo ello en un muy breve lapso de tiempo.

STC 203/2015, de 5 de octubre

BOE núm. 272, de 13 de noviembre de 2015

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Fernando Valdés Dal-Ré.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Diversos procesos judiciales y denuncias ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido disciplinario.**

Resolución: **Rechaza el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina general.

STC 123/2016, de 23 de junio

BOE núm. 181, de 28 de julio de 2016

Sala: **Pleno.**

Ponente: **Ricardo Enríquez Sancho.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Recurso ante el TEDH.**

Elemento objetivo desencadenado: **Establecimiento de nuevos requisitos para acceder a subsidio por desempleo.**

Resolución: **No se pronuncia.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Se plantea, a través de una cuestión de inconstitucionalidad, si la garantía de indemnidad opera frente al poder legislativo.

Se alega que, tras dictarse STEDH que flexibilizaba la excarcelación de presos de ETA, se aprueba como réplica una norma que establece una nueva exigencia para acceder al subsidio por desempleo, consistente en haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito cometido.

Se declara la inconstitucionalidad de la norma por motivos ajenos al planteado, que no llega a analizarse.

STC 135/2016, de 18 de julio

BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Fernando Valdés Dal-Ré.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Recurso ante el TEDH.**

Elemento objetivo desencadenado: **Establecimiento de nuevos requisitos para acceder a subsidio por desempleo.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STC 123/2016.

STC 153/2016, de 22 de septiembre
BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2016

Sala: **Pleno.**

Ponente: **Pedro José González-Trevijano Sánchez.**

Jurisdicción de origen: **Ninguna – Recurso de inconstitucionalidad.**

Ministerio Fiscal: **No interviene.**

Elemento objetivo precursor: **Proceso judicial.**

Elemento objetivo desencadenado: **Aprobación legislativa.**

Resolución: **No se pronuncia.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Se alega que la aprobación de la Ley por la que se acuerda el cierre de la Radiotelevisión Valenciana se adopta como réplica a la sentencia que declara la nulidad de los despidos de toda la plantilla, por lo que se considera que se vulnera la garantía de indemnidad.

En sentido contrario, se alega que tal concepción supondría restringir la capacidad del poder legislativo.

Se declara la pérdida sobrevenida de objeto del recurso, sin pronunciarse sobre la cuestión planteada.

STC 146/2019, de 25 de noviembre
BOE núm. 5, de 6 de enero de 2020

Sala: **Segunda.**

Ponente: **Encarnación Roca Trías.**

Jurisdicción de origen: **Social.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Elemento objetivo precursor: **Quejas formuladas ante tercero.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido disciplinario.**

Resolución: **Otorga el amparo.**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: La formulación por un trabajador de quejas y reivindicaciones laborales contra su empresa ante el ayuntamiento –titular del servicio adjudicado a aquella– debe ser tutelada por la libertad de expresión.

El Ministerio Fiscal alega que también podría resultar vulnerada la garantía de indemnidad, en tanto que «además de poner de manifiesto deficiencias del servicio planteó reivindicaciones laborales implícitamente con la finalidad de que el ayuntamiento presionase a la empresa para conseguirlas y evitar así

un proceso laboral». Sin embargo, la sentencia no se pronuncia sobre dicha cuestión al no estar planteada en el recurso.

2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS de 6 de octubre de 2005 (RCUD 2736/2004)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Juan Francisco García Sánchez.**

Sentencia recurrida: **STSJ Canarias/Tenerife 458/2004 de 10 de mayo (rec. 841/2003).**

Sentencia de contraste: **STSJ Canarias/Tenerife 40/2004 de 23 de enero (rec. 937/2003).**

Elemento objetivo precursor: **Proceso judicial solicitando carácter indefinido de relación laboral.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido verbal.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina general.

STS de 9 de marzo de 2007 (RC 108/2005)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **José Manuel López García de la Serrana.**

Sentencia recurrida: **SAN 20/2005 de 22 de febrero (autos 197/2005 y 199/2005).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: No vulnera la garantía de indemnidad la preterición en el orden de llamamiento de una bolsa de contratación temporal, mo-

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

tivada exclusivamente en la impugnación judicial de la extinción del anterior contrato temporal. Tampoco cabe vulneración de la garantía de indemnidad cuando el contrato ya se ha extinguido y no existe pleito pendiente [FJ 2.2].

Estima el recurso, sin embargo, con fundamento en el principio de igualdad (art. 14 CE) [FJ 2.3].

Dicha doctrina sería revisada por la STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 2 de abril de 2007 (RCUD 5085/2005)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **José María Botana López.**

Sentencia recurrida: **STSJ Andalucía/Sevilla de 1 de julio (rec. 2022/2005).**

Sentencia de contraste: **STSJ Cataluña 3875/2005 de 2 de mayo (rec. 586/2005).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 9 de marzo de 2007 (RC 108/2005).

Dicha doctrina sería revisada por la STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 4 de abril de 2007 (RCUD 365/2006)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Jesús Souto Prieto.**

Sentencia recurrida: **STSJ País Vasco de 20 de diciembre de 2005 (rec. 2666/2005).**

Sentencia de contraste: **STSJ Cataluña 3875/2005 de 5 de mayo (rec. 586/2005).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 9 de marzo de 2007 (RC 108/2005).

Dicha doctrina sería revisada por la STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Sala General.**

Ponente: **Juan Francisco García Sánchez.**

Sentencia recurrida: **STSJ País Vasco 1841/2005 de 12 de julio (rec. 1453/2005).**

Sentencia de contraste: **STSJ Cataluña 3875/2005 de 2 de mayo (rec. 586/2005).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Ministerio Fiscal: **No consta.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Vulnera la garantía de indemnidad la preterición en el orden de llamamiento de una bolsa de contratación temporal, motivada exclusivamente por la impugnación judicial de la extinción del anterior contrato temporal [FJ 3].

Revisa doctrina de STS de 9 de marzo de 2007 (RC 108/2005).

STS de 30 de octubre de 2007 (RCUD 4295/2005)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Sala General.**

Ponente: **Aurelio Desdentado Bonete.**

Sentencia recurrida: **STSJ País Vasco 1981/2005 de 6 de septiembre (rec. 1783/2005).**

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Sentencia de contraste: **STSJ Cataluña 3875/2005 de 2 de mayo (rec. 586/2005).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Ministerio Fiscal: **No consta.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 30 de octubre de 2007 (RCUD 3503/2006)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Sala General.**

Ponente: **Gonzalo Moliner Tamborero.**

Sentencia recurrida: **STSJ País Vasco de 4 de julio de 2006 (rec. 1172/2006).**

Sentencia de contraste: **STSJ Galicia de 30 de junio de 2005 (rec. 3107/2005)**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 30 de octubre de 2007 (RCUD 5101/2005)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Sala General.**

Ponente: **Jesús Gullón Rodríguez.**

Sentencia recurrida: **STSJ País Vasco 2262/2005 de 4 de octubre (rec. 1597/2005).**

Sentencia de contraste: **STSJ Cataluña 3875/2005 de 2 de mayo (rec. 586/2005).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Ministerio Fiscal: **No consta.**
 Resolución: **Desestima (EM).**
 Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 31 de octubre de 2007 (RCUD 647/2006)

Jurisdicción: **Social.**
 Sección: **Sala General.**
 Ponente: **Antonio Martín Valverde.**

Sentencia recurrida: **STSJ País Vasco de 27 de diciembre de 2005 (rec. 433/2005).**

Sentencia de contraste: **STSJ Cataluña 3875/2005 de 2 de mayo (rec. 586/2005).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**
 Ministerio Fiscal: **No consta.**
 Resolución: **Desestima (EM).**
 Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 31 de octubre de 2007 (RCUD 2531/2006)

Jurisdicción: **Social.**
 Sección: **Sala General.**
 Ponente: **José Luis Gilolmo López.**

Sentencia recurrida: **STSJ País Vasco de 18 de abril de 2006 (rec. 484/2006).**
 Sentencia de contraste: **STSJ Cataluña 3875/2005 de 2 de mayo (rec. 586/2005).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**
 Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**
 Resolución: **Desestima (EM).**
 Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 2 de noviembre de 2007 (RCUD 5011/2005)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Sala General.**

Ponente: **Luis Ramón Martínez Garrido.**

Sentencia recurrida: **STSJ País Vasco 2338/2005 de 11 de octubre (rec. 1942/2005).**

Sentencia de contraste: **STSJ Cataluña 3875/2005 de 2 de mayo (rec. 586/2005).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 6 de noviembre de 2007 (RCUD 3876/2005)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Sala General.**

Ponente: **María Luisa Segoviano Astaburuaga.**

Sentencia recurrida: **STSJ País Vasco 1880/2005 de 12 de julio (rec. 1598/2005).**

Sentencia de contraste: **STSJ Cataluña 3875/2005 de 2 de mayo (rec. 586/2005).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Ministerio Fiscal: **No consta.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 19 de noviembre de 2007 (RCUD 2963/2006)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Luis Ramón Martínez Garrido.**

Sentencia recurrida: **STSJ Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2006 (rec. 4753/2006).**

Sentencia de contraste: **STSJ Aragón 1157/2004 de 4 de octubre (rec. 895/2004).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 30 de noviembre de 2007 (RCUD 4423/2006)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Jesús Souto Prieto.**

Sentencia recurrida: **STSJ País Vasco 2012/2006 de 5 de septiembre (rec. 1574/2006).**

Sentencia de contraste: **STSJ Cataluña 8203/2005 de 27 de octubre (rec. 5029/2005).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 17 de enero de 2008 (RCUD 2607/2006)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Luis Fernando de Castro Fernández.**

Sentencia recurrida: **STSJ País Vasco de 11 de abril de 2006 (rec. 629/2006).**

Sentencia de contraste: **STSJ Galicia 3801/1998 de 24 de junio (rec. 2447/1998).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 22 de enero de 2008 (RCUD 1710/2006)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Antonio Martín Valverde.**

Sentencia recurrida: **STSJ Galicia 1291/2006 de 24 de febrero (rec. 500/2006).**

Sentencia de contraste: **STSJ Galicia de 24 de junio (rec. 2447/1998).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 18 de febrero de 2008 (RCUD 1232/2007)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Jesús Gullón Rodríguez.**

Sentencia recurrida: **STSJ Canarias/Las Palmas de 29 de diciembre de 2006 (rec. 664/2006).**

Sentencia de contraste: **STSJ Canarias/Las Palmas 358/2005 de 30 de marzo (rec. 1239/2004).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando la declaración de laboral e indefinida.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: En el supuesto de concatenación de sucesivos contratos, se rechaza que la presentación de reclamación unos días antes de la finalización de uno de dichos contratos pueda ser calificada como una actuación fraudulenta, que persiga la preconstitución de la prueba de la vulneración del derecho fundamental [FJ 3].

No se aprecia justificación de la actuación empresarial cuando las tareas de la trabajadora despedida continuaron realizándose por otra persona distinta [FJ 3].

STS de 26 de febrero de 2008 (RCUD 723/2007)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Luis Fernando de castro Fernández.**

Sentencia recurrida: **STSJ Canarias/Las Palmas 1536/2006 de 29 de noviembre (rec. 482/2006).**

Sentencia de contraste: **STSJ Canarias/Las Palmas 358/2005 de 30 de marzo (rec. 1239/2004).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando la declaración de laboral e indefinida.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 18 de febrero de 2008 (RCUD 1232/2007).

STS de 17 de junio de 2008 (RCUD 2862/2007)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Luis Fernando de Castro Fernández.**

Sentencia recurrida: **STSJ Andalucía/Sevilla de 25 de octubre de 2006 (rec. 3186/2006).**

Sentencia de contraste: **STSJ Andalucía/Sevilla de 1 de julio de 2005 (rec. 2022/2005).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 24 de octubre de 2008 (RCUD 2463/2007)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Luis Fernando de Castro Fernández.**

Sentencia recurrida: **STSJ Andalucía/Sevilla 1483/2007 de 3 de mayo (rec. 729/2007).**

Sentencia de contraste: **STS de 2 de abril de 2007 (RCUD 5085/2005).**

Elemento objetivo precursor: **Impugnación judicial de extinción del anterior contrato temporal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Preterición en la bolsa de contratación.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 29 de octubre de 2007 (RCUD 4746/2005).

STS de 14 de enero de 2009 (RCUD 996/2008)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Antonio Martín Valverde.**

Sentencia recurrida: **STSJ Canarias/Las Palmas 13/2008 de 4 de enero (rec. 991/2005).**

Sentencia de contraste: **STSJ Canarias/Tenerife de 1 de octubre de 2003 (rec. 668/2003).**

Elemento objetivo precursor: **Diversos procesos judiciales.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como no renovación de contrato temporal).**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Se declara que: «1) la libertad de las confesiones de establecer contenidos de las enseñanzas religiosas y criterios de cualificación de los profesores no es absoluta, sino que debe respetar tanto “las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional” como las “previsiones legales” sobre el proceso de selección; 2) por tanto, “no cabe aceptar que los efectos civiles de una decisión eclesiástica puedan resultar inmunes a la tutela jurisdiccional de los órganos del Estado”; 3) para comprobar la legalidad y la constitucionalidad de los referidos actos de las autoridades eclesiásticas, estas, en caso de no renovación de una habilitación otorgada anteriormente, deben motivar que la decisión está basada en razones “de índole religiosa o moral”; 4) una vez verificada la “motivación estrictamente religiosa”, la causa invocada de inhabilitación ha de ser, además, compatible con los “derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo”; y 5) el control de legalidad y de constitucionalidad de la contratación de estos “trabajadores de la Administración pública educativa” se atribuye a los órganos del orden social de la Jurisdicción: y, en vía de amparo, al Tribunal Constitucional» [FJ 4].

STS de 20 de enero de 2009 (RCUD 1927/2007)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Fernando Salinas Molina.**

Sentencia recurrida: **STSJ Canarias/Tenerife 278/2007 de 28 de marzo (rec. 499/2006).**

Sentencia de contraste: **STSJ Andalucía/Granada 2835/2003 de 7 octubre (rec. 926/2003).**

Elemento objetivo precursor: **Diversos procesos judiciales.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como no renovación de contrato temporal).**

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 14 de enero de 2009 (RCUD 996/2008).

STS de 2 de febrero de 2009 (RCUD 768/2008)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Luis Ramón Martínez Garrido.**

Sentencia recurrida: **STSJ Canarias/Las Palmas 1868/2007 de 11 de diciembre (rec. 1947/2002).**

Sentencia de contraste: **STSJ Canarias/Tenerife de 1 de octubre de 2003 (rec. 668/2003).**

Elemento objetivo precursor: **Diversos procesos judiciales.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como no renovación de contrato temporal).**

Ministerio Fiscal: **No consta.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 14 de enero de 2009 (RCUD 996/2008).

STS de 29 de mayo de 2009 (RCUD 152/2008)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Jordi Agustí Juliá.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 311/2007 de 11 de abril (rec. 86/2007).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 180/2007 de 12 de marzo (rec. 5827/2006).**

Elemento objetivo precursor: **Demanda de cesión ilegal, declaración de indefinido y diferencias salariales.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Ante indicios de vulneración de la garantía de indemnidad consistentes en la declaración de la existencia de cesión ilegal y del carácter fraudulento de los contratos –y, por ende, el carácter indefinido de la relación laboral–, la finalización del último contrato temporal no constituye causa justificativa de la extinción de la relación laboral [FJ 3.4].

STS de 17 de septiembre de 2009 (RCUD 2751/2008)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Jordi Agustí Juliá.**

Sentencia recurrida: **STSJ Comunidad Valenciana 2067/2008 de 23 de junio (rec. 225/2008).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 888/2004 de 25 de octubre (rec. 4802/2004).**

Elemento objetivo precursor: **Diversos procesos judiciales y denuncia ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción del contrato apreciando la baja voluntaria del trabajador.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (TR).**

Voto particular: **No**

Principales aportaciones: No vulnera la garantía de indemnidad del trabajador la extinción de su contrato, articulada como una baja voluntaria, cuando se le ordenó el traslado, que no acató e impugnó, siendo además finalmente desestimada la demanda [FJ 3].

STS de 23 de septiembre de 2009 (RCUD 2139/2008)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Víctor Fuentes López.**

Sentencia recurrida: **STSJ Canarias/Las Palmas de 31 de enero de 2008 (rec. 1092/2006).**

Sentencia de contraste: **STSJ Canarias/Tenerife de 1 de octubre de 2003 (rec. 668/2003)**

Elemento objetivo precursor: **Diversos procesos judiciales.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como no renovación de contrato temporal).**

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 14 de enero de 2009 (RCUD 996/2008).

STS de 22 de octubre de 2009 (RCUD 4440/2008)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Mariano Sampedro Corral.**

Sentencia recurrida: **STSJ Canarias/Las Palmas 300/2008 de 29 de febrero (rec. 1003/2006).**

Sentencia de contraste: **STSJ Canarias/Tenerife de 1 de octubre de 2003 (rec. 668/2003).**

Elemento objetivo precursor: **Diversos procesos judiciales.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como no renovación de contrato temporal).**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 14 de enero de 2009 (RCUD 996/2008).

STS de 23 de diciembre de 2010 (RCUD 4380/2009)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Antonio Martín Valverde.**

Sentencia recurrida: **STSJ Castilla y León (Valladolid) 1746/2009 de 11 de noviembre (rec. 1746/2009).**

Sentencia de contraste: **STSJ Castilla y León (Valladolid) 1255/2007 de 13 de julio de 2007 (rec. 1255/2007).**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: La protección constitucional debe otorgarse «no sólo a las actuaciones judiciales propiamente dichas sino a los “actos previos o preparatorios” al ejercicio de las acciones judiciales, como pueden serlo la denuncia a la Inspección de Trabajo y la actuación de la misma» [FJ 5].

STS de 13 de noviembre de 2012 (RCUD 3781/2011)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Rosa María Virolés Piñol.**

Sentencia recurrida: **STSJ Galicia 4353/2011 de 14 de octubre (rec. 2131/2011)**

Sentencia de contraste: **STSJ Galicia 5283/2010 de 15 de noviembre (rec. 3424/2010)**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando carácter indefinido.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Ante fuerte indicio de vulneración de la garantía de indemnidad (reclamación previa presentada veinte días antes solicitando el carácter indefinido del contrato por realización de funciones diferentes de las contratadas), la comunicación de finalización de contrato temporal claramente fraudulento no justifica la actuación empresarial, ni ante la inexistencia de previsión presupuestaria para mantener su contratación [FJ 3.3].

STS de 29 de enero de 2013 (RCUD 349/2012)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Jordi Agustí Juliá.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 1015/2011 de 1 de diciembre (rec. 2634/2011).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 121/2010 de 18 de febrero (rec. 5401/2009).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando carácter indefinido.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 13 de noviembre de 2012 (RCUD 3781/2011).

STS de 4 de marzo de 2013 (RCUD 928/2012)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Luis Fernando de Castro Fernández.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 18/2012 de 16 de enero (rec. 4491/2011).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 121/2010 de 18 de febrero (rec. 5401/2009).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando carácter indefinido.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 13 de noviembre de 2012 (RCUD 3781/2011).

STS de 6 de marzo de 2013 (RCUD 616/2012)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Milagros Calvo Ibarlucea.**

Sentencia recurrida: **STSJ Galicia 5/2012 de 19 de diciembre (rec. 4096/2011).**

Sentencia de contraste: **STSJ Galicia 5145/2010 de 15 de noviembre (rec. 3421/2010).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa por cesión ilegal de trabajadores.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Ante fuerte indicio de vulneración de la garantía de indemnidad (interposición de reclamación previa días antes denunciando).

do la existencia de cesión ilegal de trabajadores), habrían resultado pruebas idóneas para justificar la actuación empresarial la acreditación de la finalización del trabajo o la extinción del contrato de otros trabajadores en similares circunstancias [FJ 4].

STS de 12 de abril de 2013 (RCUD 2327/2012)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Jesús Souto Prieto.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 369/2012 de 16 de abril (rec. 270/2012).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 121/2010 de 18 de febrero (rec. 5401/2009).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando carácter indefinido.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 13 de noviembre de 2012 (RCUD 3781/2011).

STS de 16 de mayo de 2013 (RCUD 955/2012)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Jesús Souto Prieto.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 1061/2011 de 29 de diciembre (rec. 6319/2011).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 577/2011 de 17 de junio (rec. 1410/2011).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando carácter indefinido.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR)**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 13 de noviembre de 2012 (RCUD 3781/2011).

STS de 5 de julio de 2013 (RCUD 1374/2012)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Jesús Souto Prieto.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 212/2012 de 9 de marzo (rec. 5780/2011).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 121/2010 de 18 de febrero (rec. 5401/2009).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando carácter indefinido.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 13 de noviembre de 2012 (RCUD 3781/2011).

STS de 5 de julio de 2013 (RCUD 1683/2012)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Jesús Souto Prieto.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 16/2012 de 16 de enero (rec. 4279/2011).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 121/2010 de 18 de febrero (rec. 5401/2009).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando carácter indefinido.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 13 de noviembre de 2012 (RCUD 3781/2011).

STS de 11 de noviembre de 2013 (RCUD 3285/2012)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Jesús Souto Prieto.**

Sentencia recurrida: **STSJ Comunidad Valenciana 2116/2012 de 24 de julio (rec. 1612/2012).**

Sentencia de contraste: **STSJ Comunidad Valenciana 2590/2011 de 20 de septiembre (rec. 1900/2011).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando carácter indefinido.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 13 de noviembre de 2012 (RCUD 3781/2011).

STS de 21 de enero de 2014 (RCUD 941/2013)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **María Lourdes Arastey Sahún.**

Sentencia recurrida: **STSJ Galicia 843/2013 de 29 de enero (rec. 5509/2012).**

Sentencia de contraste: **STSJ Galicia 810/2013 de 30 de enero (rec. 5086/2012).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa por cesión ilegal de trabajadores.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 6 de marzo de 2013 (RCUD 616/2012).

STS de 19 de febrero de 2014 (RCUD 687/2013)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Rosa María Virolés Piñol.**

Sentencia recurrida: **STSJ Galicia de 29 de noviembre de 2012 (rec. 4036/2012).**

Sentencia de contraste: **STSJ Galicia de 11 de diciembre de 2012 (rec. 4054/2012).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa por cesión ilegal de trabajadores.**

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 6 de marzo de 2013 (RCUD 616/2012).

STS de 14 de mayo de 2014 (RCUD 1330/2013)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Miguel Ángel Luelmo Millán.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 182/2013 de 1 de marzo (rec. 6387/2012).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 313/2012 de 7 de mayo (rec. 289/2012).**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección y Demanda solicitando la declaración de laboral e indefinida.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina general.

STS de 24 de julio de 2014 (RC 135/2013)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Rosa María Virolés Piñol.**

Sentencia recurrida: **SAN 116/2012 de 24 de octubre (autos 174/2012).**

Elemento objetivo precursor: **Demanda de impugnación de convenio colectivo de empresa.**

Elemento objetivo desencadenado: **Modificación colectiva de condiciones de trabajo (reducción de jornada).**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Se declara que ha sido vulnerada la garantía de indemnidad del sindicato demandante [FJ 3. D].

Constituyen indicios de la vulneración: que la decisión empresarial se adoptase dos meses después de la interposición de demanda contra el convenio colectivo de empresa; que solo fuesen afectados por la decisión empresarial los trabajadores que no se adhirieron al convenio, viéndose dicho indicio reforzado por la exclusión de la misma de aquellos que posteriormente lo suscribieron; y que, pese a mantenerse durante un largo período de tiempo la causa alegada –y no acreditada–, solo diese lugar a la decisión de modificación de condiciones tras la interposición de la demanda [FJ 3. D].

STS de 26 de noviembre de 2014 (RCUD 294/2013)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Antonio Vicente Sempere Navarro.**

Sentencia recurrida: **SAN 125/2013 de 17 de junio (autos 210/2012).**

Elemento objetivo precursor: **Proceso judicial por despido declarado discriminatorio.**

Elemento objetivo desencadenado: **Inclusión en despido colectivo.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: No se discuten las causas del despido, sino la pertinencia de incluir a la trabajadora en el mismo, ya que la concurrencia de causas globales no garantiza la corrección de las inclusiones singulares [FJ 5. D.a y c].

Aun cuando se trate de un despido colectivo pactado, operan las reglas especiales de distribución de la carga de la prueba cuando concurren indicios de lesión de derechos fundamentales [FJ 5. D.b].

No desvirtúa el indicio la inclusión de trabajadores en condiciones análogas ya que «el término de contraste no es válido [...] pues no concurre una identidad de situaciones [...]; la comparación correcta requiere que también en esos casos hubiera mediado el despido discriminatorio en los meses anteriores» [FJ 5. D.d].

Resulta lesivo del derecho fundamental que la inclusión en el despido colectivo se produzca tomando en cuenta la disminución de rendimiento que es resultado de incluir en la consideración el período de inactividad en que la trabajadora permaneció como consecuencia del anterior despido, declarado nulo [FJ 5. D.f].

STS de 10 de febrero de 2015 (RC 221/2013)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Milagros Calvo Ibarlucea.**

Sentencia recurrida: **SAN 150/2013 de 24 de julio (autos 144/2012).**

Elemento objetivo precursor: **Negativa a renunciar a cláusulas contractuales de mejoras indemnizatorias.**

Elemento objetivo desencadenado: **Inclusión en despido colectivo.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Vulnera la garantía de indemnidad la inclusión en despido colectivo de trabajadores a los que se ofreció continuar trabajando si renunciaban a cláusulas contractuales que mejoraban sus indemnizaciones por despido [FJ 4].

Se considera que su inclusión en el despido colectivo no está causada «por la pérdida de la funcionalidad económica de sus contratos, ni [...] porque sus costes salariales eran muy elevados, puesto que la empresa les aseguraba un año de contrato en las mismas condiciones, sino para que renunciaran a las cláusulas controvertidas, que eran precisamente su escudo protector para dificultar la extinción de sus contratos de trabajo» [FJ 4].

STS de 17 de febrero de 2015 (RCUD 891/2014)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Miguel Ángel Luelmo Millán.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 58/2014 de 22 de enero (rec. 1618/2013).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 399/2013 de 10 de mayo (rec. 1010/2012).**

Elemento objetivo precursor: **Proceso judicial y denuncia ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido por causas objetivas.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina general.

STS de 25 de marzo de 2015 (RC 245/2014)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Manuel Ramón Alarcón Caracuel.**

Sentencia recurrida: **STSJ Galicia 2542/2014 de 9 de mayo (rec. 9/2014).**

Elemento objetivo precursor: **Proceso judicial.**

Elemento objetivo desencadenado: **Inclusión en despido colectivo.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Pese a existir indicios, la acreditación empresarial de una causa justificada por las que se ha designado en concreto a los trabajadores que habían reclamado judicialmente excluye la existencia de vulneración de derechos fundamentales [FJ 4.b].

STS de 16 de junio de 2015 (RC 283/2014)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Milagros Calvo Ibarlucea.**

Sentencia recurrida: **SAN 50/2014 de 10 de marzo (autos 285/2013).**

Elemento objetivo precursor: **Ejercicio acción judicial.**

Elemento objetivo desencadenado: **Designación de trabajadores afectados por despido colectivo.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: No vulnera la garantía de indemnidad la decisión final de cerrar un centro de trabajo en lugar de otro, en tanto que no viene motivada por el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores del primero, sino por el acuerdo alcanzado con los del segundo, que al ceder en sus condiciones de trabajo sustancialmente modificaron la preferencia empresarial entre ambos centros [FJ 6.c y 7].

STS de 17 de junio de 2015 (RCUD 2217/2014)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Fernando Salinas Molina.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 329/2014 de 11 de abril (rec. 2108/2013).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 818/2011 de 12 de diciembre (rec. 3473/2011).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando declaración indefinida.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: **Reitera doctrina general.**

STS de 7 de julio de 2015 (RCUD 2598/2014)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Rosa María Virolés Piñol.**

Sentencia recurrida: **STSJ Galicia 3543/2014 de 25 de junio (rec. 1235/2014).**

Sentencia de contraste: **STSJ Galicia 1720/2014 de 21 de marzo (rec. 4475/2013).**

Elemento objetivo precursor: **Declaración judicial de nulidad de despido como indefinida no fija y nueva demanda.**

Elemento objetivo desencadenado: **Amortización de puesto de trabajo tras modificación de la RPT.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: **Se declara que: «a) La amortización de la plaza desempeñada por modificación de la RPT no está legalmente prevista como causa extintiva de estos contratos, porque no están sujetos a condición resolutoria, sino a término; y b) Para poder extinguir los contratos sin previamente haber cubierto reglamentariamente las plazas, la Administración Pública deberá acudir a la vía de extinción prevista en los arts. 51 y 52 ET [cauce ya previsto por la DA vigésima ET]» [FJ 3].**

STS de 13 de julio de 2015 (RCUD 2405/2014)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Luis Fernando de Castro Fernández.**

Sentencia recurrida: **STSJ Galicia 2872/2014 de 23 de mayo (rec. 589/2014).**

Sentencia de contraste: **STSJ Galicia 1720/2014 de 21 de marzo (rec. 4475/2013).**

Elemento objetivo precursor: **Proceso judicial reclamando carácter indefinido.**

Elemento objetivo desencadenado: **Amortización de puesto de trabajo tras modificación de la RPT.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Desestima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: No constituye indicio válido, habida cuenta de la lejanía temporal, la existencia de un proceso judicial planteado seis años antes, tras el que se produjo la adscripción dos años después al puesto ahora amortizado [FJ 2.4].

Aunque pudiera considerarse indicio, se considera que existe «causa objetiva, razonable y ajena a toda intención de vulnerar el derecho fundamental», en tanto que «la medida extintiva obedece a una despersonalizada modificación de la RTP [...], y que no solamente afecta al actor o a un número reducido de trabajadores, sino que tiene una proyección generalizada», alcanzando incluso a empleados con la condición de funcionarios de carrera [FJ 2.4].

STS de 27 de enero de 2016 (RCUD 2787/2014)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Ángel Antonio Blasco Pellicer.**

Sentencia recurrida: **STSJ Aragón 419/2014 de 2 de julio (rec. 295/2014).**

Sentencia de contraste: **STS de 11 de noviembre de 2013 (RCUD 3285/2012).**

Elemento objetivo precursor: **Proceso judicial reclamando condición de indefinida.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina general.

STS de 24 de febrero de 2016 (RCUD 1097/2014)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **José Luis Gilolmo López.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 975/2013 de 18 de noviembre (rec. 1392/2013).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 818/2011 de 12 de diciembre (rec. 3473/2011).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando declaración indefinida.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual laboral).**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: **Reitera doctrina general.**

STS de 24 de febrero de 2016 (RC 371/2014)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **María Luisa Segoviano Astaburuaga.**

Sentencia recurrida: **SAN 138/2014 de 29 de julio (autos 151/2014).**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Negativa a convocar a sindicato a reuniones de comisión del convenio.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: El hecho de que puntualmente se haya permitido participar al sindicato en una reunión de una comisión paritaria integrada por los firmantes del convenio –entre los que no se encuentra– no puede interpretarse más que como «un acto de mera tolerancia, sin proyección de futuro», por lo que la negativa a convocarle a las siguientes no puede interpretarse como una represalia. A lo anterior abunda que fuese convocado a dicha reunión pese a haber interpuesto ya varias denuncias previamente [FJ 10].

STS 236/2016, de 18 de marzo (RCUD 1447/2014)Jurisdicción: **Social.**Sección: **Primera.**Ponente: **Jordi Agustí Juliá.**Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 23/2014 de 27 de enero (rec. 1716/2013).**Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 950/2013 de 29 de noviembre (rec. 1650/2013).**Elemento objetivo precursor: **Remisión de burofax anunciando ejercicio de acciones.**Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**Resolución: **Estima (TR).**Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina general.

STS 345/2016, de 27 de abril (RCUD 3711/2014)Jurisdicción: **Social.**Sección: **Primera.**Ponente: **Jesús Souto Prieto.**Sentencia recurrida: **STSJ Andalucía/Sevilla 2254/2014 de 11 de septiembre (rec. 1653/2013).**Sentencia de contraste: **STSJ Andalucía/Sevilla de 13 de noviembre de 2013 (rec. 62/2013).**Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando la declaración de laboral e indefinida.**Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**Resolución: **Estima (TR).**Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina general.

STS 876/2016, de 20 de octubre (RCUD 1278/2015)Jurisdicción: **Social.**Sección: **Primera.**

Ponente: **José Manuel López García de la Serrana.**

Sentencia recurrida: **STSJ Andalucía/Granada 280/2015 de 5 de febrero (rec. 2733/2014).**

Sentencia de contraste: **STS de 2 de febrero de 2009 (RCUD 768/2008).**

Elemento objetivo precursor: **Diversos procesos judiciales.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como no llamamiento a trabajador fijo discontinuo).**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 14 de enero de 2009 (RCUD 996/2008).

STS 892/2016, de 26 de octubre (RCUD 2913/2014)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Sala General.**

Ponente: **José Luis Gilolmo López.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 502/2014 de 29 de mayo (rec. 79/2014).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 109/2014 de 17 de febrero (rec. 1383/2013).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa por cesión ilegal de trabajadores.**

Elemento objetivo desencadenado: **Extinción de contrato temporal.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (EM).**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: Se declara que el simple hecho del reconocimiento de la cesión ilegal de trabajadores «no alcanza la suficiencia ni la fortaleza indiciaria como para entender vulnerada la indemnidad», teniendo en cuenta que la prestación de servicios no tuvo continuidad temporal y que con la reclamación, «conociendo de antemano lo que va a venir, se preconstituye una acción de nulidad desligada radicalmente de cualquier conducta de la empresa supuestamente vulneradora de derechos fundamentales de la actora» [FJ 4.4].

Matiza doctrina de STS de 6 de marzo de 2013 (RCUD 616/2012), a la vista de circunstancias concurrentes.

El voto particular critica: a) que se obvie la Jurisprudencia que establece que el conocimiento por el trabajador de la finalización de su contrato tempo-

ral no obsta a la declaración de vulneración del derecho; b) que se omita que la empresa no acreditó la justificación de la temporalidad del contrato.

STS 1053/2016, de 13 de diciembre (RCUD 2059/2015)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Ángel Antonio Blasco Pellicer.**

Sentencia recurrida: **STSJ Galicia 2073/2015 de 14 de abril (rec. 5100/2014).**

Sentencia de contraste: **STS Galicia 1470/2014 de 6 de marzo (rec. 2851/2013).**

Elemento objetivo precursor: **Declaración judicial de cesión ilegal de trabajadores y como indefinida.**

Elemento objetivo desencadenado: **Amortización de puesto de trabajo tras modificación de la RPT.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 7 de julio de 2015 (RCUD 2598/2014).

STS 448/2017, de 25 de mayo (RCUD 2149/2015)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **María Luisa Segoviano Astaburuaga.**

Sentencia recurrida: **STSJ Andalucía/Sevilla de 5 de noviembre de 2014 (rec. 2484/2013).**

Sentencia de contraste: **STSJ Galicia 3750/2014 de 18 de julio (rec. 1562/2014).**

Elemento objetivo precursor: **Proceso judicial y denuncia penal por prevaricación y acoso.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido objetivo por causas económicas.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (TR).**

Voto particular: **Sí.**

Principales aportaciones: La sentencia desestima el recurso por falta de contradicción.

El voto particular considera que concurriría el requisito de la contradicción y destaca las acciones penales como prueba indiciaria válida de vulneración de la garantía de indemnidad.

STS 526/2017, de 20 de junio (RC 253/2015)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Sala General.**

Ponente: **José Manuel López García de la Serrana.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 519/2015 de 12 de junio (rec. 333/2015).**

Elemento objetivo precursor: **Proceso judicial previo de impugnación de despido colectivo por sindicato.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido colectivo.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Considera que la existencia de un proceso anterior no es indicio suficiente cuando en el nuevo proceso se incluye a muchos otros afectados que no han ejercitado acción judicial alguna [FJ 2.3].

Se destaca que el anterior proceso fue promovido por los sindicatos mayoritarios, tratándose de una «acción colectiva en beneficio de un colectivo genérico e indeterminado de trabajadores cuyo ejercicio no generaría la protección que se pide frente a supuestas represalias del empresario salvo con respecto a este y sus afiliados. Como no consta la afiliación sindical de los afectados por el presente despido colectivo no puede estimarse que el mismo tenga su origen en una represalia por causa del anterior procedimiento» [FJ 2.3].

Otorga relevancia a que los anteriores ceses fuesen anulados por cuestiones de forma, y no de fondo, «al no haberse seguido el procedimiento legal para acordar los ceses, pronunciamiento que permitía proceder a un nuevo despido colectivo subsanados los defectos formales que supusieron la anulación del anterior, lo que impide estimar que el despido colectivo que nos ocupa fuese motivado por un ánimo revanchista. Más aún, la inexistencia del fin revanchista contra el que protege la “garantía de indemnidad”» [FJ 2.3].

STS 64/2018, de 25 de enero (RCUD 3917/2015)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Antonio Vicente Sempere Navarro.**

Sentencia recurrida: **STSJ Galicia 4964/2015 de 18 de septiembre (rec. 2297/2015).**

Sentencia de contraste: **STSJ Galicia 1470/2014 de 6 de marzo (rec. 2851/2013).**

Elemento objetivo precursor: **Declaración judicial de cesión ilegal de trabajadores e indefinida.**

Elemento objetivo desencadenado: **Amortización de puesto de trabajo tras modificación de la RPT.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 7 de julio de 2015 (RCUD 2598/2014).

STS 179/2018, de 21 de febrero (RCUD 2609/2015)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **María Lourdes Arastey Sahún.**

Sentencia recurrida: **STSJ Andalucía/Sevilla 3284/2014 de 10 de diciembre (rec. 2951/2013).**

Sentencia de contraste: **STS Andalucía/Sevilla de 13 de noviembre de 2013 (rec. 80/2013).**

Elemento objetivo precursor: **Denuncia ante la Inspección de Trabajo y demanda reclamando declaración de laboral.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina general.

STS 185/2018, de 21 de febrero (RCUD 842/2016)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Ángel Antonio Blasco Pellicer.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 790/2015 de 27 de octubre (rec. 324/2015).**

Sentencia de contraste: **STS de 18 de febrero de 2008 (RCUD 1232/2007).**

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando la declaración de laboral e indefinida.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina general.

STS 456/2018, de 26 de abril (RCUD 2340/2016)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **María Luisa Segoviano Astaburuaga.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 340/2016 de 13 de abril (rec. 4/2016).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 151/2015 de 20 de febrero (rec. 886/2014).**

Elemento objetivo precursor: **Negativa a novar contrato indefinido en fijo discontinuo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido objetivo por causas económicas.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: La actuación empresarial «no puede ser calificada de vulneradora de la garantía de indemnidad ya que no puede tildarse de reacción de la empresa ante el ejercicio de una acción judicial o la realización de actos preparatorios o previos o, incluso, reclamaciones extrajudiciales por parte del trabajador» [FJ 4.3].

Se destaca que se ha despedido a numerosos trabajadores, la mayoría de los cuales sí habían suscrito la novación contractual [FJ 4.3].

STS 36/2019, de 22 de enero (RCUD 3701/2016)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Antonio Vicente Sempere Navarro.**

Sentencia recurrida: **STSJ Andalucía/Sevilla 1388/2016 de 19 de mayo (rec. 3494/2012).**

Sentencia de contraste: **STSJ Andalucía/Sevilla 3206/2012 de 8 de noviembre (rec. 231/2012).**

Elemento objetivo precursor: **Demanda de cesión ilegal de trabajadores.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido por causas objetivas.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Considera que no hay indicios de vulneración ante la concurrencia de más trabajadores en la misma situación; por la apariencia de causa seria para el despido; y ante la importante desconexión temporal (dos años y medio) entre la fecha de la demanda y el despido, incluso aunque finalmente se declare que existe cesión ilegal [FJ 4.1].

STS 130/2019, de 20 de febrero (RCUD 3941/2016)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Rosa María Virolés Piñol.**

Sentencia recurrida: **STSJ Comunidad Valenciana de 7 de junio de 2016 (rec. 1053/2016).**

Sentencia de contraste: **STSJ Comunidad Valenciana de 2 de junio de 2015 (rec. 1162/2015).**

Elemento objetivo precursor: **Negativa a novar un contrato indefinido en fijo discontinuo.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido objetivo por causas productivas y organizativas.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: La resistencia de un trabajador a novar su contrato no se considera actuación protegida por la garantía de indemnidad, cuando además la empresa acredita la licitud de su actuación [FJ 4.4].

STS 260/2019, de 28 de marzo (RCUD 2123/2017)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **María Lourdes Arastey Sahún.**

Sentencia recurrida: **STSJ Galicia 7075/2016 de 15 de diciembre (rec. 3686/2016).**

Sentencia de contraste: **STS 1053/2016 de 13 de diciembre (RCUD 2059/2015).**

Elemento objetivo precursor: **Declaración judicial de nulidad de despido como indefinida no fija y nueva demanda.**

Elemento objetivo desencadenado: **Amortización de puesto de trabajo tras modificación de la RPT.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de 7 de julio de 2015 (RCUD 2598/2014).

STS 730/2019, de 23 de octubre (RCUD 1790/2017)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Sebastián Moralo Gallego.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 133/2017 de 23 de febrero (rec. 599/2016).**

Sentencia de contraste: **STSJ Canarias/Las Palmas de 13 de febrero de 2015 (rec. 1247/2019).**

Elemento objetivo precursor: **Queja verbal.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido disciplinario.**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (EM).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: La sentencia recurrida declara la nulidad del despido en un caso en que la empresa negó la petición de la trabajadora de disfrutar las vacaciones en los términos que solicitó, «lo que le obligaba a emprender las acciones oportunas para vencer la negativa de la empresa y hacer valer el derecho que la empleadora le había denegado». Por ello, formula una queja verbal en dos ocasiones, indicándole la empresa que debía hacerlo por escrito, pero la despide justo a continuación, sin darle oportunidad de hacerlo. Se considera esa actuación como un acto previo y preparatorio de las eventuales acciones judiciales necesarias para combatir la decisión empresarial [FJ 3.2].

La sentencia de contraste declara la improcedencia del despido, ya que «el trabajador no había presentado ninguna queja contra la empresa [...] en reclamación de un concreto derecho que le hubiere sido denegado previamente por la empleadora, que pudiese obligarle a ejercitar acciones judiciales en caso de mantener su negativa a reconocerle lo que hubiere reclamado. Tan solo

se trataba de una declaración unilateral de voluntad, para poner de manifiesto su intención de no realizar más horas extras» [FJ 3.2].

No se aprecia contradicción al existir una diferencia sustancial «que justifica perfectamente que las sentencias [...] hayan alcanzado un resultado distinto», al valorar la actuación de la trabajadora como acto previo [FJ 3.2].

STS 779/2019, de 14 de noviembre (RCUD 2173/2017)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **María Luisa Segoviano Astaburuaga.**

Sentencia recurrida: **STSJ Galicia 6198/2016 de 8 de noviembre (rec. 2686/2016).**

Sentencia de contraste: **STS 1053/2016 de 13 de diciembre (RCUD 2059/2015).**

Elemento objetivo precursor: **Declaración judicial de nulidad de despido como indefinida y demanda.**

Elemento objetivo desencadenado: **Amortización de puesto de trabajo tras modificación de la RPT.**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS de 7 de julio de 2015 (RCUD 2598/2014).

STS 196/2020, de 3 de marzo (RCUD 61/2018)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **María Lourdes Arastey Sahún.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 1106/2017 de 8 de noviembre (rec. 506/2017).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 18/2012 de 16 de enero (rec. 4491/2011).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando declaración indefinida.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual laboral de artista).**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Aunque se produzca tras una concatenación de contratos, la no renovación tras la interposición de una reclamación para ser declarado indefinido constituye una actuación justificada de la empresa. Considera tal actuación como la previsible con independencia de la reclamación, en tanto que el contrato del artista tenía establecida fecha de finalización y a tal fecha se acogió la decisión empresarial extintiva, sin anteponer su decisión [FJ 3.5].

Revisa doctrina de STS de 6 de marzo de 2013 (RCUD 616/2012), elevando a general el criterio contenido en la STS 892/2016, de 26 de octubre (RCUD 2913/2014).

STS 356/2020, de 19 de mayo (RCUD 4496/2017)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **María Lourdes Arastey Sahún.**

Sentencia recurrida: **STSJ Madrid 582/2017 de 16 de octubre (rec. 493/2017).**

Sentencia de contraste: **STSJ Madrid 753/2017 de 8 de septiembre (rec. 522/2017).**

Elemento objetivo precursor: **Demanda solicitando declaración indefinida.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual laboral).**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS 196/2020, de 3 de marzo (RCUD 61/2018).

STS 514/2020, de 24 de junio (RCUD 3471/2017)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Ignacio García-Perrote Escartín.**

Sentencia recurrida: **STSJ Murcia 530/2017 de 17 de mayo (rec. 1228/2016).**

Sentencia de contraste: **STS de 17 de junio de 2015 (RCUD 2217/2014).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando la declaración de laboral e indefinida.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual no laboral).**

Ministerio Fiscal: **Se adhiere.**

Resolución: **Estima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Tras presentarse reclamación previa, la no renovación del contrato acaecida tan solo mes y medio después es un indicio sólido de la vulneración de la garantía de indemnidad, pese a que dicha extinción se articule como el vencimiento previsto del contrato administrativo. Por lo tanto, considera vulnerada la garantía de indemnidad [FJ 5.4].

Revisa doctrina de STS 196/2020, de 3 de marzo (RCUD 61/2018), regresando a la línea sostenida por la STS de 6 de marzo de 2013 (RCUD 616/2012).

STS 540/2020, de 29 de junio (RCUD 2778/2017)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **María Lourdes Arastey Sahún.**

Sentencia recurrida: **STSJ Galicia 2460/2017 de 11 de mayo (rec. 798/2017).**

Sentencia de contraste: **STSJ Galicia 5282/2016 de 19 de septiembre (rec. 1534/2016).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando declaración indefinida.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual laboral).**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS 196/2020, de 3 de marzo (RCUD 61/2018).

STS 674/2020, de 16 de julio (RCUD 1921/2018)

Jurisdicción: **Social.**

Sección: **Primera.**

Ponente: **Ricardo Bodas Martín.**

Sentencia recurrida: **STSJ Andalucía/Granada 655/2018 de 15 de marzo (rec. 2361/2017).**

■ LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Sentencia de contraste: **STSJ Andalucía/Granada 1945/2017 de 20 de septiembre (rec. 864/2017).**

Elemento objetivo precursor: **Reclamación previa solicitando la declaración indefinida.**

Elemento objetivo desencadenado: **Despido (articulado como extinción de relación contractual laboral).**

Ministerio Fiscal: **No se adhiere.**

Resolución: **Desestima (TR).**

Voto particular: **No.**

Principales aportaciones: Reitera doctrina de STS 196/2020, de 3 de marzo (RCUD 61/2018).

La garantía de indemnidad es una figura de origen genuinamente laboral, construida con el objeto de evitar represalias contra el trabajador que reclama contra su empresa. Ha actuado como revulsivo en el ámbito de las relaciones laborales y constituye una herramienta clave para atenuar las desigualdades inherentes a las mismas. Dificilmente podría haberse residenciado en otra rama del Derecho el origen de esta institución, estrechamente vinculada al carácter tuitivo que debe caracterizar al Derecho del Trabajo.

Han pasado casi treinta años desde que la garantía de indemnidad fue enunciada por primera vez en el seno de la jurisprudencia constitucional. Desde entonces ha ido desarrollándose de forma paulatina y ha adquirido unas dimensiones que superan con creces los esquemas iniciales sobre los que fue construida. Ahora bien, pese al tiempo transcurrido, no se han resuelto todas las dudas; muy al contrario, siguen aflorando con relativa frecuencia, fundamentalmente conectadas a sus límites, tanto subjetivos (desde el punto de vista ya sea del reclamante y sus allegados, ya sea del sujeto represivo), como objetivos (relativos a las actuaciones protegidas, especialmente a aquellas que se alejan del proceso en su consideración estricta).

La presente obra tiene como objetivo dar respuesta a estas cuestiones. Su propósito primordial es eminentemente práctico, ya que aspira a convertirse en una herramienta útil para los profesionales del derecho. Sin embargo, no renuncia por ello a abordar la vertiente teórica de esta figura y a analizar críticamente sus contornos, para así estudiar la materia con toda la profundidad que merece. Finalmente, tampoco carece de carácter propositivo, ya que se adentra en la tarea de esbozar la evolución que debería proseguir la institución en el futuro para asegurar su efectividad.

Antonio Folgoso Olmo

Antonio Folgoso Olmo (Granada, 1984) es abogado laboralista en ejercicio, especializado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Es licenciado en Derecho por la Universidad de Granada y posee el título de máster universitario en «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia» por la Universidad Rey Juan Carlos. En 2020 obtuvo la condición de doctor en Derecho por la Universidad de Murcia, tras defender la tesis doctoral titulada *La garantía de indemnidad*, con la calificación de sobresaliente *cum laude*.

Es autor de numerosos artículos y comunicaciones para congresos especializados. Entre sus líneas de investigación se encuentran el derecho laboral individual, los derechos fundamentales y el derecho concursal laboral.