

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR RECLAMANTE: LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Sonia Morán Roa

Abogada laboralista

Licenciada en Derecho y Experta Universitaria en Derecho del Trabajo

ABSTRACT

Todos los trabajadores tienen derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo, así como a obtener el amparo de los Jueces y Tribunales para la tutela de sus derechos. Por ello, la garantía de indemnidad constituye la protección jurídica del trabajador reclamante, en virtud de la cual se imposibilita que el empresario adopte medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de sus derechos e intereses.

Sin embargo, y a pesar de que esta garantía deriva de un derecho constitucional como es la tutela judicial efectiva, es en sí misma un derecho fruto de una reciente doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que su autonomía merece un análisis concreto y diferenciado.

El objeto del presente estudio se centrará por ello en analizar la naturaleza jurídica y las características propias de la garantía de indemnidad, con el fin de delimitar su contenido y límites y aportar así una mayor seguridad jurídica.

SUMARIO

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD. 1.1. Concepto. 1.2. Marco normativo. 1.3. Doctrina constitucional. 1.4. Contenido y finalidad. **2. RECLAMACIÓN DEL TRABAJADOR.** 2.1. Iniciativa del trabajador. 2.2. Solidez reivindicativa. **3. REPRESALIA EMPRESARIAL.** 3.1. Reacción empresarial. 3.2. Falta de objetividad de la medida. 3.3. Proximidad temporal. 3.4. Estabilidad de la relación laboral. **4. EFECTOS. 5. CONCLUSIONES**

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

La jurisprudencia constitucional, mediante una relativamente reciente doctrina, a través del derecho a la tutela judicial efectiva ha construido la garantía de indemnidad como el derecho de todo trabajador a no ser represaliado por haber ejercitado sus derechos frente al empresario. Puesto que se trata de una construcción jurisprudencial, nos encontramos ante un derecho dinámico, cuya configuración ha ido evolucionando con cada pronunciamiento constitucional emitido al respecto. En consecuencia, se ha creado una protección fundamental en el ámbito de las relaciones laborales.

1.1. Concepto

Según la Real Academia Española de la lengua (RAE) el término “indemnidad” se define como *“el estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio”*. En el ámbito jurídico se ha aplicado esta noción como la exención de daño de aquel que ejerce los Derechos amparados por la Constitución.

Sin embargo, no existe en nuestro ordenamiento jurídico laboral una garantía expresa que suponga la inmunidad plena que asegure al trabajador que no va a sufrir ningún perjuicio derivado del ejercicio de sus derechos.

Por ello, lo que actualmente se entiende como garantía de indemnidad surgió como una doctrina jurisprudencial emanada por el Tribunal Constitucional (TC), quien ante un marco legal claramente insuficiente, a través del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 CE ha construido una garantía para evitar cualquier género de lesión o represalia empresarial frente al trabajador por haber hecho éste uso de su derecho de acceso a los Tribunales de Justicia por cualquier tipo de reclamación.

De este modo, la jurisprudencia del TC ha creado y acuñado el concepto de la garantía de indemnidad, como el derecho del trabajador a ejercer su derecho a obtener la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 24.1 de la CE. Más concretamente, la garantía de indemnidad supondría la prohibición de cualquier tipo de represalia empresarial contra el trabajador que traiga su causa de forma directa en el ejercicio por parte de éste de su legítimo derecho a la tutela judicial efectiva¹. Esto es, que del ejercicio de una

¹ IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA. “La garantía de indemnidad en la doctrina social del tribunal constitucional”. Pág. 71.

acción judicial o incluso de los actos preparatorios o previos de ésta no puedan seguirse consecuencias perjudiciales para el trabajador, lo que conlleva la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos.

Sin embargo, y en sentido estricto, el derecho recogido en el art. 24 CE solo podría ser infringido en un principio por quienes tienen atribuida la potestad jurisdiccional, esto es, Jueces y Tribunales. Precisamente por ello, y a diferencia de la directa protección de otros derechos fundamentales, ha sido necesario que el TC elabore una doctrina específica, extendiendo excepcionalmente la posibilidad de que la tutela judicial efectiva sea vulnerada en las relaciones entre particulares, en este caso por el propio empresario. De este modo, la construcción jurisprudencial del TC ha ampliado su garantía ya no solo a los obstáculos empresariales en el acceso a la justicia, sino a combatir que se deriven consecuencias perjudiciales para quien ejerza tal derecho.

Con ello, desde la jurisprudencia constitucional se ha pretendido evitar que del ejercicio de una acción judicial por parte de un trabajador contra su empresario derive una represalia por parte de éste, que le impida o le obstaculice el ejercicio de tal derecho, materializando un derecho fundamental con unas garantías suficientes que aseguren la efectividad del libre ejercicio de los derechos fundamentales que le amparan.

Así, mientras que como norma el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito laboral protege el acceso a los Tribunales y la obtención de una resolución respecto a las pretensiones planteadas, evitando que se obstaculice, impida o restrinja el ejercicio de este derecho fundamental por parte del empresario, la garantía de indemnidad despliega sus efectos en un momento posterior, en el aspecto de proteger el derecho del trabajador litigante a no ser sancionado o perjudicado precisamente por haber ejercitado acciones judiciales frente al empresario.

Por lo tanto, deberá ser declarada nula y sin efecto por discriminatoria toda medida de represalia adoptada por el empresario que provoque un menoscabo en la situación profesional o económica de un trabajador por el mero hecho de haber formulado una reclamación de derechos, puesto que de lo contrario se vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. A mayor abundamiento, determinados autores han llegado a afirmar que en caso de admitir la represalia empresarial ante la acción

judicial del trabajador al reclamar sus derechos vulneraría el sistema constitucional de convivencia social y democrática, conforme a los artículos 1 y 9.2 de la CE².

1.2. Marco normativo

Pese a suponer un derecho fundamental para los trabajadores, la garantía de indemnidad no se encuentra expresamente recogida como tal en un único precepto jurídico, sino que su construcción jurisprudencial se ha fundamentado en diversas fuentes.

En primer lugar, el precepto fundamental en el que se sostiene el núcleo de la garantía de indemnidad es el artículo 24.1 de la CE, el cual señala 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”*. Resulta primordial que esta garantía se encuentre directamente relacionada con un derecho constitucional, ya que de ello deriva fundamentalmente su especial protección.

En este sentido, es destacable que el Real Decreto-Ley 17/1977 señalaba en su ya derogado artículo 32.c) que en ningún caso tendrían la consideración de causa justa para el despido, entre otras, *“la presentación de quejas o intervención en procedimiento seguidos frente al empresario por supuesto incumplimiento por éste de normas laborales o de Seguridad Social”*. Esta norma supone un interesante antecedente de lo que actualmente se denomina “garantía de indemnidad”, aunque deben matizarse determinadas diferencias fundamentales entre ambas, puesto que en esta regulación no se desprendía la declaración de nulidad del despido, sino simplemente la improcedencia, y además esta clase de despidos se consideraban discriminatorios, y no vulneradores de la tutela judicial efectiva, como se interpreta actualmente.

En segundo lugar, el artículo 5.c) del Convenio nº 158 de la OIT indica que *“entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes (...) 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”*. Sin embargo, la consecuencia de ello sería la improcedencia del despido, y no la nulidad.,

² VALLE MUÑOZ, FRANCISCO ANDRÉS. “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario”.

por lo que la jurisprudencia constitucional es más beneficiosa para el trabajador que la normativa internacional.

En tercer lugar, el artículo 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores señala como derecho básico de los trabajadores *“el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo”*, pero no establece ningún tipo de garantía adicional o tipificación de las consecuencias que de su incumplimiento deriven.

Dentro del mismo ET, hay autores que contemplan el artículo 17.1 como vinculado al derecho a la garantía de indemnidad. No obstante, dicho precepto indica que serán nulas *“las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el principio de igualdad de trato y no discriminación”*. Sin embargo, del tenor literal de este precepto se extrae que el derecho protegido es la tutela del principio de igualdad de trato y no discriminación, recogido en el artículo 14 de la CE, y no el derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24.1 de la CE, que es de lo que en puridad trata el derecho a la garantía de indemnidad.

Finalmente, en el ámbito Comunitario existen diversas Directivas que han sido vinculadas con el derecho a la garantía de indemnidad³, si bien como ocurría con el citado artículo 17.1 del ET, existe una notable diferencia por cuanto la garantía de indemnidad en nuestro ordenamiento interno se fundamenta en el derecho a la tutela judicial efectiva, con independencia del contenido material de la acción judicial emprendida, mientras que las normas comunitarias se basan en la protección no tanto del derecho al acceso a la justicia, sino al principio de igualdad de trato y no discriminación.

En definitiva, teniendo en cuenta los vacíos e imprecisiones existentes en las normas anteriormente referidas, la labor de la doctrina constitucional ha sido fundamental a la hora de construir y definir la protección de la garantía de indemnidad, tendente a

³ Directiva 76/207/CEE, sobre igualdad de trato en lo relativo al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales; Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

proteger al trabajador reclamante frente a todo tipo de actos empresariales represivos, otorgándole inmunidad plena al declarar la nulidad *ex tunc* de dichos actos y la reposición del trabajador represaliado en la integridad de su derecho. No obstante, el hecho de que la jurisprudencia constitucional se haya visto en la necesidad no solo de completar sino incluso corregir la normativa al respecto supone un riesgo para la seguridad jurídica, razón por la cual sería más adecuado que la normativa laboral incluyera expresamente la protección del trabajador litigante, en aras a una protección no solo jurisprudencial sino principalmente legal.

1.3. Doctrina constitucional

No fue hasta la década de los años noventa cuando el TC realizó los primeros pronunciamientos acerca de la garantía de indemnidad. Concretamente, el punto de partida de la construcción doctrinal se sitúa en la STC 7/1993, en la que por vez primera se afirma 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”*⁴.

Desde este primer pronunciamiento, el TC ha ido paulatinamente construyendo una sólida doctrina constitucional, basada principalmente en criterios como que el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE *“(…) no solo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad”*, lo que se traduce en la práctica en *“que del ejercicio de la acción judicial, de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza”*⁵.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia constitucional ha concretado que en el ámbito de las relaciones laborales *“la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no solo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos*

⁴ No obstante, la expresión “garantía de indemnidad” como tal no se produjo hasta la STC 14/1993.

⁵ STC 14/1993, criterio seguido por las STC 197/1998, STC 140/1999, Y 38/2005, entre otras.

preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario”⁶.

Por ello, se puede afirmar que la garantía de indemnidad opera como un derecho fundamental de carácter sustantivo, pese a derivar de un derecho procesal, esto es, el derecho a acudir a los órganos judiciales en defensa de sus derechos e intereses legítimos⁷. No obstante, y gracias a la actividad jurisprudencial del TC este derecho ha ido progresivamente adquiriendo una autonomía y sustantividad propias al margen de la tutela judicial efectiva en sentido estricto, lo cual le ha dotado de una relevancia intrínseca respecto al derecho al derecho del que deriva.

De este modo, esta protección ha derivado en la consolidación de la prohibición de que el empresario emplee sus facultades organizativas y disciplinarias para represaliar al trabajador por ejercer su derecho a acudir a la vía judicial. Concretamente, *“en el campo 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, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo”⁸.*

De este modo, cualquier medida empresarial coactiva, impeditiva o disuasoria en el acceso del trabajador a la tutela judicial es merecedora de la calificación de nulidad, por afectar a un derecho constitucional. Así, al dejar sin efecto la conducta empresarial represiva, se asegura la inmunidad del trabajador litigante, quedando así libre de daño o perjuicio, que es lo que precisamente pretende la garantía de inmunidad.

⁶ STC 14/1993, STC 140/1999 y STC 5/2003, entre otras.

⁷ CASAS BAAMONDE, M^a EMILIA. “Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad: El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional”.

⁸ STC 14/1993, STC 54/1995, STC 140/1999, STC 5/2003 y STC 38/2005 entre otras.

Como se ha adelantado anteriormente, la labor jurisprudencial ha creado un nivel de protección mayor que el ofrecido por la normativa tanto nacional como internacional, que se limitan a la mera compensación pecuniaria a favor del trabajador perjudicado a través de la declaración de improcedencia de la medida, sin exigir la reparación del daño ocasionado mediante la reintegración del trabajador en las mismas condiciones que regían su relación laboral con antelación a la medida adoptada⁹.

1.4. Contenido y finalidad

Una vez sentadas las bases anteriormente descritas, se deriva que el bien protegido por la garantía de indemnidad es el libre ejercicio por el trabajador del derecho a la acción judicial sin sufrir por ello perjuicio alguno en su relación laboral. Así, el contenido de la garantía de indemnidad lo constituye en esencia la prohibición de sancionar, impedir o perjudicar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva por el trabajador.

Sin embargo, la garantía de indemnidad no se limita al ejercicio de acciones judiciales en sentido estricto, esto es a la interposición de demandas, sino que la jurisprudencia ha venido admitiendo que se extienda asimismo a los actos preparatorios o previos que sean necesarios para el ejercicio de una acción judicial, como es la interposición de papeleta de conciliación administrativa previa a la demanda. Y ello es así, ya que si se rechazase que los trámites previos están provistos del amparo constitucional, al empresario le bastaría con reaccionar frente al trabajador en el momento previo al inicio de la vía judicial, lo cual supondría una flagrante desprotección¹⁰.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha ampliado la extensión de la garantía de indemnidad inclusive a aquellos actos previos al propio proceso judicial que, pese a no ser obligatorios por el ordenamiento laboral, son desarrollados por el trabajador como una reclamación interna frente a la empresa tendente a evitar el conflicto y encontrar una solución amistosa.

⁹ÁLVAREZ ALONSO, DIEGO. “La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales”.

¹⁰ STC 14/1993.

En este sentido, el TC abrió una línea de interpretación extensiva del ámbito de protección de la garantía mediante la STC 55/2004, de 19 de abril¹¹, en la cual el propio Tribunal reconoce que no se está ante el ejercicio de una acción judicial, ni ante un acto preparatorio o previo necesario para el acceso a la jurisdicción. Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter de “resolución extrajudicial negociada” del conflicto, el TC otorga el amparo afirmando que *“el objetivo de evitar un proceso permite extender la garantía de indemnidad a esa actividad previa no imperativa, pero conveniente y aconsejable, cuando el contexto, que se integra por los actos anteriores, coetáneos y posteriores, se deduzca sin dificultad que aquella está directamente encaminada al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva”*. Se ampliaría así la aplicación de la garantía de indemnidad, abriéndose una puerta a la extensión de sus efectos a las reclamaciones extrajudiciales formuladas directamente ante la empresa o a las quejas planteadas mediante cauces internos.

No obstante, existen autores que discrepan de esta interpretación del TC por considerarla demasiado extensiva, entendiendo que se otorga la protección constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva a una acción que aún no ha accedido al ámbito judicial¹², pudiendo darse una desconexión del derecho fundamental del que surgió la garantía. Igualmente, se ha afirmado que la tutela debería venir ligada a trámites que exijan algún sacrificio al trabajador que impida una interposición excesivamente fácil e incluso abusiva y demasiado frecuente por parte de éste¹³ a fin de evitar el riesgo de una utilización de la garantía de forma interesada por parte de trabajadores que se sepan en una situación comprometida en su empresa, para tratar de blindar su posición jurídica, presentando alguna reclamación que le sirviera para esgrimirla ante una sanción o despido e intentar conseguir su nulidad. Por otro lado, existe un sector doctrinal que considera estos recelos injustificados, ya que si se aplica la doctrina en sus justos términos, y la empresa cuenta con argumentos para sostener que su decisión es ajena a cualquier intención lesiva, la garantía de indemnidad no

¹¹ Sentencia en la que se trata la situación de que el abogado de un trabajador remite una carta a la empresa en la cual anunciaba sus discrepancias con la empresa, el deseo de llegar a un acuerdo amistoso y, en su caso, las acciones judiciales que le asistían

¹² IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA. “La garantía de indemnidad en la doctrina social del tribunal constitucional”.

¹³ IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA. “La garantía de indemnidad en la doctrina social del tribunal constitucional”.

desplegaría sus efectos, por lo que no se produciría ningún tipo de blindaje del trabajador.

Por otra parte, y respecto a las denuncias ante la Inspección de Trabajo, el Convenio 158 de la OIT (BOE de 29 de junio de 1985) considera en su art. 5.c) que no es causa justificada de despido recurrir ante las autoridades administrativas competentes. Sin embargo, la consecuencia de ello sería en un principio la improcedencia del despido, aunque existen dudas interpretativas acerca de si nos encontramos ante una conducta empresarial que lesione el derecho a la tutela judicial efectiva.

Pese a que el TC no ha dictado resolución expresa sobre esta cuestión en concreto, ha dejado entrever la posibilidad de que tales actuaciones integren también el contenido de la garantía de indemnidad, de forma que exista una conexión entre la denuncia del trabajador ante la ITSS y la protección de la garantía de indemnidad si precediese y se encaminase hacia la preparación del proceso o bien en dirección opuesta, hacia su evitación¹⁴.

No obstante, los TSJ¹⁵ sí que han tenido oportunidad de pronunciarse sobre este punto, de forma que se considera relacionada la denuncia previa ante la ITSS con el derecho a la tutela judicial efectiva en el sentido de que la actuación de la Inspección puede servir para evitar una futura reclamación judicial del trabajador o, en caso de que ésta se produzca, el acta de la Inspección puede servir de prueba respecto a los hechos constatados por el Inspector actuante¹⁶.

Por último, y respecto a la finalidad de la garantía de indemnidad, se puede afirmar que ésta tiene una doble vertiente respecto a sus efectos: por un lado, una finalidad reparadora de la lesión ya producida, al declarar la nulidad de la medida y la reposición del trabajador en sus anteriores condiciones, y por otra, una finalidad preventiva de cara al futuro.

¹⁴ CASAS BAAMONDE, M^a EMILIA. “Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad: El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional”.

¹⁵ STSJ Castilla y León 26/12/2005, STSJ Islas Canarias (Las Palmas) 28/11 y 22/12/2005, STSJ Galicia 18/07/2005 y STSJ Andalucía (Málaga) 7/04/ 2005, entre otras.

¹⁶ IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA. “La garantía de indemnidad en la doctrina social del tribunal constitucional”. Pág. 89.

En este sentido, resulta evidente que el temor a las medidas represivas empresariales podría llegar a disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos, y solo a través de la garantía de indemnidad puede hablarse de una verdadera igualdad de armas en el proceso social.

Puesto que, como ya se ha señalado previamente, no existe un precepto jurídico único e inequívoco de la garantía de indemnidad, se correría el riesgo de que las protecciones recogidas en el texto constitucional y en las leyes laborales quedasen relegadas a un derecho teórico, si no se establecieran mecanismos judiciales adecuados para garantizar su eficacia en un sentido práctico. Por ello, no resulta suficiente que los trabajadores tengan los medios para acceder a los órganos judiciales, sino que resulta fundamental asegurar que dicho acceso a la vía judicial no conlleve una represalia por parte del empresario sirviéndose de una forma abusiva de los derechos y facultades que la legislación laboral le reconoce. De lo contrario, la eficacia de la tutela judicial efectiva quedaría totalmente vacía de contenido efectivo.

En este sentido, resulta evidente que el temor a una sanción o a cualquier otro tipo de perjuicio laboral puede ocasionar lo que se ha denominado como “inhibición ante la justicia”, esto es, el sacrificio, la pasividad, la resignación o el aquietamiento del trabajador frente a la injusticia, ante el temor de que acudir a la vía judicial en defensa de sus derechos o intereses podría inclusive empeorar su situación¹⁷, todo lo cual puede acabar disuadiendo no solo al trabajador reclamante en cuestión, sino a otros eventuales y potenciales trabajadores litigantes.

En este sentido, es destacable la doctrina norteamericana sobre los derechos del denunciante, denominada “*whistleblower*” o alertador, la cual se fundamenta en el principio de que la ciudadanía y los poderes públicos deben apoyar el valor, la ética y la integridad de los trabajadores que informen sobre irregularidades cometidas en el seno de su empresa, siempre y cuando afecten a un colectivo de trabajadores, evitando las represalias que pudieran padecer¹⁸.

¹⁷ ÁLVAREZ ALONSO, DIEGO. “La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales”. Pág. 56.

¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, MIGUEL. “Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales.”

En definitiva, de todo lo anterior puede concluirse que la garantía de indemnidad constituye un derecho con un doble carácter: reparador y preventivo, puesto que los efectos de la garantía de indemnidad trascienden de un ámbito primario, estrictamente individual y restitutivo en la integridad de su derecho al trabajador represaliado, extendiéndose a un ámbito secundario, creando un principio general con el que se pretende eliminar de las relaciones laborales el frecuente temor de los trabajadores a emprender acciones judiciales por miedo a represalias¹⁹.

2. RECLAMACIÓN DEL TRABAJADOR:

Para que la garantía de indemnidad despliegue todos sus efectos y se declare la nulidad de la decisión empresarial en cuestión y la reposición del trabajador en sus anteriores condiciones laborales, será necesaria la concurrencia de tres elementos: 1) la reclamación efectuada por el trabajador litigante, 2) la medida empresarial considerada como represalia y 3) el nexo de causalidad entre ambas, esto es, la relación causa-efecto de la acción judicial del trabajador como detonante inmediato y directo de la actuación empresarial²⁰.

En este sentido, una de las principales cuestiones a tener en cuenta a la hora de determinar si ha existido una vulneración de la garantía de indemnidad se basa en esclarecer cuáles son los indicios o pruebas que sostengan tal afirmación.

Puesto que la legislación laboral no establece nada al respecto, han sido la doctrina jurídica²¹ y la jurisprudencia, siendo especialmente reseñable la labor al respecto de los Tribunales Superiores de Justicia²², quienes han identificado una serie de criterios cuya valoración conjunta puede determinar la existencia de una presunta vulneración de la garantía de indemnidad.

¹⁹ ÁLVAREZ ALONSO, DIEGO. “La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales”. ISBN 84-86977-71-1. Pág. 70.

²⁰ ÁLVAREZ ALONSO, DIEGO. “La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales”. Pág. 123.

²¹ Destacable la clasificación realizada por VALLE MUÑOZ, FRANCISCO ANDRÉS en el artículo “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario”, señalada *ut supra*.

²² Igualmente destacable al respecto el criterio consolidado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, recogido en varios pronunciamientos, siendo el más reciente al respecto la Sentencia nº 543/2013, de 2 de septiembre.

2.1. Iniciativa del trabajador

Cuando el trabajador alegue que una decisión empresarial ha vulnerado su derecho a la garantía de indemnidad, debe aportar al menos un indicio razonable que permita generar una razonable sospecha, apariencia o presunción²³ acerca de la posibilidad de que se haya producido, no siendo suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional. Ello supone que corresponde al trabajador presentar una actividad probatoria suficiente de crear por sí misma un principio de prueba del que pueda deducirse al menos un indicio de realidad de lo alegado.

Así, la existencia de indicios se fundamentará en las actuaciones que haya llevado a cabo el trabajador con el fin de efectuar una reclamación de sus derechos presuntamente vulnerados por el empresario.

Como se ha indicado anteriormente, estos actos pueden ser tanto previos a la actuación judicial como directamente judiciales. Por una parte, pueden ser actos previos que no sean estrictamente necesarios para el acceso a la vía judicial, tales como quejas vertidas frente a la empresa o advertencias de acciones judiciales. Sin embargo, en este ámbito ha de actuarse con mayor cautela, ya que no pueden incluirse las meras discrepancias o simplemente una relación entre las partes deteriorada o crispada. Por otra parte, se incluyen en este ámbito de forma expresa los actos preparatorios necesarios, tales como la presentación de la papeleta de conciliación, así como la interposición de una denuncia ante la ITSS cuando guarde relación con una reclamación judicial, y sobre todo las acciones judiciales directas, mediante la interposición de una demanda ante los Juzgados de lo Social.

2.2. Solidez reivindicativa

Resulta muy relevante ponderar la solidez de la iniciativa reivindicativa del trabajador, en el sentido de valorar la dimensión y el contenido de la reclamación efectuada, principalmente para descartar aquellas meras quejas o mínimas reclamaciones, efectuadas por un aspecto nimio de las condiciones de trabajo, ya que ello no ostentaría, en principio, la entidad suficiente para garantizar la inmunidad de trabajador reclamante. Por ello, sería preciso que la reclamación versase sobre una cuestión

²³ IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA. “La garantía de indemnidad en la doctrina social del tribunal constitucional”. Pág. 114.

relevante en el ámbito de la relación laboral del trabajador, ya que como se ha afirmado, cuanto más daño haga a la empresa la iniciativa del trabajador, mayor vigor adquiere la aplicación de la doctrina.

Sin embargo, ello no supone que sea preciso que el trabajador tenga razón en su demanda, lo cual es muy difícil de predeterminar antes de que haya recaído sentencia. Y este aspecto es especialmente importante, ya que lo que la garantía protege es el derecho del trabajador a no ser represaliado por el mero hecho de que haya reclamado unos derechos “*de los que se creía asistido*”²⁴. En definitiva, se protege el derecho a reclamar, y no el derecho que se reclama²⁵.

Por ende, debe rechazarse el argumento de que la medida recurrida estaría justificada en caso de que la demanda no prosperase, ya que si esto se admitiera, el derecho del trabajador quedaría condicionado al resultado favorable de la acción emprendida, lo cual es sin duda incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva²⁶, sino que ésta se vincula a su mero ejercicio, con independencia del sentido de la resolución judicial²⁷. De igual modo, el hecho de que la reclamación haya sido conciliada o aceptada por la empresa aunque en un principio suponga un indicio de inexistencia de vulneración, no siempre debe tener esta consideración, puesto que puede tratarse de una estrategia empresarial para eliminar la sospecha de la intencionalidad lesiva subyacente en una represalia posterior.

Por otra parte, esta protección tampoco debe amparar cualquier tipo de reclamación por parte del trabajador, ya que su derecho a ejercitar acciones judiciales contra su empresa debe respetar los principios de la buena fe que rigen la relación laboral. Ello no supone en ningún caso que la buena fe se vea infringida en el caso de que las pretensiones del trabajador no fueran aceptadas en sede judicial, o cuando el trabajador persista

²⁴ STC 5/2003.

²⁵ VALLE MUÑOZ, FRANCISCO ANDRÉS en el artículo “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario, referencia *ut supra*.”

²⁶ ÁLVAREZ ALONSO, DIEGO. “La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales”. Pág. 87. Referencia *ut supra*. Citando la argumentación contenida en la STC 32/1986 que, pese a ser anterior a la formulación de la doctrina sobre la garantía de indemnidad y relativa a un supuesto no laboral, constituye un claro antecedente de la jurisprudencia constitucional aplicable.

²⁷ CASAS BAAMONDE, M^a EMILIA. “Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad: El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional”.

reiteradamente en una determinada reclamación, sino que sólo podría hablarse de una falta al deber de buena fe en el caso de que el trabajador interpusiera una reclamación absolutamente temeraria, arbitraria o abusiva, o cuando su única intención fuese la de blindarse frente a posibles decisiones empresariales, lo que situaría al trabajador fuera de la protección de la garantía de indemnidad²⁸. En definitiva, el trabajador no debe tener razón en su reclamación, pero sí actuar con buena fe en su pretensión.

Sin embargo, y pese a que hasta la fecha no se ha dado ningún supuesto en el que el TC haya tenido que enfrentarse a un caso de estas características, sí que ha habido pronunciamientos de determinados TSJ²⁹, siguiendo la doctrina iniciada por el TS en su Sentencia de 7 de diciembre de 1999, en los que además de denegar la protección de la garantía de indemnidad, se llega a imponer una sanción al litigante en virtud del artículo 97.3 de la LRJS por mala fe procesal y temeridad, al haber planteado una pretensión absolutamente infundada y con conocimiento de su injusticia.

Por ello, resulta especialmente relevante determinar en cada caso si se cumplen los criterios anteriormente referidos, ya que existe una “zona gris” entre la protección de la garantía de indemnidad del trabajador que reclama sus derechos y es represaliado por ello, y el pretendido “blindaje” llevado a cabo por el trabajador que, a través de una mera iniciativa reivindicativa carente de fundamento pretendiera lograr una inmunidad en la empresa de forma torticera, con el fin de blindar su situación laboral y así disponer de un argumento que emplear en contra de una eventual sanción o despido, tratando de hacer creer que tal conducta empresarial fue una represalia ante las acciones judiciales ejercitadas.

3. REPRESALIA EMPRESARIAL:

Una vez que el trabajador haya aportado un indicio suficiente, en los términos detallados anteriormente, la carga de la prueba se invierte hacia el empresario, quien deberá probar que su actuación obedecía a motivos razonables, suficientes y completamente extraños a todo propósito vulnerador de un derecho fundamental.

²⁸ ÁLVAREZ ALONSO, DIEGO. “La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales”. Pág. 88

²⁹ STSJ de Cantabria 10/10/2011.

Esta alteración de la carga de la prueba tiene su origen en la doctrina jurisprudencial del TC, concretamente en la STC 38/1981, por la cual se invierte la regla general según la cual “*quien alega debe probar*”, aligerando así la carga probatoria del trabajador que haya presentado algún indicio de prueba a favor de sus argumentos. Ello se justifica principalmente por la dificultad que entraña para el trabajador la demostración de que la decisión empresarial se encuentra motivada por una intención de represalia, lesiva de un derecho fundamental, lo cual supondría sin lugar a dudas una auténtica “*prueba diabólica*”, ya que se le estaría exigiendo una prueba de intenciones, lo que resultaría prácticamente imposible, dado que el empresario ocultaría deliberadamente los verdaderos motivos de la medida adoptada.

Por lo tanto, no se requiere al trabajador una prueba fehaciente de algo que en esencia forma parte de las motivaciones subjetivas del empresario, ni se pretende tampoco situar al empresario ante una prueba diabólica de un hecho negativo como es la no lesión de un derecho fundamental. Lo que se pretende es que, existiendo determinados indicios, el empresario acredite que su actuación responde a causas reales y totalmente ajenas a cualquier intención de represalia frente al trabajador, debiendo explicar objetiva, razonable y proporcionadamente la decisión adoptada, eliminando todo indicio o sospecha de que dicha medida oculta la existencia de una intención de lesionar los derechos fundamentales del trabajador reclamante. No supone tanto justificar la licitud de la medida adoptada, sino acreditar que los motivos son ajenos a todo propósito atentatorio de los derechos fundamentales del trabajador, esto es, debe probar la “regularidad constitucional” de su actuación³⁰.

Por ello, si el empresario no consiguiera demostrar que su actuación resultaba ajena a cualquier propósito de represalia, la ausencia de dicha prueba trascendería del ámbito puramente procesal y determinaría que los indicios aportados por el trabajador desplieguen sus efectos y se declare la lesión de la garantía de indemnidad³¹.

En este sentido, el trabajador cuenta con una serie de indicios derivados a su vez de la actuación empresarial, los cuales deberán ser valorados a la hora de determinar si efectivamente ha existido una vulneración de sus derechos fundamentales.

³⁰ CASAS BAAMONDE, M^a EMILIA. “Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad: El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional”. (...) *cit.* STC 151/2004.

³¹ STC 90/1997 y STC 87/2004.

3.1. Reacción empresarial:

En primer lugar, deberá analizarse en qué consiste la reacción empresarial impugnada, la cual podrá producirse de diversas maneras: 1) realizando un acto que lesione el derecho a la tutela judicial efectiva, 2) a través de una medida que obstaculice el acceso al derecho fundamental, o 3) mediante una represalia derivada de la interposición de acciones judiciales frente a la empresa.

Así, las represalias empresariales pueden consistir en cualquier consecuencia perjudicial que afecte al trabajador litigante, motivadas por una conducta deliberadamente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, tales como:

- Despido, en sus diferentes versiones tanto objetivo como disciplinario o incluso improcedente (STC 14/1993, STC 55/2004 y STC 38/2005, entre otras).
- Extinciones de contratos temporales (STS 171/2005), o la no contratación u obstaculización en el acceso al empleo (STC 87/2004).
- Sanciones disciplinarias, como la suspensión de empleo y sueldo (STC 5/2003).
- Modificaciones de las condiciones de trabajo: movilidad funcional (STC 182/2005), movilidad geográfica (STC 5/2003), entre otras.
- Decisiones discrecionales (STC 38/2005).

En todo caso, y pese a que la más común y perjudicial de todas las posibles represalias es el despido, también pueden darse otras medidas consistentes en las modificaciones de las condiciones de trabajo, las privaciones de derechos laborales o las sanciones infundadas.

Sin embargo, es preciso matizar que no fue hasta la STC 5/2003 en la que el Alto Tribunal se pronunció sobre la garantía de indemnidad en un supuesto distinto al despido, concretamente una sanción disciplinaria consistente en la suspensión de empleo y sueldo. No obstante, son muy escasos los pronunciamientos constitucionales sobre este tipo de medidas de represalias consistentes en modificación de las condiciones laborales. En este sentido, y como indican algunos autores³², existe un claro

³² ÁLVAREZ ALONSO, DIEGO. “La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales”. Pág. 104.

inconveniente procesal para que pueda consolidarse una doctrina judicial sobre estos supuestos, debido a la inexistencia de recurso contra las Sentencias dictadas en la modalidad procesal del art. 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), esto es, referentes a la movilidad geográfica y a las MSCT.

En todo caso, la medida llevada a cabo por el empresario deberá ser relevante, injustificada y lesiva, en el sentido de que constituya una verdadera variación sustancial y perjudicial en la situación laboral o económica del trabajador. En este sentido, y para determinar el alcance lesivo de la reacción empresarial, resultaría interesante acudir por analogía a los criterios admitidos por la jurisprudencia como requisitos para apreciar una MSCT. Así, la medida en cuestión debería tener tal dimensión que de la misma se alterasen y transformasen los aspectos fundamentales de la relación laboral, o que provocase que la prestación de servicios resulte más onerosa para el trabajador, sirviendo como criterio las enumeradas en el artículo 41 del ET, esto es, referentes a la jornada de trabajo, el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el sistema de remuneración y cuantía salarial y las funciones, entre otras.

Por otra parte, también puede darse la existencia no tanto de la imposición de una medida lesiva objetivamente constatable, sino de una situación de represalia llevada a cabo de forma velada y oculta. Es el caso del acoso laboral o *mobbing*, cometido por el empresario con la intención de destruir la autoestima personal del trabajador, enturbiar la relación profesional con sus compañeros, y así lograr su autoexclusión de la empresa mediante la aceptación de un despido o, en el peor de los casos, mediante una baja voluntaria.

En este sentido, para que se dé una situación de acoso laboral relacionado con la vulneración de la garantía de indemnidad, se considera necesario que las conductas impugnadas revistan la gravedad, contundencia, sistematicidad y prolongada presión psicológica necesarias para ser calificadas como prácticas hostigadoras. No se acepta como situación de acoso laboral en cambio la mera situación de conflicto, enfrentamientos y desentendidos laborales entre el trabajador y la empresa fruto de la defensa por ambas partes de los intereses contrapuestos.

No obstante, es preciso destacar y valorar con gran detenimiento la necesidad de brindar una especial protección a la situación laboral los trabajadores reclamantes, a fin de evitar que el empresario, a sabiendas de que cualquier medida represiva será declarada

nula, opte por acosar veladamente al trabajador, quien debido a la enorme presión psicológica que ello supone, no sea capaz de continuar con la relación laboral.

3.2. Falta de objetividad de la medida:

La carencia de una prueba sólida, real y suficiente por parte del empresario que justifique la medida adoptada, constituye un indicio de que en la misma subyace un ánimo represivo, con la intención de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador.

De este modo, el empresario deberá probar tanto que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, como que tales causas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión³³.

Así, aunque el TC ha determinado que no es necesario que la sanción merezca la calificación de procedente según la legislación ordinaria, sí que es preciso que al menos se acredite por el empresario que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable, que permita excluir cualquier móvil discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado³⁴.

En este sentido, el TC ha señalado que la declaración de improcedencia del despido no tiene porqué implicar forzosamente que dicha decisión se considere lesiva de derechos fundamentales, ya que la misma puede resultar contraria a la legalidad ordinaria sin necesidad de que ello suponga la vulneración de un derecho en el plano de la legalidad constitucional.

Así, y mientras que la vulneración de otros derechos fundamentales puede ser declarada nula sin que deba probarse un ánimo o intención dolosa, como es el caso de los supuestos recogidos en el artículo 55.5 del ET, en el caso de la vulneración de la garantía de indemnidad es necesario que se aprecie una intencionalidad lesiva frente a los derechos del trabajador reclamante³⁵. Por ello, en casos como el despido de una trabajadora embarazada o en reducción de jornada por cuidado de hijos, de no existir

³³ STC 74/1998 y STC 87/1998.

³⁴ STC 21/1992, STC 135/1990 y STC 7/1993.

³⁵ CASAS BAAMONDE, M^a EMILIA. “Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad: El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional”.

una causa objetiva o disciplinaria real y proporcional, se deduce directamente nulo y no improcedente, mientras que en el caso de un trabajador litigante, si el empresario no cuenta con razones claras y objetivas para su despido, pero demuestra que su decisión nada tiene que ver con la reclamación interpuesta, el despido puede ser considerado improcedente y no automáticamente nulo³⁶.

De este modo, ni la declaración de procedencia del despido permitiría descartar que éste sea lesivo de derechos fundamentales, ni tampoco de la declaración de improcedencia se deriva automáticamente dicha lesión³⁷. Por ello y en todo caso, las represalias empresariales que no vulneren la garantía de indemnidad, deberán sancionarse mediante la legislación ordinaria, sin que se apliquen la protección específica de los derechos fundamentales.

Sin embargo, el hecho de no exigirse que la sanción sea ajustada a la legalidad ordinaria, se corre el riesgo de que la alegación empresarial de un incumplimiento de escasa relevancia sirviera para desplazar el debate sobre la constitucionalidad de la medida, lesionando de facto los derechos constitucionales en juego.

En este sentido, merecen un tratamiento específico los despidos “pluricausales”, esto es, aquellos en los que concurre una causa legal para el despido junto con indicios de vulneración de la garantía de indemnidad. Por ejemplo, las sanciones ejercitadas en virtud del poder disciplinario, en las que el trabajador litigante también ha incurrido en un incumplimiento laboral.

Obviamente, el ejercicio previo de un derecho no blindará al trabajador frente al poder disciplinario del empresario para sancionar un incumplimiento que realmente se ha producido. Sin embargo, es necesario ponderar la dimensión y relevancia del incumplimiento cometido por el trabajador, para evitar que un incumplimiento insignificante y carente de gravedad sirva como un mero pretexto a fin de sancionar al trabajador litigante por pequeños incumplimientos contractuales, cuando la verdadera intención era represaliarlo por las acciones interpuestas, y la sanción se ha convertido para el empresario en una mera excusa.

³⁶ CASAS BAAMONDE, M^a EMILIA. “Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad: El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional”.

³⁷ STC 14/2002.

Por ello, no se consideran suficientes las faltas laborales que en otra ocasión no fueran merecedoras de sanción, así como los pequeños incumplimientos consentidos de forma habitual por la empresa. Las infracciones alegadas deberán tener la entidad suficiente como para ser sancionadas, en el sentido no de que el comportamiento irregular del trabajador sea un incumplimiento pleno y total, sino que tenga una base real y ofrezca suficiente consistencia³⁸ como para entender que la sanción se habría producido igualmente en caso de no tratarse de un trabajador litigante.

Igualmente, puede darse la circunstancia de que coexistan una reclamación interpuesta por el trabajador y determinadas causas económicas, productivas, organizativas o de la producción que motiven un despido por causas objetivas. Sin embargo, al igual que en la situación descrita anteriormente, el empresario deberá probar no solo la veracidad de dichas causas, sino que las mismas no ocultan un ánimo lesivo respecto a los derechos fundamentales del trabajador.

En este sentido, un criterio eficaz a la hora de determinar la inexistencia de una intención de represalia, sería la valoración de los criterios tenidos en cuenta para seleccionar al trabajador como afectado por el despido³⁹, así como la comparativa con las circunstancias de otros despedidos por los mismos motivos o similares, si los hubiere. Así, se valorará si el afectado ha sido únicamente el trabajador reclamante o por el contrario ha sido una medida generalizada para un conjunto más amplio de trabajadores⁴⁰. Teniendo presente en todo caso que, al igual que con los demás derechos fundamentales, no se exige comparación alguna, ya que puede ser considerada infringida haya o no otros trabajadores con los que el afectado pueda compararse.

Mención aparte merecen las medidas adoptadas en el ámbito de las facultades discrecionales reconocidas al empresario, según el cual el empresario podría en principio adoptar decisiones de acuerdo a su libre criterio, sin que tuviese que ajustarse a determinadas causas que las justifiquen.

Sin embargo, cuando existan indicios que alteren la carga de la prueba, corresponde al empresario acreditar que su conducta es ajena a toda intención lesiva de los derechos

³⁸ STC 7/1993.

³⁹ STC 171/2005.

⁴⁰ STC 101/2000.

fundamentales del trabajador. En este sentido, como ha señalado la jurisprudencia constitucional⁴¹, la exigencia de acreditar la razonabilidad de la decisión opera con más intensidad si cabe en los casos en que el empresario no está sujeto a causas en su actuación, ya que en estos casos el empresario puede ocultar con mayor facilidad las razones de su decisión.

Así, aunque se trate de un acto discrecional, el empresario no puede excusarse de forma exclusiva en la inexistencia de obligación legal de alegar una causa para formar su decisión, ya que de existir un principio de prueba de la vulneración, deberá probar que tras ello no existe ninguna intención de represaliar al trabajador demandante, pudiendo afirmarse por ello que, pese a no encontrarse en un principio obligado a disponer de una causa para adoptar una decisión inicialmente discrecional, en caso de existir indicios de lesión de la garantía de indemnidad, deberá hacer transparentes y explicitar las causas de tal decisión, al menos para despejar la sospecha de que la misma obedece a intenciones ajenas a cualquier propósito atentatorio. De este modo, para descartar un ánimo lesivo encubierto en una decisión discrecional, no se exige acreditar un incumplimiento del trabajador ni alegar una causa objetiva, sino que se hagan transparentes las razones ajenas a todo propósito lesivo que sean determinantes de la pérdida de confianza en que se funda su decisión⁴².

En definitiva, la jurisprudencia ha declarado que en todo caso deberán existir causas reales y suficientes para entender razonable la decisión adoptada, ya que las normas deberán interpretarse en estos supuestos en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales⁴³.

3.3. Proximidad temporal:

Otro criterio a tener en cuenta es la proximidad temporal entre la iniciativa del trabajador y la reacción del empresario, cuando se realiza de forma inmediata o en un momento posterior pero cercano en el tiempo⁴⁴.

⁴¹ STC 90/1997, STC 87/1998 y STC 87/2004.

⁴² STC 38/2005.

⁴³ IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA. “La garantía de indemnidad en la doctrina social del tribunal constitucional”. Pág. 135.

⁴⁴ STC 140/1999, STC 168/1999 y STC 101/2000.

Sin embargo, y pese a que este es un indicio ampliamente aplicado por el TC⁴⁵, debe aplicarse con cautela, ya que se puede correr el riesgo de que se instaure una práctica consistente en que la empresa no reaccione de inmediato con el fin de planificar meticulosamente su actuación, dejando transcurrir un lapso temporal razonable entre la acción entablada por el trabajador y la medida a adoptar⁴⁶. Por ello, el lapso temporal de proximidad debe considerarse no tanto en semanas sino incluso en meses, y siempre teniéndose en cuenta junto con el resto de indicios, sin que pueda considerarse el único a tener en cuenta.

Por otra parte, se encuentra otro criterio temporal situado al margen de la duración del contrato de trabajo, concretamente en los momentos previos y posteriores al mismo.

En primer lugar, se ha venido aceptando por la doctrina científica la posibilidad de que la garantía de indemnidad despliegue sus efectos en los momentos previos al contrato, sobre todo en supuestos en el que el trabajador haya estado contratado por la misma empresa y otra de su mismo grupo o sector⁴⁷.

Si bien en sus inicios el TC no aceptó esta posibilidad, dictando la STC 54/1995 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”*, la posterior jurisprudencia ha ampliado la protección de la garantía de indemnidad en el momento previo al contrato de trabajo, en el acceso al empleo o en la sucesión de relaciones contractuales con un mismo o sucesivos empleadores, tal y como se dictó en la STC 87/2004.

Del mismo modo, la doctrina ha entendido que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de junio de 1997 habría extendido implícitamente la garantía de indemnidad en las

⁴⁵ STC 171/2005.

⁴⁶ IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA. “La garantía de indemnidad en la doctrina social del tribunal constitucional”. Pág. 119.

⁴⁷ VALLE MUÑOZ, FRANCISCO ANDRÉS. “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario”. e IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA. “La garantía de indemnidad en la doctrina social del tribunal constitucional”.

fases previas a la contratación, al determinar que el trabajador despedido de forma improcedente tiene derecho a ser inscrito en las listas de espera para el acceso al puesto de trabajo, por lo que no puede limitarse su derecho para volver a ser contratado por el mismo empleador, criterio que ha sido compartido por determinados TSJ.

Por otro lado, si bien el TC no se ha pronunciado en ningún caso relativo a las represalias empresariales en momentos posteriores a la finalización del mismo, sí lo ha hecho el TJCE, siendo destacable la Sentencia de 22 de septiembre de 1998 (Asunto C-185/1997, Caso Coote) en la que determinó que quedan prohibidas por el Derecho Comunitario las represalias posteriores al contrato. En el supuesto enjuiciado, referido a la negativa de un empresario a suministrar referencias de una antigua empleada suya como represalia por las acciones judiciales interpuestas por aquélla contra la empresa.

El TJCE considera que el temor a que se produzcan tales reacciones empresariales puede disuadir a los trabajadores a hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional. Es por ello que, aunque nuestro Tribunal Constitucional no se haya pronunciado al respecto, según el criterio del TJCE podría afirmarse que la garantía de indemnidad se aplicaría no solo mientras esté vigente la relación laboral, sino también una vez extinguida.

Así, este criterio debería aplicarse en relación a otras conductas empresariales por las que se excluyera, por ejemplo mediante la circulación de “listas negras”, de la posibilidad de contratación a aquellos trabajadores que hubieran demandado a su empresa. En estos casos, evidentemente, no sería suficiente con la mera declaración de nulidad de la medida empresarial, por lo que la reparación del trabajador debería consistir tanto en la cesación del comportamiento lesivo, como la posible indemnización de daños y perjuicios ocasionados.

3.4. Estabilidad de la relación laboral:

La estabilidad de la relación laboral del trabajador será otro indicio a valorar, en el sentido de que a mayor estabilidad en el vínculo contractual, mayor apreciación de una posible represalia. Así, si un contrato indefinido o una considerable antigüedad es

extinguido “ex abrupto”, este hecho operará como elemento favorable en la apreciación de una posible vulneración de la garantía de indemnidad⁴⁸.

Además, también podrá suponer un indicio la contratación de nuevos trabajadores para el mismo puesto de trabajo que ostentaba el trabajador antes de su despido, sobre todo en los casos en que se alegaban causas objetivas para extinguir el contrato del trabajador reclamante.

Sin embargo, merecen una especial atención la situación de los trabajadores con contratos temporales y los trabajadores en periodo de prueba.

En el caso de los trabajadores temporales, el hecho de que su relación laboral se extinga simplemente por la llegada de su término o por el cumplimiento de la condición resolutoria prevista desde un inicio en los mismos, no supone directamente que la extinción se encuentre justificada. Ello puede llegar a suponer una situación de desprotección para el trabajador y un argumento para que el empresario trate de justificar la extinción de un contrato temporal cuya motivación inherente sea una represalia por ejercer su derecho fundamental.

Bien es cierto que la interposición de una reclamación judicial no debe otorgar a un trabajador una ventaja sobre otros trabajadores temporales, convirtiéndolo en fijo como consecuencia de la garantía de indemnidad. Pero cierto es también que el empresario no puede escudarse únicamente en la expiración del tiempo convenido, sino que deberá acreditar que la interposición de la demanda por el trabajador no ha supuesto su no renovación o la prórroga de su contrato, y que el mismo no había sido celebrado en fraude de ley.

Así, juega un papel relevante el mantenimiento o la continuidad de las funciones que los trabajadores temporales venían realizando⁴⁹, dar por finalizada la relación laboral sin que dicha decisión viniera acompañada de ninguna otra razón que justifique de manera objetiva la decisión⁵⁰, así como que la vinculación laboral aunque temporal se hubiera

⁴⁸ STC 171/2005.

⁴⁹ STC 144/2005.

⁵⁰ STC 171/2005.

mantenido durante un tiempo considerable, sin que la finalización de cada contrato sucesivo hubiera sido nunca obstáculo para su mantenimiento⁵¹.

De igual modo, en el caso de los contratos temporales celebrados en fraude de ley, tampoco podrá producirse un cese de la relación laboral basado en el fin del contrato, por lo que deberá ser considerado como un despido, que en ponderación con el resto de indicios deberá determinarse si es nulo o improcedente.

Por otra parte, en el caso de los trabajadores en periodo de prueba, bien es cierto que la extinción de su contrato supone en principio un desistimiento y no un despido en sentido estricto, puesto que la motivación de la extinción del contrato carece de trascendencia siempre que se ajuste a los límites de la discrecionalidad del empresario. Por ello, dicha extinción no puede entenderse en términos absolutos, ya que no puede amparar el ejercicio de una lesión de los derechos fundamentales del trabajador⁵².

Es cierto que la propia configuración legal del periodo de prueba se orienta a otorgar a la empresa un periodo de conocimiento de las aptitudes y experiencia previa del trabajador, por lo que en un principio no se le exige al empresario que acredite los motivos que le llevan a extinguir el contrato, cuando existen indicios de violación de la garantía de indemnidad, sí que debe señalar cuáles son las razones que han motivado tal decisión⁵³.

4. EFECTOS:

La especial protección que merecen los derechos fundamentales implica que la medida empresarial que conlleve su vulneración se considere radicalmente nula y sin efecto alguno, debiendo por ello repararse la situación del trabajador perjudicado en la integridad de su derecho, procediendo a la reposición de la situación anterior a la conducta represiva, y eliminando los efectos perjudiciales que ésta haya tenido para el trabajador⁵⁴.

⁵¹ STC 171/2005.

⁵² STC 94/984 y STC 38/1981.

⁵³ ALZUAGA RUIZ, ICIAR. “Garantía de indemnidad del trabajador y extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba”.

⁵⁴ STC 7/1993, STC 101/2000 y STC 5/2003, entre otras.

Así, en virtud del artículo 180 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) se suspenderán los efectos de las medidas empresariales no extintivas, como por ejemplo los casos de movilidad geográfica y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Por su parte, las medidas extintivas, consideradas como despidos discriminatorios por atentatorios de un derecho fundamental, serán declaradas nulas en virtud del artículo 55.5 del ET así como el artículo 108 de la LRJS, quedando la empresa obligada a reincorporar al trabajador en las mismas condiciones que regían su relación laboral con antelación a su despido, así como abonándole los salarios de tramitación oportunos.

La declaración de nulidad, esto es, la protección máxima del trabajador, resulta primordial en estos casos, ya que la simple declaración de improcedencia de la decisión extintiva no evitaría el efecto represivo pretendido por el empresario, puesto que el trabajador litigante terminaría sufriendo la pérdida efectiva de su puesto de trabajo, ni eliminaría el efecto disuasorio del despido. Por ello, la única respuesta que supusiera una verdadera reparación *in natura* es la nulidad de la medida impugnada.

Por otra parte, el trabajador afectado puede exigir una indemnización adicional por los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado. Según el artículo 182.1 de la LRJS, la Sentencia que aprecie la vulneración de un derecho fundamental, debe ordenar el cese inmediato del mismo y la reparación de las consecuencias derivadas del acto vulnerador, incluida la indemnización por daños y perjuicios que pudiera corresponder.

Sin embargo, esta indemnización no es automática, sino que para su determinación es necesario que el trabajador demandante aporte en el acto de juicio los elementos suficientes que sustenten la petición indemnizatoria y justifique de forma suficiente que la cuantía reclamada procede por resultar razonable y proporcionada al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión sufrida⁵⁵.

5. CONCLUSIONES:

Una de las principales críticas de los ciudadanos respecto al sistema jurídico se basa principalmente en que éste se reduce a un conjunto de normas limitadas al ámbito

⁵⁵ STS de 12 de junio de 2001.

teórico, pero que son difícilmente aplicadas en la práctica. Sin embargo, el derecho a la garantía de indemnidad, pese a derivar de una norma eminentemente teórica como es la Constitución española, se ha convertido en un derecho práctico, real y útil para los trabajadores gracias a la jurisprudencia principalmente del TC, e igualmente del TS y los TSJ.

La situación de los trabajadores, debido a su característica situación de subordinación en la relación laboral, debe ser especialmente protegida en todo caso, y más aún cuando reclaman sus derechos frente al empresario. Especialmente en una coyuntura económica y social como la actual, en la que el desempleo y la precariedad laboral constituyen el panorama general, esa protección debe ser promovida con mayor ahínco si cabe por los Jueces y Tribunales. En un momento de inestabilidad profesional, el trabajador que reclama los derechos que le pertenecen debe sentirse amparado por la Justicia, sabiéndose protegido frente a las represalias que pudiera recibir por parte del empresario. No ya solo represalias extintivas o modificativas de sus condiciones de trabajo, sino el hostigamiento y las presiones a las que se podría ver sometido en el seno de la empresa.

En este sentido, el retraso en los señalamientos judiciales supone una rémora para los derechos de los trabajadores que reclaman, sobre todo los que continúan en activo y no han sido aún despedidos, ya que una excesiva demora en la tramitación del procedimiento junto con la presión psicológica y profesional sufrida podrá suponer que finalmente cedan a una situación insostenible, y acaben por abandonar la empresa de una forma u otra.

En todo caso, evidentemente, deberá protegerse a los trabajadores que legítimamente reclamen los derechos que de buena fe consideren que les pertenecen. Por ello, y para evitar que exista trabajadores que quieran beneficiarse del manto de protección de la garantía de indemnidad de una forma fraudulenta e interesada, se deben aplicar escrupulosamente los indicios sentados por la jurisprudencia: valorar la iniciativa del trabajador, la solidez de su reclamación, así como respecto a la reacción empresarial, la gravedad de la misma y su falta de objetividad. De esta forma, aplicando con rigor los límites de la garantía, se permitirá seguir protegiendo a los trabajadores injustamente represaliados, sin temor a que se beneficien de esta garantía aquellos que no la precisen.

Por otra parte, para favorecer la agilidad procesal y la protección de los trabajadores reclamantes, sería beneficioso que se consolidase la ampliación de esta protección a los casos en los que los trabajadores efectúen sus reclamaciones a través de actos extrajudiciales y voluntarios, siempre y cuando tengan una entidad y solidez suficientes.

En definitiva, la finalidad última de la garantía de indemnidad no debe limitarse al derecho a la tutela judicial efectiva, sino sobre todo a evitar cualquier tipo de represalia frente a un trabajador reclamante, pese a que no sea en vía judicial. De esta manera se ampliaría la protección del derecho a supuestos en los que se pretenda una solución dialogada, evitando el trance de tener que acudir a los Tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ALONSO, DIEGO. “La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales”. ISBN 84-86977-71-1. Editorial Bomarzo, 2005.

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, ISSN 1138-9532, N°. 269-270, 2005, págs. 3-74

ALZUAGA RUIZ, ICIAR. “Garantía de indemnidad del trabajador y extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba”. Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf. Num.8222/2004, Parte Presentación. Pamplona, 2005.

CASAS BAAMONDE, M^a EMILIA. “Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad: El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional”. Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española : estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer , 2006, ISBN 84-9725-678-6, págs. 695-744/ María Emilia Casas Baamonde, Federico Durán López, Jesús Cruz Villalón, (coordinadores) 2006, ISBN 84-9725-678-6, págs. 695-744

CASTELLANO SUÁREZ, MARIO A. “La garantía de indemnidad”. Revista de ciencias jurídicas, ISSN 1137-0912, N° 5, 2000, págs. 51-58

IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA. “La garantía de indemnidad en la doctrina social del tribunal constitucional”.

IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA. “Una nueva vuelta de tuerca en la doctrina sobre la garantía de indemnidad: de la represalia prohibida al perjuicio irrogado”. Revista Doctrinal Relaciones Laborales, N° 6, Sección Doctrina, Quincena del 15 al 31 Mar. 2012, Año XXVIII, Tomo 1, Editorial LA LEY.

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).” El proceso laboral: estudios en

homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil, 2001, ISBN 84-8406-313-5, págs. 243-264.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, ELÍAS. “La garantía de indemnidad y sus perfiles”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN-e 1696-9626, N° 11, 2006.

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, ISSN 1130-7331, N° 236-237, 2010, págs. 8-20.

MERCADER UGUINA, JESÚS RAFAEL. “La tutela judicial como derecho fundamental sustantivo: La garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional”. El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea/ coord. por José Luis Gil y Gil, José Manuel del Valle Villar, Juan Antonio Sagardoy y Bengoechea, 2009, ISBN 978-84-96889-41-5, págs. 461-492

NOGUEIRA GUSTAVINO, MAGDALENA. “El binomio "acción-reacción": evolución y últimas tendencias sobre la garantía de indemnidad.” Civitas. Revista española de derecho del trabajo, ISSN 0212-6095, N° 132, 2006, págs. 907-956

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, MIGUEL. “Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales.” Derecho vivo del trabajo y Constitución : estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González / coordinadores Efrén Borrajo Dacruz (dirección técnica), Juan M. Ramírez Martínez, Tomás Sala Franco 2003, ISBN 84-9725-525-9, págs. 635-662

TASCÓN LÓPEZ, RODRIGO. “Tutela judicial-efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio del poder disciplinario.” Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, N° 2, 2003, págs. 15-26

CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO. “La garantía de indemnidad del trabajador que presenta reclamaciones judiciales o extrajudiciales contra su empresario”. Revista Doctrinal Aranzadi Social ISSN 1131-5369, N° 5, 2006 , págs. 85-100.

GIL Y GIL, JOSÉ LUIS. “Despido disciplinario nulo: garantía de indemnidad y libertad e intimidad personal”. Revista Doctrinal Aranzadi Social ISSN 1131-5369, N° 2, 2004, págs. 3154-3163.

ALZAGA RUIZ, ICÍAR. “Despido de una trabajadora como represalia por el previo ejercicio de acciones judiciales contra la empleadora. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2005, de 28 de febrero”. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 9. Julio 2005.

ALZAGA RUIZ, ICÍAR. “Garantía de indemnidad del trabajador y extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba”. Revista Doctrinal Aranzadi Social, ISSN 1131-5369, N° 5, 2004 , págs. 481-485.

VALLE MUÑOZ, FRANCISCO ANDRÉS. “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario”. Revista Doctrinal Relaciones Laborales N° 9, Sección Doctrina, Quincena del 8 al 23 May. 2005, Año XXI, pág. 423, tomo 1. Editorial LA LEY.

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 : XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004, 2005, ISBN 84-8417-184-1, págs. 1223-1252

CONDE COLMENERO, PILAR. “La delimitación del acoso laboral y de la operatividad de la garantía de indemnidad”. Revista Doctrinal Aranzadi Social: ISSN 1889-1209, Vol. 2, N°. 9 (Sep), 2009 , págs. 55-63. Editorial Aranzadi SA. Pamplona, 2009.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO y MERCADER UGUINA, JESÚS RAFAEL. “Las nuevas dimensiones de la denominada garantía de indemnidad”. Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN 1576-169X, N°. 20, 2004, págs. 5-12

IGARTUA MIRÓ, MARÍA TERESA. “La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional”. Consejo Económico y Social, 2008. Madrid. ISBN 978-84-8188-281-0

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, MERCEDES. “Garantía de indemnidad, actuaciones preprocesales del abogado y libertad de expresión.” Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, ISSN 0213-0556, N° 2, 2004, págs. 55-66