

RODRIGO TASCÓN LÓPEZ

*Doctor en Derecho por la Universidad de León
Profesor ayudante de Derecho del Trabajo*

Extracto:

EL derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado como derecho fundamental en el artículo 24 CE, incorpora un amplio elenco de manifestaciones a las que el Tribunal Constitucional ha unido, de forma relativamente reciente y en una doctrina de gran interés elaborada específicamente a partir de supuestos de índole laboral, la denominada garantía de indemnidad.

Como no podía ser de otra manera, el Alto Tribunal ha considerado que cualquier represalia adoptada contra el trabajador (ya sea el despido como supuesto típico, ya cualquier otra medida que resulte perjudicial) como consecuencia del previo ejercicio por éste de alguna acción judicial (o también prejudicial e, incluso y forzando su estructura dogmática, administrativa) encaminada a la defensa de sus derechos constituye un atentado contra el derecho a la tutela judicial efectiva, del que es titular en cuanto persona y que conserva de forma inespecífica en cuanto trabajador, debiendo merecer en consecuencia la tacha de nulidad que el ordenamiento jurídico reserva a cuantas actuaciones contrarían los derechos fundamentales.

Cuando el trabajador impugne dicha medida perjudicial alegando la vulneración de su garantía de indemnidad y consiga presentar un indicio razonable de la represalia empresarial, el órgano judicial habrá de aplicar la alteración de la carga de la prueba de la que aquél se beneficia en la defensa de sus derechos fundamentales, y deberá ser entonces el empresario quien aporte una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de que aquella medida no respondía a una voluntad de castigo sobre el trabajador reclamante, sino a una necesidad real de la unidad productiva.

Con semejante doctrina se trata de dar respuesta a una de las grandes tachas que desde sectores legos suelen oponerse al derecho laboral: que éste puede presentar un panorama más o menos adecuado con las exigencias de justicia que reclama el Estado Social de Derecho, pero en la práctica cotidiana de la empresa resulta en buena medida desconocido y, además, los trabajadores suelen aquietarse ante la merma de sus derechos legales, pues sienten el temor cierto de que aquellos «osados» que intenten hacer valer sus posiciones subjetivas a través de los cauces jurídicos adecuados puedan obtener la suerte del destierro laboral como respuesta, lo cual supone un riesgo en muchos casos inasumible en un mercado de trabajo en el que la expulsión de un trabajador le resulta demasiado barata al empresario.

De conformidad con la construcción abordada en el presente estudio, la propugnada nulidad de la medida supondrá el cumplimiento específico (readmisión forzada en el más típico supuesto de despido) que puede alejar en cierta medida aquellos justificados temores del trabajador asalariado. En cualquier caso, las posibilidades que ofrece aún no han sido totalmente explotadas, y recientes pronunciamientos han ampliado aún más los linderos de un instituto que representa en la actualidad una importante garantía de los derechos de los trabajadores.

Sumario:

- I. Planteamiento de la cuestión: la protección de los derechos del trabajador asalariado a través del orden social de la jurisdicción; luces y sombras.
 1. Surgimiento y finalidad del orden social de la jurisdicción.
 2. El derecho [fundamental] a la tutela judicial efectiva y el derecho [legal] al ejercicio individual de acciones derivadas del contrato de trabajo.
 - 2.1. El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo como manifestación específica del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito laboral.
 - 2.2. Los contenidos del derecho a la efectiva tutela judicial: el encaje de la garantía de indemnidad.

- II. La construcción de la garantía de indemnidad en la doctrina del Tribunal Constitucional y su aplicación por los Tribunales Laborales.
 1. Concepto y alcance de la garantía de indemnidad. La nulidad como medida de respuesta articulada por el ordenamiento social para los actos empresariales lesivos de derechos fundamentales.
 2. Elementos presentes en el juego del principio de indemnidad.
 - 2.1. El antecedente de hecho o situación protegida: ejercicio del trabajador de acciones para la defensa y tutela de sus derechos como supuesto normal y otras posibilidades amparadas.
 - 2.2. La consecuencia para el trabajador: el despido o cualquier otra medida que le sea perjudicial.
 - 2.3. El nexo causal entre el antecedente y la consecuencia: que la medida perjudicial haya sido adoptada por el empresario como represalia del acto previo del trabajador en tutela de sus derechos. La alteración de la carga de la prueba en materia de derechos fundamentales.

- III. Algunas reflexiones finales acerca de la garantía de indemnidad y su aplicación por los Tribunales laborales.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR ASALARIADO A TRAVÉS DEL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN; LUCES Y SOMBRAS

El Derecho del Trabajo tiempo ha que se emancipó del Derecho Civil para proporcionar a los trabajadores por cuenta ajena una protección distinta y, en lo posible, más intensa –inspirada en principios propios– a la normal otorgada por el Derecho Común de Obligaciones ¹. Poco a poco, a lo largo de la Historia del ordenamiento social, se ha venido elaborando un complejo andamiaje normativo, que ha llegado a alcanzar unas dimensiones considerables, sin parangón en ningún otro sector del ordenamiento jurídico ².

La relación de trabajo incorpora, así, un contenido complejo, legal o normado en muchos de sus aspectos, que viene integrado por un gran conjunto de derechos, prerrogativas y facultades para las partes, mucho más amplio que el derivado de una relación simple de intercambio de salario por esfuerzo productivo. A su través se trata de «humanizar» ³ la fría ley del mercado, de tan nefastos resultados cuando las fuerzas de la oferta y la demanda orbitan con libertad en rededor de un producto tan peculiar y distinto como es el trabajo humano, libre, dependiente, retribuido y por cuenta ajena (arts. 1 y 8 ET) ⁴.

Como, por hipótesis, los sujetos vinculados por una norma jurídica (también, por supuesto, la laboral) pueden incumplir cuanto el Derecho les impone, el panorama ideal diseñado por el ordenamiento social puede –y suele– verse afectado por la desobediencia de sus destinatarios. En consecuencia, será menester articular medidas ordenadas a garantizar la efectividad –aun en contra de la voluntad de los sujetos obligados– de sus mandatos jurídicos.

¹ Entre muchos, y por clásicos, ALONSO OLEA, M.: «En torno al concepto de contrato de trabajo», *Anuario de Derecho Civil*, T. XX, 1967, págs. 118 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: «El origen contractual de la relación de trabajo», *Cuadernos de Política Social*, núm. 48, 1960, págs. 69 y ss.; DE LA VILLA GIL, L. E.: «En torno al concepto de Derecho del Trabajo», *Revista de Trabajo*, núm. 26, 1969, págs. 101 y ss.; SALA FRANCO, T.: «Datos para una caracterización material del Derecho del Trabajo», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 0, 1974, págs. 49 y ss. o SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre el concepto de Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 26, 1986, págs. 206 y ss.

² Como pone de manifiesto, entre otros, BORRAJO DACRUZ, E.: «Derecho vivo del Trabajo», *AL*, núm. 0, 1984, págs. 1 y ss.

³ Por todos, MONTOYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España*, Madrid (Civitas), 1992, pág. 35 o ROJO TORRECILLA, E.: «Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 18, 1997, pág. 18.

⁴ El objetivo último reside, como es lógico, en compensar «la situación de desamparo jurídico en que por el Derecho quedaban quienes tenían que utilizar el contrato de trabajo como único medio de subsistencia vital», ALONSO GARCÍA, M.: *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*, Barcelona (Bosch), 1958, pág. 80 o MARTÍN VALVERDE, A.: «Lectura y relectura de la "Introducción al Derecho del Trabajo" del Profesor Alonso Olea», *REDT*, núm. 77, 1996, pág. 405.

Por cuanto al Derecho del Trabajo hace, dos han sido las medidas principales a través de las cuales se ha pretendido obtener tal finalidad: un instrumento de primer nivel al objeto de controlar el cumplimiento estricto de la legislación laboral radica en la existencia de un amplio organigrama administrativo –la Administración Laboral–, cuya figura más visible y tradicional vendría dada por la Inspección de Trabajo, la cual queda habilitada para incoar el pertinente procedimiento sancionador si apreciarse la concurrencia de alguna de las conductas constitutivas de incumplimientos laborales tipificados en el TRLISOS como infracciones del Orden Social ⁵.

En segundo término –y esta perspectiva procesal será la interesante a los efectos que ahora interesan–, pronto se vio la necesidad de unos tribunales propios que se ocuparan de conocer acerca de los litigios suscitados en la «rama social del Derecho» (art. 1 LPL) ⁶. De este modo, el empresario y, también –y sobre todo–, el trabajador, van a quedar facultados para acudir ante unos tribunales específicos y ejercitar cuantas acciones deriven de la relación laboral (art. 4 ET), para proceder así a la legítima defensa de unos derechos que el ordenamiento atribuye, las más de las veces, con carácter necesario e irrenunciable (art. 3.5 ET) ⁷.

1. Surgimiento y finalidad del orden social de la jurisdicción.

Desde la perspectiva propuesta, parece axioma de ineludible referencia en el inicio de cualquier estudio acerca de alguna materia procesal laboral aquél de conformidad con el cual la aparición de unos tribunales específicos encargados de conocer los litigios de trabajo ha constituido –y continúa constituyendo– una medida de capital importancia para la efectividad del Derecho Social. Hasta «el mejor Derecho del Trabajo que imaginarse pudiera se reduciría a papel mojado si no se pudiera hacer efectivo ante los Tribunales [... y, desde este punto de vista,] el proceso laboral constituye la pieza más importante de la reforma acometida por el Derecho del Trabajo» ⁸.

⁵ Por todos, GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *La inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, Pamplona (Aranzadi), 1999, págs. 14 y ss.

⁶ La esencia de la jurisdicción laboral radicará, por tanto, en la naturaleza de las pretensiones, deducidas a partir de normas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y ante ella planteadas. ALONSO OLEA, M.: *La materia contencioso-laboral. Extensión y límites de la jurisdicción de trabajo*, Sevilla (Instituto García Oviedo), 1959, págs. 13 y ss.

⁷ Con carácter general, ALONSO OLEA, M.: «Derechos irrenunciables y principio de congruencia», *ADC*, 1962, págs. 293 y ss.; DE LA VILLA GIL, L. E.: «El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales», *RPS*, núm. 85, 1970, págs. 7 y ss.; OJEDA AVILÉS, A.: *La renuncia de derechos del trabajador*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1971, págs. 83 y ss., en especial, pág. 193; PLÁ RODRÍGUEZ, A.: *Los principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires (De Palma), 1978, págs. 67 y ss.; PRADOS DE REYES, F. J.: «Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores», *RPS*, núm. 127, 1980, págs. 55 y ss. o, recientemente, RAMOS QUINTANA, M. I.: *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*, Valladolid (Lex Nova), 2002, págs. 46 y ss.

⁸ SINAZHEIMER, P.: «El perfeccionamiento del Derecho del Trabajo», en AA.VV.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo*, 1922 (Edición en castellano con estudio preliminar y traducción a cargo de VÁZQUEZ MATEO, F.), Madrid (Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1984, pág. 53 o DE BUEN y LOZANO, D.: *Sobre la organización y competencia de la Jurisdicción de trabajo*, Madrid (Sociedad para el Progreso Social), 1935, pág. 3.

En efecto, desde los albores del entonces llamado Derecho Obrero quedó claro que, frente al elevado coste y la exacerbante lentitud y complejidad del proceso común civil –mirado siempre «con gran desconfianza por las "clases pobres" de todos los Estados civilizados»⁹, por considerar sus reglas «virtualmente impracticables»¹⁰–, «el Derecho del Trabajo necesita de procedimientos y órganos especiales. Requiere más que otro alguno la gratuidad y rapidez en el proceder, la reducción de las formas a lo estrictamente requerido por la garantía del ejercicio del derecho y el desenvolvimiento de la libre iniciativa del juez para suplir las deficiencias de los litigantes»¹¹. En otras palabras, «si la [apuntada] aparición y consolidación del Derecho material del Trabajo trae causa en la imposibilidad de conciliar su especialidad con el utillaje conceptual y normativo que apresta el Derecho Común de Obligaciones, la génesis de la justicia laboral participa de esta misma lógica de contestación y reacción crítica a la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos impartida por la justicia civil»¹².

A partir de tan imperiosa necesidad se producirá el surgimiento –como proceso especial respecto al civil ordinario primero, y como verdadero orden jurisdiccional especializado¹³ y autónomo después¹⁴– de un conjunto de órganos especializados a quienes se ha encomendado el conocimiento exclusivo –bajo unos principios propios (inmediación, oralidad, concentración y celeridad, art. 74 LPL)¹⁵– de las pretensiones promovidas a partir de las relaciones de trabajo¹⁶. «La instrumentación procesal sigue, como su sombra, al Derecho sustantivo o material, de cuyo cumplimiento es, sino la única, sí la más relevante y eficaz garantía»¹⁷.

- ⁹ Expresión célebre de Menger, A.: *El Derecho Civil y los pobres* (traducción y estudio preliminar de Posada, A.), Madrid (Librería General de Victoriano Suárez), 1898. Existe edición reciente, por la que se cita, Granada (Comares), 1998, pág. 123.
- ¹⁰ MARTÍN VALVERDE, A.: «La formación del Derecho del Trabajo en España», en AA.VV.: *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1926*, Madrid (Congreso de los Diputados), 1987, pág. LVII.
- ¹¹ HINOJOSA FERRER, J.: *El enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo*, Madrid (Edersa), 1933, págs. 10-11.
- ¹² VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las jurisdicciones sociales en los países de la Unión Europea: convergencias y divergencias», *AL*, núm. 8, 2000, pág. 104.
- ¹³ «Desde que la Ley de 19 de mayo de 1908 autorizara la creación de los Tribunales Industriales, los conflictos de trabajo se han sustanciado con arreglo a unas reglas procedimentales propias que, con el transcurrir del tiempo, han originado un orden jurisdiccional especializado y una legislación procesal aplicable en dicho orden», ALONSO OLEA, M.: «Sobre la Historia de los Procesos de Trabajo», *RT*, núm. 15, 1966, pág. 1 o MONTERO AROCA, J.: «Notas sobre la Historia de la Jurisdicción de Trabajo», *RT*, núm. 43, 1973, págs. 69 y ss. y *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938). Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*, Valencia (Secretariado de Publicaciones/Universidad de Valencia), 1976, págs. 17 y ss.
- ¹⁴ En definitiva, «parece que mientras se mantenga la peculiaridad del Derecho material del Trabajo, y su desaparición no es pronosticable, desde luego, un cierto tratamiento independiente del Derecho Procesal del Trabajo debe también ser recomendado. La autonomía del proceso de trabajo constituye, en realidad, fiel reflejo de la autonomía del propio Derecho Laboral material», GUASP, J.: *El proceso de trabajo en la teoría general del Derecho Procesal*, Oviedo (Universidad de Oviedo), 1949, pág. 16.
- ¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Sobre los principios informadores del proceso laboral», *RPS*, núm. 81, 1969, págs. 21 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Principios rectores del proceso social», en BARREIRO GONZÁLEZ, G., *et alii* (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Coord.): *Diccionario Procesal Social*, Madrid (Civitas), 1996, págs. 323 y 324; VALLE MUÑOZ, F. A.: «Los principios rectores del proceso laboral: manifestaciones en la LPL y tratamiento jurisprudencial», *AS*, T. V, 1999, págs. 499 y ss. o LUELMO MILLÁN, M. A. y RABANAL CARBAJO, P.: *Los principios inspiradores del proceso social*, Madrid (McGraw-Hill), 1999, págs. 14 y ss.
- ¹⁶ MONTOYA MELGAR, A.: «Los procesos laborales y el sistema de Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 38, 1989, pág. 220 o RIVERO LAMAS, J.: «El principio de especialidad y la aplicación de las normas laborales», *RPS*, núm. 87, 1970, págs. 15 y ss.
- ¹⁷ ROJAS RIVERO, G. P.: *El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo*, Madrid (Civitas), 1994, pág. 25.

En consecuencia, puede decirse sin temor de incurrir en exageración, que la tutela proporcionada por los jueces y tribunales laborales forma parte de la esencia misma de un Derecho del Trabajo en el cual «lo adjetivo y lo sustantivo se hallan íntimamente vinculados», y ordenados al cumplimiento de un mismo fin: la protección de quien realiza la prestación de servicios por cuenta ajena ¹⁸. Así lo ha proclamado sin ambages el máximo intérprete de la Constitución cuando afirma que «a esa finalidad tuitiva del Derecho del Trabajo, entendido como ordenamiento compensador e igualador, 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» ¹⁹.

Semejante imbricación entre los aspectos procesales y materiales ²⁰ sirve como réplica incontestable a cualquier alegato tendente a sustraer de esta disciplina académica la materia rituarial para residenciarla en el Derecho Procesal General ²¹ y, al tiempo, muestra a las claras un rasgo que puede ser tomado como verdadero estandarte del ordenamiento laboral: el intento decidido por lograr, mediante la instrumentación de cuantos medios sean necesarios, el efectivo cumplimiento de sus mandatos.

En efecto, la Historia del proceso social puede resumirse, en síntesis, como «la Historia de la invención y descubrimiento de garantías jurisdiccionales efectivas para los derechos de los trabajadores» ²². En la búsqueda de éste su verdadero Santo Grial, el proceso de trabajo ha alcanzado un éxito notable y de todos reconocido –al punto de marcar la impronta de las reformas procesales acaecidas recientemente en el seno de otros órdenes jurisdiccionales ²³–, aun cuando no falten sombras

¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: *Derecho del Trabajo y proceso*, Murcia (Publicaciones de la Escuela Social de Murcia), 1972, págs. 2 y ss.; OJEDA AVILÉS, A.: «Sobre el libre arbitrio judicial en los procesos de trabajo», *RPS*, núm. 92, 1971, págs. 59 y ss. y APARICIO TOVAR, J. y RENTERO JOVER, J.: «El juez laboral, imparcial pero no neutral», *RDS*, núm. 4, 1998, pág. 55.

¹⁹ STCo 3/1983, de 25 de enero.

²⁰ Por tal circunstancia no puede extrañar que cualquier modificación del Derecho material haya llevado aparejada la correlativa actualización armónica del Derecho Procesal del Trabajo, como hace notar con claridad, RÍOS SALMERÓN, B.: «Aspectos procesales de la reforma laboral de 1994», *RL*, núm. 24, 1994, pág. 13. Si bien se mira, en realidad, casi nunca las reformas de la legislación adjetiva de trabajo van encaminadas a mejorar su regulación; antes al contrario, «vienen de fuera de su propio sistema y contenido, sea que deriven de alteraciones del Derecho Social sustantivo [las cuales evolucionan a una velocidad sin parangón en otros sectores del ordenamiento. BORRAJO DACRUZ, E.: "Derecho vivo del Trabajo", cit., págs. 1 y ss.], sea que obedezcan a empeños de dar un tratamiento uniforme para todas las ramas procesales y para todas las jurisdicciones a una determinada materia (como por ejemplo ocurre con el beneficio de pobreza)», ALONSO OLEA, M.: «Prólogo» en BARREIRO GONZÁLEZ, G., *et alii* (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Coord.): *Diccionario Procesal Social*, Madrid (Civitas), 1996, pág. 16.

²¹ Conforme razonan, entre otros, CRUZ VILLALÓN, J.: «Constitución y Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 38, 1989, pág. 211 o GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid (Civitas), 1994, págs. 15 y ss.

²² MARTÍN VALVERDE, A.: «Jurisdicción Social y tutela judicial efectiva», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 4, 1994, pág. 85 y RIVERO LAMAS, J.: «Aplicación del Derecho del Trabajo y tutela jurisdiccional», en AA.VV.: *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales/Universidad de Granada), 1991, pág. 474.

²³ No en vano se ha aludido a lo «irresistible del modelo del proceso social», MONTALVO CORREA, J.: «La repercusión de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Proceso Social», en AA.VV.: *El Proceso Social. Estudios en Homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa Gil*, Valladolid (Tirant lo Blanch), 2001, pág. 642. Haciendo referencia a la «saludable labora-

junto a las luces y, como es lógico, sea siempre posible detectar la presencia de un buen número de defectos e imperfecciones ²⁴ –por lo demás inherentes a cualquier quehacer humano– y cuestiones que han dado lugar a múltiples dudas algunas de ellas aún no resueltas.

Quizá uno de los mayores peligros a la hora de lograr la tan deseada efectividad del Derecho del Trabajo venga dado por el posible aquietamiento del trabajador; esto es, que, a partir de la posición «ineluctablemente desigual» ²⁵ de las partes de la relación laboral ²⁶, el trabajador no se decidiera a ejercitar en vía judicial, por algún tipo de presión, temor o amenaza, más o menos explícita, proveniente –por supuesto– del empresario, aquellos derechos reconocidos por el ordenamiento social que hubieran sido desconocidos por quien ostenta la titularidad de la organización productiva, produciéndose, en consecuencia, su pérdida por el transcurso del tiempo, habida cuenta «el principio de irrenunciabilidad (art. 3.5 ET)... no impide la decadencia por prescripción o caducidad conforme al artículo 59 ET a partir de su falta de ejercicio» ²⁷.

Ésta es una de las objeciones que, muchas veces, suele ser formulada frente al *ius*laboralista: el Derecho del Trabajo –dentro del mayor o menor grado de desarrollo que en cada sociedad haya alcanzado en un momento histórico concreto– pinta un panorama ideal de Justicia que, por desgracia, no se corresponde luego con la realidad cotidiana de la empresa, donde la Ley del más fuerte (el empresario) sigue prevaleciendo bajo la amenaza, más o menos velada, de un despido –demasiado barato, a pesar de todo– y el trabajador, forzado por las circunstancias de necesidad vital, personal y familiar, propias del carácter *quasialimenticio* del crédito laboral ²⁸, se ve abocado a inactuar aquellos derechos tan grandilocuentemente proclamados en el ordenamiento.

lización del proceso civil» tras la entrada en vigor de la LEC'2000, entre otros, MONTOYA MELGAR, A.: «Proceso civil y proceso laboral (en torno a las recíprocas influencias entre la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Procedimiento Laboral)», en AA.VV. (RÍOS SALMERÓN, B. y SEMPERE NAVARRO, A. V., Coords.): *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*, Pamplona (Aranzadi), 2001, pág. 26 y LUJÁN ALCARAZ, J.: «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su influencia en el proceso ordinario laboral», *AS*, núm. 3, 2000, pág. 10. Sus principios también fueron «exportados» al ámbito del procedimiento abreviado instrumentado en el orden contencioso-administrativo por la LJCA'1998, conforme muestra, entre otros, DESDENTADO BONETE, A.: «Notas para un debate sobre la crisis del proceso social», *RDS*, núm. 4, 1998, pág. 223.

²⁴ Seleccionando entre los abundantes estudios que aluden como lugar común a una presunta «crisis del proceso social» [CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social*, Pamplona (Aranzadi), 1996, págs. 22 y ss.], recientemente se ha puesto de manifiesto alguno de esos defectos en los trabajos de RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Deficiencias del proceso social y claves para su reforma*, Madrid (Marcial Pons), 2001, págs. 24 y ss. o GARCÍA BECEDAS, G.: «Los principios informadores del proceso laboral (Algunas reflexiones críticas en torno a la oralidad, celeridad y concentración)», en AA.VV.: *El Proceso Social. Estudios en Homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa Gil*, Valladolid (Tirant lo Blanch), 2001, págs. 203 y ss.

²⁵ Expresión clásica de DESPAX, M.: «L'evolution du rapport de subordination», *DS*, núm. 1, 1982, pág. 11.

²⁶ Puesta de manifiesto ya en los trabajos de MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid (CEC), 1965, pág. 44; ALONSO OLEA, M.: «Sobre el poder de dirección del empresario», *RPS*, núm. 65, 1965, pág. 104 o, más recientemente, GIL y GIL, J. L.: *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Madrid (MTSS), 1993, págs. 19 y ss.

²⁷ ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores; Texto, comentarios, jurisprudencia*, Madrid (Civitas), 1995, pág. 48.

²⁸ Entre otros muchos, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «El salario como crédito privilegiado», en AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre la LRL*, Madrid (Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho), 1977, pág. 416; RÍOS SALMERÓN, B.: «El crédito salarial: su efectividad», *RL*, núm. 10, 1995, pág. 67 o MARÍN CORREA, J. M.: «Los valores fundamentales de la relación de trabajo», *AL*, T. III, 1997, págs. 1.153 y ss.

A partir de tales consideraciones cabría elevar un postulado de ineludible referencia –que bien pudiera servir a modo de *leit motiv* del presente trabajo–: o el Derecho Social es efectivo, o no es verdaderamente Social o, expresado en términos más ajustados al tema ahora proyectado, o se asegura que las disfunciones producidas en el seno de la empresa puedan ser oportunamente denunciadas y corregidas, o el Derecho del Trabajo es poco más que un bello juego de artificio. Como reconociera la expresión del clásico, *sint ut sunt, aut non sint*; que las cosas sean según su naturaleza, o no sean. Alicia habría regresado a este lado del espejo.

Entre otras razones, para corregir y remediar la situación descrita, tan posible en la práctica y, si bien se mira, hasta tan comprensible debido a la siempre precaria situación de quien presta sus servicios por cuenta ajena, el Tribunal Constitucional ha elaborado la denominada garantía de indemnidad, objeto de la presente investigación, a partir de la cual y como habrá de ser analizado en detalle a lo largo de las siguientes páginas, ninguna consecuencia desfavorable podrá sufrir quien tenga como único «pecado» el haber ejercitado alguno de los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce. Esta garantía ha sido incorporada, además, como uno de los múltiples contenidos del Derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24 de la Constitución, elevando su desconocimiento a la categoría de lesión de un derecho fundamental.

2. El derecho [fundamental] a la tutela judicial efectiva y el derecho [legal] al ejercicio individual de acciones derivadas del contrato de trabajo.

Como es de sobra conocido, la Constitución Española de 1978, tras reconocer al inicio de su articulado que la Justicia es «valor superior del ordenamiento jurídico»²⁹, se encargó de recoger en el artículo 24, por primera vez de manera expresa y directa, un derecho fundamental a la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos. Proclama de este modo que «todas las personas»³⁰ [también el trabajador] tienen derecho a acudir ante los Jueces y Tribunales establecidos por el Estado para pretender la satisfacción de cuantos derechos e intereses legítimos les correspondan, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión». Por su parte, el párrafo segundo del mentado precepto –aun cuando tales manifestaciones no integran en sentido estricto el derecho a la tutela judicial efectiva³¹– establece cómo, «asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predetermi-

²⁹ Algo por otro lado evidente, pues ningún ordenamiento jurídico puede obviar el derecho de las personas «a que se haga Justicia». Su realización debe constituir una objetivo fundamental en la actuación de cualquier Estado, GUASP, J.: «Administración de Justicia y Derechos de la personalidad», *REP*, núm. 17, págs. 75 y ss.

³⁰ El artículo 24.1 CE contempla el derecho de «todas las personas» a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales. Esta expresión plural fue entendida por la doctrina del Tribunal Constitucional como «el derecho de todos a la jurisdicción», que, en cuanto derecho fundamental, «es predicable de todos los sujetos jurídicos» [STCo 4/1982, de 8 de febrero]. Por su parte, los artículos 53 CE y 41.2 de la LOTC utilizan la expresión –más concreta– «ciudadanos»; el intérprete de la norma fundamental ha admitido desde sus comienzos –en dato de incontestable relevancia– el recurso de amparo en favor de quienes, según las normas al efecto, sean titulares de los derechos fundamentales y las libertades públicas. No lo limita, por tanto, a los ciudadanos *stricto sensu*, incluyendo también a los extranjeros [STCo 99/1985, de 30 de septiembre] y a las personas jurídicas, tanto a las de Derecho Privado como a las de Derecho Público [SSTCo 4/1982, de 8 de febrero o 64/1988, de 12 de abril].

³¹ En efecto, el Tribunal Constitucional se encarga de poner orden y aclarar cómo los contenidos de los párrafos primero y segundo del artículo 24 CE «previenen dos supuestos íntimamente relacionados entre sí, pero que merecen un tratamiento diferenciado» [SSTCo 46/1982, de 4 de agosto; 26/1983, de 13 de abril; 36/1984, de 14 de marzo o 124/1997,

nado por la Ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas –y con todas las garantías–, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

La norma fundamental quiere incorporar, junto a las modalidades clásicas de derechos humanos, un conjunto de garantías eminentemente jurisdiccionales y procesales³² elevadas al rango de derecho fundamental³³ –auténtico «derecho estrella en el firmamento constitucional»³⁴–, erigiéndose su contenido en «la verdadera norma de cierre del ordenamiento jurídico y en la garantía real para el disfrute de los otros derechos [sustantivos]»³⁵.

de 1 de julio]. De su doctrina parece entreverse que el artículo 24.1 CE contempla un derecho «al proceso», mientras que el artículo 24.2 se refiere a ciertas «garantías procesales constitucionalizadas» [STCo 141/1988, de 12 de julio]. Tal derecho al proceso vendría integrado por una serie de facultades bien delimitadas, a partir de lo cual «se hace innecesario tener que acudir al artículo 24.2 CE» para encontrar sus manifestaciones específicas, por cuanto «los derechos y garantías procesales derivados de la tutela judicial efectiva, con la decantación que de los mismos ha hecho el Tribunal Constitucional, se han convertido en un derecho fundamental tan concreto como puede ser, por ejemplo, el juez natural predeterminado por la Ley», CHAMORRO BERNAL, F.: *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcelona (Bosch), 1994, pág. 382.

Cierto sector de la doctrina, en cambio, y desde una concepción amplia, entiende que el artículo 24.1 CE recoge un derecho general de tutela judicial efectiva y el artículo 24.2 CE simplemente enumera algunas de sus manifestaciones más significativas. ALONSO GARCÍA, E.: «El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los Tribunales», en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, T. II, Madrid (Civitas), 1991, págs. 973 y ss. o SERRANO ALBERCA, J. M.: «Las garantías constitucionales como derechos fundamentales: un análisis del artículo 24 CE», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 1985, pág. 435 y ss.

Quizá la opinión más sensata venga dada por aquella opinión intermedia a partir de la cual, y aun cuando se reconozcan las líneas de división entre ambos preceptos, no se duda en admitir la intrínseca relación existente entre algunas de las facultades reconocidas en el artículo 24.2 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, de manera tal que las omisiones de aquéllas suponen lesiones de éste, VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Tutela judicial, competencia de la jurisdicción y acceso al proceso de trabajo», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 4, 1994, pág. 31 o SERRANO GARCÍA, M.^a J.: *La ejecución de los despidos improcedentes*, Valladolid (Lex Nova), 2001, pág. 38. Así lo viene a reconocer el Tribunal Constitucional de manera implícita, por ejemplo, en cuanto hace a los medios de prueba [SSTCo 110/1995, de 4 de julio o 25/1996, de 13 de febrero] o a un proceso sin dilaciones indebidas [STCo 39/1995, de 13 de febrero].

³² En el conocido fenómeno de la constitucionalización de las normas, figuras e institutos procesales, puesto de manifiesto desde antiguo por la mejor doctrina, CALAMANDREI, P.: *Processo e democrazia*, Padua (Cedam), 1954, pág. 148. La inclusión de los denominados «derechos procesales» en los textos constitucionales deriva de la interdicción de la autotutela del propio derecho y la necesidad de proporcionar a los justiciables una serie de garantías elementales en el ámbito de la Administración de Justicia, ACOSTA ESTÉVEZ, J. B.: «Líneas básicas del derecho a la tutela jurisdiccional: la garantía constitucional de la acción», *La Ley*, T. III, 1990, pág. 874.

³³ Pasando de ser meras garantías de los derechos, «a ostentar el carácter de garantías como verdadero derecho fundamental», según se encarga de exponer gráficamente FUIGUERUELO BURRIEZA, A.: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid (Tecnos), 1990, pág. 20.

³⁴ Como lo califica Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», *PJ*, núm. 5, 1987, pág. 41. Un análisis cuantitativo simple permite corroborar tal dato, pues de los 6.786 asuntos turnados en el año 2001 a las Salas del Tribunal Constitucional, en 5.778 se invocaba el artículo 24 CE, según datos tomados de la memoria del propio Tribunal. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.; MORALES ORTEGA, J. M. y PÉREZ YÁÑEZ, R. M.^a: «El contenido del artículo 24 CE en la jurisprudencia constitucional 2001/2002: continuidad básica con variaciones», *RL*, núm. 3, 2003, pág. 36.

³⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Tutela judicial, competencia de la jurisdicción y acceso al proceso de trabajo», cit., pág. 12.

En este sentido procede recordar la voluntad del constituyente por darle encuadramiento en la Sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, bajo la rúbrica «de los Derechos fundamentales y de las libertades públicas». Tal ubicación sistemática, unida al auténtico valor normativo ³⁶ que posee el texto fundamental, permite inferir el reconocimiento del máximo grado de protección posible; a saber:

- a) Vincula a todos los poderes públicos y, en consecuencia, es directamente invocable ante los Tribunales de Justicia ³⁷ (arts. 9.1 y 53.1 CE), sin que pueda servir de excusa la ausencia de desarrollo legislativo para impedir la aplicación directa del artículo 24 CE ³⁸.
- b) Su ejercicio sólo podrá ser regulado por ley –orgánica además (art. 81 CE)–, la cual, en todo caso, deberá respetar el contenido esencial del derecho fundamental ³⁹ (art. 53.1 CE).
- c) Se beneficia de una tutela judicial reforzada, a concretar en su protección ante los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad –regulado con carácter general por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona ⁴⁰; por

³⁶ Consagrando un verdadero «principio constitucional» sobre el valor jurídico y eficacia inmediata del texto fundamental, cúspide del sistema normativo y punto de referencia obligado en cualquier sector del ordenamiento jurídico. Por todos, ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L.: *El régimen constitucional español*, Barcelona (Labor), 1980, pág. 118; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La Constitución como norma jurídica», en AA.VV. (PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Dirs.): *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid (Civitas), 1988, págs. 95 y ss. o ATIENZA, M. y RUIZ-LANERO, J.: «La regla de conocimiento y el valor normativo de la Constitución», *REDC*, núm. 47, 1996, págs. 29 y ss. Con todo, y por cuanto hace al planteamiento del principio de valor normativo de la Constitución, la doctrina científica ha encontrado ciertas fisuras y lagunas, por otro lado inevitables; al respecto, ROMERO MORENO, J. M.: «La aplicación normativa directa de la Constitución española», *La Ley*, núm. 914, 1984, pág. 3.

³⁷ Debiendo ser interpretado, además, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y pactos internacionales ratificados por España (art. 10.1 CE), y gozando de fuerza derogatoria sobre cualquier ley o norma jurídica –sin importar su orden jerárquico– que supongan una contravención del principio. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La Constitución como norma jurídica», en AA.VV. (PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Dirs.): *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, cit., pág. 72 y ss. o GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid (Civitas), 2001, págs. 32 y 38.

³⁸ SSTCo 77/1982, de 20 de diciembre o 39/1983, de 17 de mayo.

³⁹ Lo cual no significa, empero, que cualquier contenido procesal deba ser regulado a través de ley orgánica. Aun cuando las normas encargadas de desarrollar los derechos fundamentales deban ser leyes orgánicas, eso no significa que cualquier ley relacionada de manera más o menos directa con un derecho fundamental deba poseer tal carácter, pues entonces «se convertiría al ordenamiento jurídico entero en una mayoría de leyes orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental», STCo 6/1982, de 22 de febrero. En cuanto hace a los derechos procesales, y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, sólo deberá ser orgánica la ley «que regule los cauces a través de los cuales los mencionados derechos deben ejercerse, y no las normas de desarrollo de los mismos», SSTCo 22/1986, de 14 de febrero o 96/1998, de 26 de mayo. En la doctrina científica, PICÓ I JUNOY, J.: *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona (Bosch), 1997, pág. 28.

⁴⁰ Sobre ciertas deficiencias e incongruencias en la regulación de ese procedimiento preferente y sumario, DE LA OLIVA SANTOS, A.: «Tribunal Constitucional y Jurisdicción ordinaria», en AA.VV.: *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid (McGraw-Hill), 1996, págs. 55 y ss.; CARRILLO, M.: *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1995, pág. 138 o GARCÍA MORILLO, J.: *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1985, pág. 41.

cuanto al Orden Social hace, en los arts. 175 y ss. LPL– y en la posibilidad de, agotada la vía judicial ordinaria ⁴¹, interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE y art. 44 LOPJ).

2.1. El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo como manifestación específica del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito laboral.

Este derecho fundamental a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales vendría a ser uno de esos a los cuales se ha denominado, en «afortunada terminología» ⁴², «derechos laborales inespecíficos» ⁴³, es decir, aquellos que el trabajador disfruta no en cuanto trabajador, sino en cuanto ciudadano, pero de los que no puede ser privado a partir de su incorporación en el seno de la empresa ⁴⁴, «impregnando de manera esencial el desarrollo de la relación laboral» ⁴⁵.

El Tribunal Constitucional ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicios en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo ⁴⁶. En consecuencia, y como también ha afirmado el Alto Tribunal, el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve

⁴¹ Como reiteradamente recuerda el Tribunal Constitucional, el recurso de amparo no es una especie de última instancia judicial, ni un medio ordinario de protección de los derechos fundamentales, sino una vía excepcional para proteger al ciudadano frente a las lesiones de aquéllos; entender lo contrario llevaría a desnaturalizar la función subsidiaria del recurso de amparo y provocaría una injustificada alteración de las funciones que corresponden respectivamente a los Tribunales ordinarios y al propio Tribunal Constitucional [por todas, STCo 196/1995, de 19 de diciembre]. Este último no debe entrar a conocer de nuevo sobre el fondo del asunto para resolver una cuestión hipotética y eventualmente mal resuelta por aquéllos; sino que, «se verá en la tesitura de comprobar si en el caso en cuestión concurrían o no los llamados requisitos procesales, es decir, si el derecho a la tutela se había ejercido por las vías procesales legalmente establecidas... Esto es perfectamente explicable porque, si el Tribunal Constitucional tuviese que dilucidar si se ha dado o no la razón acertada y justamente, necesariamente se convertiría en un gigantesco órgano de segunda o tercera instancia en incontables procesos», FUIGUERUELO BURRIEZA, A.: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, cit., págs. 69-74.

⁴² DEL REY GUANTER, S.: «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», *RL*, núm. 3, 1995, pág. 9.

⁴³ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid (CEC), 1991, págs. 31-33.

⁴⁴ Entre otras muchas, SSTCo 88/1985, de 19 de julio; 104/1987, de 17 de junio; 14/1993, de 18 de enero y 197/1998, de 13 de octubre. Es cierto que «la sola idea de ingreso en una organización implica una cierta comprensión de los derechos de que el individuo es titular; sin esa armonización, simplemente, la vida de la organización no sería posible» [FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «La libertad ideológica y prestación de servicios», *RL*, T. II, 1985, pág. 426], pero no lo es menos que «resulta necesario garantizar la vigencia y aplicación de los derechos fundamentales en un ámbito como el laboral a riesgo de convertir la relación en algo deforme e irreconocible» [DEL REY GUANTER, S.: «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», cit., pág. 11], si bien «el ejercicio de los derechos fundamentales de titularidad general por los trabajadores opera importantes mutaciones que conforman una progresiva reconstrucción de la relación de trabajo nacida del contrato» [ORTIZ LALLANA, M.ª C.: «Derechos fundamentales y relación laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 13, 1998, pág. 17].

⁴⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Los derechos laborales en la Constitución española*, cit., pág. 32.

⁴⁶ SSTCo 88/1985, de 19 de julio; 6/1988, de 21 de enero; 129/1989, de 17 de julio; 126/1990, de 5 de julio; 99/1994, de 11 de abril; 106/1996, de 12 de junio.

en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los artículos 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos ⁴⁷, perspectiva esta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral ⁴⁸. Los equilibrios y limitaciones recíprocas que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo supone, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos ⁴⁹.

En particular, la celebración del contrato de trabajo, no sólo no priva a quien entra a prestar servicios por cuenta ajena de su derecho fundamental a la efectiva tutela judicial, sino que, en buena medida, la «versión laboral» ⁵⁰ del mismo potencia y agudiza su ejercicio ⁵¹, como mecanismo imprescindible para la protección y actualización de unos derechos laborales que se encuentran en permanente conflicto, al punto de exigir para su adecuado desenvolvimiento la existencia de un orden jurisdiccional específico a través del cual encauzar su realización ⁵².

Desde esta perspectiva, el derecho fundamental consagrado por el artículo 24 de la *norma normarum* pretende encontrar reflejo legal en la norma laboral cuando, al regular los derechos de los trabajadores, contempla entre ellos «el ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo» [art. 4.2 g) ET], en el entendimiento claro de que tan sólo de esta manera pueden ser amparados como conviene el resto de los derechos sustantivos reconocidos por el ordenamiento social ⁵³.

Así, el trabajador [y también el empresario] se encuentran legitimados para reclamar ante los Tribunales de Justicia, y a través de los modos y maneras legalmente establecidos en la norma ritual laboral (proceso ordinario o modalidades procesales especiales, según el caso), cuantos derechos e intereses deriven de la formalización y desarrollo de la relación laboral y, por cuanto ahora interesa, cualquier tipo de obstáculo o limitación que a tal ejercicio pudiera tratar de ser impuesta –tanto de

⁴⁷ SSTCo 99/1994, de 11 de abril; 6/1995, de 10 de enero y 136/1996, de 23 de julio.

⁴⁸ SSTCo 99/1994, de 11 de abril y 6/1995, de 10 de enero.

⁴⁹ STCo 292/1993, de 18 de octubre.

⁵⁰ MARTÍN VALVERDE, A.: «La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 33, 1988, pág. 58 o MONTALVO CORREA, J.: «Relaciones laborales y constitución; anotaciones a una década», en AA.VV.: *Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Prof. Manuel Alonso Olea*, Madrid (MTSS), 1990, pág. 29.

⁵¹ Dentro de la necesaria «reconstrucción» de los derechos fundamentales para adaptarlos a las particularidades surgidas a partir de la relación laboral, ORTIZ LALLANA, M.^a C.: «Derechos fundamentales y relación laboral», cit., pág. 17.

⁵² «De ahí que su elaboración se haya realizado, en buena medida, a partir de casos laborales como el que ahora ocupa», GARCÍA MURCIA, J.: «Empleados en locutorios telefónicos (I)», en ALONSO OLEA, M. y MONTROYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVIII, Madrid (Civitas), 2000, pág. 335.

⁵³ Así lo entienden, entre otros muchos, ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores; Texto, comentarios, jurisprudencia*, cit., pág. 57 o ROJAS RIVERO, G. P.: *El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo*, cit., pág. 16. En la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras, SSTCo 7/1993, de 18 de enero; 14/1993, de 18 de enero; 54/1995, de 24 de febrero; 101/2000, de 10 de abril; 196, 197 y 199/2001, de 24 de julio.

manera directa por los poderes públicos como, y será el supuesto específico a atender en el presente trabajo, por los sujetos particulares, principalmente el empresario cuando se trate de relaciones laborales— merecerá encontrar amparo en el derecho fundamental consagrado por el artículo 24 CE ⁵⁴.

2.2. Los contenidos del derecho a la efectiva tutela judicial: el encaje de la garantía de indemnidad.

Como la larga exégesis de la norma desarrollada por el máximo intérprete constitucional permite colegir, el «macro derecho fundamental» ⁵⁵ a la efectiva tutela de los Jueces y Tribunales presenta un contenido amplio, no limitado al simple acceso al proceso ⁵⁶, como a primera vista pudiera parecer, actualizándose muchas veces dentro de él y en relación con las garantías procesales.

En efecto, el derecho consagrado por el artículo 24.1 CE no se reduce a garantizar el mero acceso a los órganos jurisdiccionales; antes bien, procede predicar un cierto entendimiento del mismo como un derecho «al proceso *–in genere*, en su más amplio sentido y manifestación—» ⁵⁷, integrado por un «contenido complejo» ⁵⁸ que despliega sus efectos en todos los momentos de aquél ⁵⁹ e incluye un amplio abanico de facultades ⁶⁰, convenientemente enumeradas y deslindadas, que bien pudieran quedar brevemente sistematizadas como sigue ⁶¹:

⁵⁴ Perspectiva esbozada por ROJAS RIVERO, G. P.: *El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo*, cit., págs. 21 y ss.

⁵⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.; MORALES ORTEGA, J. M. y PÉREZ YAÑEZ, R. M.^a: «El contenido del artículo 24 CE en la jurisprudencia constitucional 2001/2002: continuidad básica con variaciones», cit., pág. 37.

⁵⁶ «El derecho a la tutela judicial efectiva es, pues, un derecho a accionar, a acceder a los órganos judiciales [pero también] el derecho a obtener de éstos una resolución fundada en Derecho y que ésta sea efectiva...; [no es sólo] un derecho al proceso [sino también] en el proceso», STCo 54/1994, de 24 de febrero.

⁵⁷ FUIGUERUELO BURRIEZA, A.: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, cit., págs. 73-74.

⁵⁸ SSTCo 26/1983, de 13 de abril; 48/1986, de 23 de abril o 59/1997, de 18 de marzo.

⁵⁹ Tanto «en el acceso a la Justicia, como a lo largo del proceso ya iniciado, e incluso una vez dictada sentencia, en el momento culminante de la ejecución y plena efectividad de los pronunciamientos», GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., pág. 45.

⁶⁰ En este sentido, el mayor problema se plantea a la hora de deslindar los derechos y garantías del artículo 24.1 y 24.2 CE, llegando el Tribunal Constitucional a inadmitir un recurso cuando la pretensión de amparo se había fundado erróneamente en uno de los párrafos en vez de en el otro, y al contrario [SSTCo 104/1986, de 17 de julio o 41/1988, de 14 de marzo y AATCo 170/1982, de 12 de mayo; 169/1983, de 20 de abril o 668/1986, de 30 de julio].

⁶¹ Acomodando el discurso en texto a los completísimos estudios existentes, los cuales incluyen exhaustiva cita de la jurisprudencia constitucional, basten las remisiones a las obras de CHAMORRO BERNAL, F.: *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, cit., págs. 15 y ss. o PICÓ I JUNOY, J.: *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., págs. 40 y ss.; también tratan la cuestión, entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona (Bosch), 1980, págs. 36 y ss.; CANO MATA, A.: *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid (Edersa), 1984, págs. 17 y ss.; ALONSO GARCÍA, E.: «El artículo 24 de la Constitución en la jurisprudencia constitucional; problemas generales y acceso a los Tribunales», en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. García de Enterría*, Madrid (Civitas), 1991, págs. 973 y ss.; MORENO CATENA, V.: «Sobre el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», *PJ*, núm. 10, 1984, págs. 41 y ss.; AROZAMENA SIERRA, J.: «Las garantías judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *PJ*, núm. 35, 1994, págs. 21 y ss. o, por no prolongar una lista mucho más amplia, ROMERO COLOMA, A.: *El artículo 24 de la Constitución española: análisis y valoración. El acceso del ciudadano a la Justicia*, Barcelona (Serlipost), 1993, págs. 13 y ss.

1. Derecho de acceso a la jurisdicción⁶²; es decir, de un lado, a promover la actuación de los órganos jurisdiccionales en orden a la tutela de los derechos e intereses legítimos⁶³ –laborales, por cuanto ahora ocupa⁶⁴– dignos de protección; de otro, a acudir al proceso –debiendo ser llamado cuando sea menester⁶⁵– para proceder –ya como demandante, ya como demandado– a la defensa de tales posiciones jurídicas subjetivas⁶⁶.

La facultad se extiende a todas las instancias del proceso, incluido el derecho a los recursos legalmente previstos⁶⁷. Ahora bien, en ese acceso a la jurisdicción será menester observar los cauces, trámites y requisitos establecidos por el legislador –al ser éste un «derecho prestacional de configuración legal»⁶⁸–, sin que éstos puedan suponer, empero, «obstáculos excesivos o irrazonables»⁶⁹ y debiendo atenuar el rigor de su cumplimiento –en virtud

⁶² Entre muchas, SSTCo 11/1982, de 29 de marzo; 90/1983, de 27 de noviembre; 19/1986, de 7 de febrero; 148 y 232/1988, de 14 de julio y 2 de diciembre; 33/1989, de 3 de febrero; 213/1990, de 20 de diciembre; 6/1992, de 6 de enero; 217/1994, de 18 de julio o 54/1997, de 17 de marzo.

⁶³ En formulación casi tautológica cabe afirmar que «allá donde exista un derecho o interés legítimo digno de tutela, existirá derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales», SSTCo 71/1991, de 8 de abril.

⁶⁴ GOERLICH PESET, J. M.: «El derecho al proceso: acceso a la jurisdicción y recurso en materia laboral», *RL*, núms. 15-16, 1997, págs. 201 y ss. o, recientemente, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Tutela judicial efectiva y acceso al proceso laboral», en AA.VV.: *El proceso laboral. Estudios en Homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa*, Valladolid (Lex Nova), 2001, págs. 909 y ss.

⁶⁵ «El derecho a la tutela judicial efectiva implica la posibilidad de un juicio contradictorio, cuyo soporte instrumental básico son los actos procesales de comunicación, pues sin un debido emplazamiento las partes no podrían comparecer en juicio ni defender sus posiciones... Cobra especial importancia el primer acto procesal de comunicación (emplazamiento o citación)... es algo más que un mero requisito de forma y por ellos se hace preciso desde el punto de vista de la garantía del artículo 24.1 que el órgano judicial asegure su efectividad real», STCo 99/1997, de 20 de mayo. En parecidos términos, SSTCo, 9/1981, de 31 de marzo; 102/1983, de 18 de noviembre; 118/1984, de 5 de diciembre; 82/1985, de 5 de julio; 205/1988, de 7 de noviembre; 142/1989, de 18 de septiembre; 48/1990, de 20 de marzo; 113/1993, de 24 de marzo; 190/1995, de 18 de diciembre; 121/1996, de 8 de julio o 86/1997, de 22 de abril.

⁶⁶ Al respecto, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Tutela judicial efectiva y acceso al proceso laboral», en AA.VV.: *El Proceso Social. Estudios en Homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa Gil*, cit., págs. 909 y ss.

⁶⁷ Conviene precisar, no obstante, que –salvo en el ámbito penal– el establecimiento de un sistema de recursos no es una exigencia constitucional, disfrutando de libertad el legislador para determinar su configuración y los requisitos exigibles en cada caso. Entre otras, SSTCo 19/1983, de 14 de marzo; 110/1985, de 8 de octubre; 28/1987, de 5 de marzo; 36/1989, de 14 de febrero; 115/1992, de 14 de septiembre; 157/1995, de 6 de noviembre o 93/1997, de 8 de mayo. Una vez se ha ocupado de diseñar el sistema de recursos, el derecho a su utilización entra a formar parte del contenido del derecho fundamental, SSTCo 100/1995, de 20 de junio; 82/1996, de 20 de mayo o 9 y 125/1997, de 14 de enero y 1 de julio.

⁶⁸ SSTCo 50/1990, de 26 de marzo; 114/1992, de 14 de septiembre; 149/1993, de 3 de mayo; 55 y 174/1995, de 6 de marzo y 23 de noviembre o 123/1996, de 8 de julio. En este sentido, el Alto Tribunal recuerda que los trámites y requisitos procesales no son un «puro capricho ritual», sino una necesidad de ordenación del proceso a través de ciertos cauces objetivos en garantía de los derechos de los ciudadanos, SSTCo 185/1987, de 18 de noviembre; 132/1992, de 28 de septiembre o 221/1994, de 18 de julio. En la doctrina científica, APARICIO PÉREZ, M. A.: «El derecho a la organización de la tutela judicial efectiva», *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, núm. 1, 1988, págs. 75 y ss.

⁶⁹ SSTCo 93/1990, de 23 de mayo; 195/1992, de 16 de noviembre; 285/1993, de 4 de octubre o 55/1997, de 17 de marzo. No resultan ni excesivos ni irrazonables el cumplimiento de los plazos legales [SSTCo 15/1985, de 5 de febrero; 220/1993, de 30 de junio o 104/1997, de 2 de junio], la necesidad de observar ciertos requisitos previos al proceso, como pudieran ser la conciliación o reclamación administrativa previa [SSTCo 14/1993, de 18 de enero; 17/1994, de 20 de enero o 122/1997, de 3 de junio] o la realización de fianzas, depósitos o consignaciones para poder acceder a los recursos legalmente establecidos, siempre y cuando no acaben siendo prohibitivos o especialmente gravosos [STCo 147/1985, de 29 de octubre o 202/1987, de 17 de diciembre].

del denominado principio *favor actionis* o *pro actione*⁷⁰– bajo los criterios de «antiformalismo»⁷¹ y «subsanción de cuantos defectos procesales» sean por naturaleza susceptibles de reparación⁷².

2. Interdicción de la indefensión⁷³. Entendida, en un sentido muy amplio, como prohibición o limitación de cualesquiera medios propios de la defensa. Tal aparecería, por ejemplo, cuando los órganos judiciales se abstienen de adoptar todas las medidas a su alcance para emplazar o citar a las partes⁷⁴, o también cuando las privan de forma injustificada y sustancial –de manera real y efectiva, total y absoluta, no abstracta o hipotética⁷⁵– de su derecho a alegar y probar, en situación de igualdad y contradicción, todo aquello cuanto a su interés convenga⁷⁶.

3. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho –sea o no favorable a las pretensiones de la parte⁷⁷– que ponga fin al proceso⁷⁸, contenido a concretar en la necesidad de

⁷⁰ Entre otras, SSTCo 104/1997, de 2 de junio; 8 y 207/1998, de 13 de enero y 26 de octubre; 135/1999, de 15 de julio u 84 y 205/2000, de 27 de marzo y 24 de julio.

⁷¹ Lo cual exige de los órganos jurisdiccionales una interpretación en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto [SSTCo 78/1991, de 15 de abril; 122/1993, de 19 de abril; 256/1994, de 26 de septiembre o 152/1996, de 30 de septiembre]. Estudio exhaustivo de la cuestión en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de justicia constitucional», *RDP*, núms. 16-17, 1982-3, págs. 1.323 y ss. o SERRANO HOYO, G.: «Flexibilización de las formas procesales y tutela judicial efectiva», *RGD*, abril, 1994, págs. 3.589 y ss.

⁷² El artículo 24 CE no consagra un derecho absoluto a la subsanación de los defectos procesales, pero sí obliga al juzgador a procurar –antes de rechazar una demanda, incidente o recurso– la reparación del defecto, siempre que ello sea posible, efectuando un «juicio de proporcionalidad» entre la gravedad de éste –atendiendo a la finalidad del requisito incumplido– y la consecuencia anudada a su inobservancia, debiendo extremar la cautela en aquellos casos en los cuales la inadmisión sea la resultante, SSTCo 104 y 112/1997, de 2 y 3 de junio. En igual sentido, SSTCo 11/1982, de 29 de marzo; 78/1991, de 15 de abril o 152/1996, de 30 de septiembre. De esta manera, podrían considerarse subsancionables, por ejemplo, la falta de la firma de abogado o procurador [SSTCo 87/1986, de 27 de junio o 174/1988, de 3 de octubre] o carecer el letrado de habilitación para ejercer la profesión de abogado en el ámbito colegial de que se trate [STCo 38/1996, de 11 de marzo].

⁷³ SSTCo 118/1983, de 13 de diciembre; 68/1986, de 27 de mayo; 102/1987, de 17 de junio; 34 y 155/1988, de 1 de marzo y 22 de julio o 31 y 43/1989, de 13 de febrero y 20 de febrero.

⁷⁴ Habida cuenta «el derecho a la tutela judicial efectiva garantiza el derecho a acceder al proceso... en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que aseguren, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios», STCo 190/1995, de 18 de diciembre.

⁷⁵ SSTCo 212/1994, de 13 de julio; 121/1995, de 18 de julio; 37 y 164/1996, de 11 de marzo y 28 de octubre o 77/1997, de 21 de abril.

⁷⁶ SSTCo 4/1982, de 8 de febrero; 102/1987, de 17 de junio; 78/1992, de 25 de mayo; 175/1994, de 7 de junio; 151/1996, de 30 de septiembre o 52/1997, de 17 de marzo. «Los órganos judiciales han de estar especialmente comprometidos en el descubrimiento de la relación jurídico-material debatida, a cuyo fin deberán ser también exhaustivos en la introducción del material probatorio», STCo 61/2002, de 11 de marzo.

⁷⁷ Así lo entiende el Tribunal Constitucional desde una época temprana, cuando sostiene que «el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende –obviamente– el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello», SSTCo 9/1981, de 31 de marzo; 160/1985, de 28 de noviembre o 131/1987, de 20 de julio.

⁷⁸ SSTCo 176/1985, de 17 de diciembre; 19/1986, de 7 de febrero; 55/1987, de 13 de mayo; 264/1988, de 22 de diciembre; 124/1990, de 2 de julio; 169/1991, de 18 de julio; 109/1992, de 14 de septiembre; 325/1994, de 12 de diciembre; 32/1996, de 27 de febrero o 101/1997, de 20 de mayo.

motivar las sentencias ⁷⁹ y demás resoluciones judiciales ⁸⁰, aun cuando no conlleve *per se* la exigencia de una resolución sobre el fondo del asunto, pues tal requisito se cumple también cuando el órgano judicial inadmite o desestima una pretensión por un motivo de forma si la parte no ha dado oportuno cumplimiento a las exigencias establecidas por la Ley ⁸¹.

4. El derecho a que el fallo judicial se cumpla ⁸². Tal contenido comprende a su vez tres exigencias: en primer lugar, la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales al margen de los cauces excepcionales legalmente previstos ⁸³, es decir, la imposibilidad de alterar el contenido de las resoluciones judiciales firmes, pues la protección judicial perdería su sentido si fuera posible reabrir aleatoriamente el proceso ya terminado, para modificar lo en él resuelto, atacando la santidad de la cosa juzgada ⁸⁴; en segundo término, la obtención de

⁷⁹ La decisión judicial debe ir precedida de la argumentación sobre la cual se fundamente. No significa, empero, que ésta haya de ser extensa, minuciosa o detallada; sí, en cambio, ser suficiente para responder a los extremos sometidos por la parte [SSTCo 61/1983, de 11 de julio; 75/1988, de 25 de abril; 14/1991, de 28 de enero; 153/1995, de 24 de octubre; 128/1996, de 9 de julio o 54/1997, de 17 de marzo]. Ahora bien, un razonamiento ilógico, arbitrario o contradictorio hacen que la resolución adolezca de falta de motivación [SSTCo 40/1996, de 12 de marzo; 68/1997, de 8 de abril o 262/1998, de 22 de diciembre]. Por extenso, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: «La motivación de las sentencias y resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional», *PJ*, núm. Especial VI, 1989, págs. 57 y ss.

⁸⁰ El Tribunal Constitucional ha extendido la necesidad de motivar de las sentencias a todas aquellas resoluciones judiciales mediante las cuales pueda resultar restringido un derecho o libertad fundamental. SSTCo 62/1982, de 15 de octubre; 86/1995, de 6 de junio; 54/1996, de 26 de marzo o 98 y 123/1997, de 20 de mayo y 1 de julio.

⁸¹ «El derecho a la tutela judicial efectiva normalmente se satisface mediante la obtención de una resolución fundada en Derecho; [mas ésta] podrá ser de inadmisión cuando concurra una causa legal para ello y así lo acuerde el órgano jurisdiccional en aplicación razonada y razonable de la misma», SSTCo 9/1981, de 31 de marzo; 126/1984, de 26 de diciembre; 214/1988, de 14 de noviembre; 5/1990, de 26 de abril; 92/1993, de 15 de marzo; 217/1994, de 18 de julio; 159/1995, de 6 de noviembre; 135/1996, de 23 de julio o 101/1997, de 20 de mayo.

⁸² A este contenido parece dedicarle una atención especial el constituyente, al «añadir al derecho a la tutela judicial el calificativo de "efectiva" ..., que evidentemente constituye una connotación trascendente», CHAMORRO BERNAL, F.: *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, cit., pág. 275.

De tales consideraciones cabe extraer como consecuencia que, si bien la efectividad de la tutela judicial es algo esencialmente atinente al Poder Judicial, no deben quedar ajenos los demás poderes del Estado, y todos ellos de consuno deben velar por hacerla realidad, por cuanto a uno –el legislativo– le corresponde el diseño de los cauces procedimentales para lograrla y a otro –el ejecutivo– dotar a la Administración de Justicia de los medios estructurales necesarios para hacerla eficaz. APARICIO PÉREZ, M. A.: «El derecho a la organización de la tutela judicial», cit., págs. 75 y ss.

⁸³ SSTCo 77/1983, de 3 de octubre; 102/1984, de 12 de noviembre; 193/1988, de 18 de octubre; 16/1991, de 28 de enero; 34/1993, de 8 de febrero; 39/1994, de 15 de febrero; 106/1995, de 3 de julio; 59/1996, de 15 de abril; 1/1997, de 13 de enero o 92/1998, de 27 de abril. Siempre será factible, por supuesto, la aclaración de la sentencia, sujeta sin embargo a una interpretación restrictiva [SSTCo 23/1996, de 13 de febrero], así como la corrección de los meros «errores materiales», esto es, aquellos puntos inexactos de una resolución cuya subsanación no hace necesario un «juicio valorativo» o una «interpretación jurídica» [SSTCo 231/1991, de 10 de diciembre; 142/1992, de 13 de octubre o 122/1996, de 8 de julio]. Por tal motivo, de producirse una alteración en la fundamentación jurídica o en el relato fáctico, o en el fallo, se ocasionará una transgresión del principio de inamovilidad de sentencias, SSTCo 380/1993, de 20 de diciembre; 208/1996, de 17 de diciembre o 119/1998, de 20 de junio.

⁸⁴ Como a todos consta, la cosa juzgada material posee un efecto positivo y otro negativo. En virtud del primero, aquello declarado en sentencia representa una verdad para el Derecho y, en consecuencia, debe ser tomado como punto de partida en la resolución de cualquier pleito futuro sobre cuestiones directamente relacionadas *ratione materiae*; el segundo, determina la imposibilidad de un pronunciamiento ulterior que resuelva sobre las mismas cuestiones ya decididas a través del fallo primero y entre las mismas partes [art. 222 LEC'2000]. SSTCo 77/1983, de 3 de octubre; 193/1988, de 18 de octubre o 207/1989, de 14 de diciembre; en la doctrina científica, por todos, DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Sobre la cosa juzgada*, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 1991, págs. 25 y ss.; SALAS CARCELER, A.: «La litispendencia y la cosa juzgada», en AA.VV. (SALAS CARCELER, A., Dir.): *Excepciones procesales*, Madrid (CGPJ), 1994, págs. 34

las medidas cautelares que, obviando los riesgos derivados de la duración temporal del proceso, aseguren el cumplimiento de la futura resolución destinada a ponerle fin ⁸⁵; por último, la ejecución *stricto sensu* de las resoluciones judiciales firmes, pues sólo de esta manera cobra sentido y realidad el derecho de acceso al proceso y se hacen realidad la Justicia y la seguridad jurídica ⁸⁶.

Junto a los contenidos hasta ahora aludidos, tradicionales –si se quiere–, del derecho a la tutela judicial efectiva, en los últimos tiempos el Tribunal Constitucional ha venido elaborando el de la garantía de indemnidad como uno más, relacionado genéticamente con el ámbito laboral, como *prius* «lógico de la consagración de un derecho fundamental a la prestación jurisdiccional» ⁸⁷, a partir del cual proteger el verdadero desarrollo del resto de los contenidos del derecho fundamental ⁸⁸ e, incluso, la verdadera efectividad del restos de valores y derechos contenidos por el ordenamiento jurídico-social.

II. LA CONSTRUCCIÓN DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES LABORALES

«Como era previsible» ⁸⁹, el Tribunal Constitucional se ha visto obligado a resolver acerca de supuestos en los cuales determinado trabajador alegaba que una concreta medida empresarial que le era perjudicial –generalmente, aunque no sólo, el despido– traía causa en algún tipo de actividad previa ordenada a reclamar unos derechos laborales de los que se creía asistido y que hasta ese momento el empresario estaba desconociendo.

y ss.; MONTERO AROCA, J.: «Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 8, 1996, págs. 251 y ss. o, tras la promulgación de la nueva norma de ritos civil, LOURIDO RICO, A. M.^a: *La cosa juzgada: su tratamiento procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, A Coruña (Tórculo), 2001, págs. 13 y ss.

⁸⁵ SSTCo 14 y 238/1992, de 10 de febrero y 17 de diciembre; 27/1995, de 6 de febrero o 78/1996, de 20 de mayo. Un estudio extenso acerca de la evolución conceptual de estas medidas cautelares en CHAMORRO BERNAL, F.: *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, cit., pág. 283 y ss. En el ámbito del Derecho Administrativo, pionero y magistral, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid (Civitas), 1995, págs. 18 y ss.

⁸⁶ SSTCo 32/1982, de 7 de junio; 115/1986, de 6 de octubre; 189/1990, de 26 de noviembre; 79 y 251/1993, de 1 de marzo y 19 de julio; 39/1994, de 15 de febrero; 59/1996, de 15 de abril o 1/1997, de 13 de enero.

⁸⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.; MORALES ORTEGA, J. M. y PÉREZ YÁÑEZ, R. M.^a: «El contenido del artículo 24 CE en la jurisprudencia constitucional 2001/2002: continuidad básica con variaciones», cit., pág. 55.

⁸⁸ ORTIZ LALLANA, M.^a C.: «Derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid (Civitas), 1999, pág. 247.

⁸⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «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 AA.VV.: *El Proceso Laboral. Estudios en Homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa*, Valladolid (Lex Nova), 2001, pág. 245.

Sorprende, en cualquier caso, que su construcción «sea relativamente reciente»⁹⁰, pues no fue hasta bien entrada la década de los noventa cuando el alto Tribunal efectuara los primeros pronunciamientos expuestos acerca de la cuestión⁹¹, si bien el planteamiento «ha tenido un rápido crecimiento»⁹², existiendo ya más de una decena de pronunciamientos del máximo intérprete constitucional⁹³ –y, virtualmente, centenares de los tribunales ordinarios⁹⁴– que versan de manera expresa sobre el particular, motivo por el cual sorprende, de nuevo, la relativa ausencia de estudios doctrinales que hayan enfrentado una cuestión que se demuestra capital para el recto y normal desenvolvimiento de las relaciones laborales⁹⁵.

⁹⁰ SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Garantía de indemnidad o inejecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos (Comentario a las SSTCo 196, 197 y 199/2000)», *RL*, núm. 23, 2000, pág. 35.

⁹¹ Salvo error u omisión, las primeras sentencias en las que el Tribunal empieza a elaborar esta construcción son las SSTCo 7 y 14/1993, ambas de 18 de enero.

⁹² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.; MORALES ORTEGA, J. M. y PÉREZ YÁÑEZ, R. M.^a: «El contenido del artículo 24 CE en la jurisprudencia constitucional 2001/2002: continuidad básica con variaciones», cit., pág. 55.

⁹³ Nuevamente dejando a salvo algún posible error u omisión, el Tribunal Constitucional ha expresado su doctrina de la garantía de indemnidad relacionada con el Derecho a la tutela judicial efectiva, a veces concediendo el amparo, negándolo en otras ocasiones, en las SSTCo 7 y 14/1993, ambas de 18 de enero; 54/1995, de 24 de febrero; 197/1998, de 13 de octubre; 140, 168 y 191/1999, de 22 de julio, 27 de septiembre y 25 de octubre, respectivamente; 101/2000, de 10 de abril; 196, 198 y 199/2000, todas de 24 de julio; 198/2001, de 4 de octubre; 128/2002, de 3 de junio y 5/2003, de 20 de enero.

⁹⁴ Entre otras muchas, SSTSJ Galicia 21 diciembre 1993 (Ar. 5217), Galicia 27 enero 1995 (Ar. 155), Castilla-La Mancha 16 junio 1995 (Ar. 2593), Castilla-La Mancha 14 diciembre 1995 (Ar. 4681), Galicia 30 septiembre 1996 (Ar. 2784), Navarra 18 diciembre 1996 (Ar. 3948), Asturias 20 diciembre 1996 (Ar. 4036), Madrid 14 mayo 1998 (Ar. 1777) o La Rioja 19 mayo 1998 (Ar. 1410), Asturias 15 enero 1999 (Ar. 31), Madrid 26 enero 1999 (Ar. 92), Cataluña 8 febrero 1999 (Ar. 887), País Vasco 9 febrero 1999 (Ar. 2046), Madrid 22 julio 1999 (Ar. 3523), Asturias 23 julio 1999 (Ar. 2220), Comunidad Valenciana 29 julio 1999 (Ar. 4858), Cantabria 23 septiembre 1999 (Ar. 3583), Cantabria 28 septiembre 1999 (Ar. 6657), Asturias 12 noviembre 1999 (Ar. 3642), Aragón 22 noviembre 1999 (Ar. 3690), Comunidad Valenciana 10 febrero 2000 (Ar. 2304), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 12 abril 2000 (Ar. 2138), País Vasco 23 mayo 2000 (Ar. 3295), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 25 mayo 2000 (Ar. 2021), Murcia 30 mayo 2000 (Ar. 1736), Cataluña 31 mayo 2000 (Ar. 1937), Andalucía/Granada 20 junio 2000 (Ar. 3799), País Vasco 26 septiembre 2000 (Ar. 2830), Aragón 30 octubre 2000 (Ar. 4101), Cataluña 3 noviembre 2000 (Ar. 1116/2001), Galicia 21 noviembre 2000 (Ar. 3862), Galicia 7 diciembre 2000 (Ar. 4213), Andalucía/Granada 18 diciembre 2000 (Ar. 969/2001), Madrid 16 enero 2001 (Ar. 543), Asturias 12 marzo 2001 (Ar. 334), País Vasco 27 marzo 2001 (Ar. 851), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 15 abril 2001 (Ar. 2364), Galicia 20 abril 2001 (Ar. 740), Extremadura 25 abril 2001 (Ar. 1617), Andalucía/Málaga 27 abril 2001 (Ar. 1837), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 31 mayo 2001 (Ar. 2267), Extremadura 11 julio 2001 (Ar. 3402), Madrid 11 julio 2001 (Ar. 3862), Madrid 12 julio 2001 (Ar. 2940), Andalucía/Málaga 13 julio 2001 (Ar. 3789), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 19 octubre 2001 (Ar. 4646), País Vasco 23 octubre 2001 (Ar. 4640), País Vasco 30 octubre 2001 (Ar. 1119/2002), Cataluña 13 noviembre 2001 (Ar. 510/2002), Castilla-La Mancha 15 noviembre 2001 (Ar. 2221/2002), Galicia 17 noviembre 2001 (Ar. 24/2002), Cataluña 12 diciembre 2001 (Ar. 751/2002), Comunidad Valenciana 12 diciembre 2001 (Ar. 3191/2002), La Rioja 20 diciembre 2001 (Ar. 258/2002), Madrid 21 diciembre 2001 –dos– (Ar. 485 y 486/2002), País Vasco 15 enero 2002 (Ar. 2400), Madrid 31 enero 2002 (Ar. 916), Asturias 1 febrero 2002 (Ar. 218), Andalucía/Málaga 22 marzo 2002 (Ar. 2644), Cataluña 17 abril 2002 (Ar. 2112), Cataluña 18 abril 2002 (Ar. 1912), Cataluña 3 mayo 2002 (Ar. 2118), Cataluña 6 mayo 2002 (Ar. 2024), Cataluña 8 mayo 2002 (Ar. 2124), Madrid 14 mayo 2002 (Ar. 2368), Cataluña 17 mayo 2002 (Ar. 2135), Madrid 21 mayo 2002 (Ar. 2374), Galicia 19 septiembre 2002 (Ar. 2693), Comunidad Valenciana 8 noviembre 2002 (Ar. 3139/2002), Castilla y León/Valladolid 13 noviembre 2001 (Ar. 4543) o Aragón 25 noviembre 2002 (Ar. 3545).

⁹⁵ Al margen del breve estudio de GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «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 AA.VV.: *El Proceso Laboral. Estudios en Homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa*, Valladolid (Lex Nova), 2001, págs. 245 y ss., los únicos esfuerzos doctrinales han venido dados por escuetos comentarios a alguna de las sentencias que se han ocupado de la cuestión: GALIANA MORENO, J. M.^a: «Despido presuntamente discriminatorio y activi-

1. Concepto y alcance de la garantía de indemnidad. La nulidad como medida de respuesta articulada por el ordenamiento social para los actos empresariales lesivos de derechos fundamentales.

Para la elaboración de la garantía de indemnidad el Tribunal Constitucional parte de un dato incontestable: el –ya analizado– artículo 24.1 de la norma fundamental reconoce a todas las personas –también, «inespecíficamente», a los trabajadores– «el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales en defensa de sus derechos e intereses legítimos y 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»⁹⁶.

Ahora bien, a su juicio y con total lógica, «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 marco 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... La vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no sólo se produce por irregularidades producidas dentro del proceso que priven al justiciable de las garantías que establece el artículo 24 de la Constitución en sus dos apartados, sino que también puede resultar vulnerado dicho derecho cuando el ejercicio del poder empresarial produzca como consecuencia una sanción que responda a una conducta de represalia por parte del empresario»⁹⁷.

dad probatoria suficiente», y MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Un nuevo caso de despido radicalmente nulo, ahora por violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», ambos en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XI, Madrid (Civitas), 1993, págs. 45 y ss. y 59 y ss., respectivamente; PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F.: «Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (garantía de indemnidad) y a la igualdad», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XIII, Madrid (Civitas), 1995, págs. 131 y ss.; MONTOYA MELGAR, A.: «La declaración testifical como pretendido ejercicio del derecho a la libre comunicación de información veraz; más un par de temas procesales añadidos», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVI, Madrid (Civitas), 1998, págs. 269 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, A. y LILLO PÉREZ, E.: «Nulidad del despido del trabajador que participó como testigo en un juicio contra la empresa», *RL*, núm. 8, 1999, págs. 64 y ss.; LÓPEZ CUMBRE, L.: «Despido con vulneración de la tutela judicial efectiva» y ORTIZ LALLANA, M.^a C.: «Derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales» ambos en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, Madrid (Civitas), 1999, págs. 183 y ss.; 242 y ss. y 287 y ss., respectivamente; 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 SSTCo 140 y 168 de 1999», *RDS*, núm. 8, 2000, págs. 121 y ss.; SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Garantía de indemnidad o inejecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos (Comentario a las SSTCo 196, 197 y 199/2000)», *RL*, núm. 23, 2000, págs. 33 y ss. y GARCÍA MURCIA, J.: «Empleados en locutorios telefónicos (I, II y III)», todos en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVIII, Madrid (Civitas), 2000, págs. 330 y ss., 342 y ss. y 348 y ss., respectivamente.

⁹⁶ Por todas, SSTCo 165/1988, de 26 de septiembre y 151/1990, de 4 de octubre.

⁹⁷ SSTCo 14/1993, de 18 de enero; 54/1995, de 24 de febrero; 140, 168 y 191/1999, de 22 de julio, 27 de septiembre y 25 de octubre; 101/2000, de 10 de abril; 196, 197 y 199/2000, de 24 de julio y 198/2001, de 4 de octubre.

Por tal razón, «es claro que si la causa del despido del trabajador [o, como *infra* quedará detallado, cualquier otra medida que le resultare perjudicial] hubiera sido realmente –y al margen de la causa formalmente alegada por el empresario– una reacción 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»⁹⁸, y no bastaría para satisfacer la posición del operario la mera declaración de improcedencia⁹⁹.

Tal interpretación es heredera de una larga línea jurisprudencial¹⁰⁰, que arranca en el año 1981¹⁰¹, y a partir de la cual se viene sosteniendo, con carácter general, la nulidad radical de los despidos discriminatorios o atentatorios de cualquier derecho fundamental. Semejante tesis presentaba toda su virtualidad con anterioridad a la reforma operada en el año 1994, cuando la legislación circunscribía la nulidad del despido a los quebrantamientos de forma y fue la jurisprudencia constitucional la encargada de elaborar la doctrina del despido radicalmente nulo como respuesta frente a las extinciones empresariales contrarias a los derechos fundamentales del trabajador¹⁰². A partir de tal fecha la cuestión quedó resuelta con meridiana claridad a nivel legal –al menos para el supuesto del despido, no para otros donde la actuación de los Tribunales sigue siendo esencial para configurar la nulidad de cualquier medida que atente contra derechos fundamentales– en los artículos 55.5 ET y 108 LPL, conforme a los cuales «será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador»¹⁰³.

⁹⁸ SSTCo 7/1993, de 18 de enero o 54/1995, de 24 de febrero.

⁹⁹ Para enfocar correctamente la cuestión, quizá quepa precisar que tanto «un impedimento previo al ejercicio del derecho... [como] una represalia o castigo posterior al ejercicio, constituyen una lesión al derecho fundamental; precisamente toda la doctrina del Tribunal Constitucional sobre inversión de la carga de la prueba tiene su origen en actos lesivos de derechos fundamentales posteriores a su ejercicio», GÓMEZ BENÍTEZ, A. y LILLO PÉREZ, E.: «Nulidad del despido del trabajador que participó como testigo en un juicio contra la empresa», cit., pág. 65.

¹⁰⁰ Como hacen notar ORTIZ LALLANA, M.^a C.: «Derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, cit., pág. 253 y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional», en AA.VV.: *El proceso laboral. Estudios en Homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa*, cit., pág. 246.

¹⁰¹ Con la muy importante y citada STCo 38/1981, de 23 de noviembre. Siguiéndola, SSTCo 55/1983, de 22 de junio; 47/1985, de 27 de marzo; 104/1987, de 17 de junio; 114/1989, de 22 de junio; 135/1990, de 19 de julio; 21/1992, de 14 de febrero o 136 y 186/1996, de 23 de julio y 25 de noviembre.

¹⁰² La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la calificación del despido que vulnera los derechos fundamentales del trabajador como radicalmente nulo, con la consecuencia de obligada readmisión y con exclusión de la posibilidad de reemplazar ésta por el abono de una indemnización sustitutoria, se basaba en el rechazo que a este Tribunal mereció la declaración en estos supuestos de la improcedencia del despido, pues dicha declaración no cumpliría el deber de tutela que la Constitución impone al órgano judicial *ex* artículo 53.1 CE ni repararía la lesión sufrida al confirmar, por el juego de la indemnización sustitutoria de la readmisión, la eficacia extintiva de la facultad empresarial. Por todas, la capital STCo 38/1981, de 23 de noviembre.

¹⁰³ «La calificación asignada al despido (esto es, "radicalmente nulo") obedece al dato de haberse producido el mismo durante la vigencia de la LPL 1980. Hoy se trataría de un supuesto de hecho encajable, con claridad, entre los despidos nulos por violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador», MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Un nuevo caso de despido radicalmente nulo, ahora por violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XI, cit., pág. 63.

Partiendo de tales premisas, y al enjuiciar supuestos concretos, el alto Tribunal ha proclamado sin reservas la indemnidad de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones laborales para declarar la nulidad de los despidos contrarios al derecho a la no discriminación por razón de sexo ¹⁰⁴ y la libertad sindical ¹⁰⁵, o aquellos cuya causa derivaba del ejercicio legítimo de la libertad de expresión constitucionalmente garantizada por el artículo 20.1 a) CE ¹⁰⁶; de la libertad de información consagrada por el artículo 20.1 d) CE ¹⁰⁷ o, por no continuar con una lista que pudiera ser tan larga como derechos fundamentales recoge el texto fundamental, del derecho a la propia imagen del artículo 18.1 CE ¹⁰⁸.

Ahondando en esta preocupación por proteger los derechos fundamentales en el orden social, llega el máximo intérprete del texto constitucional a considerar que la «garantía de indemnidad» constituye una traducción concreta del derecho fundamental consagrado por el artículo 24 CE «en el específico ámbito de las relaciones laborales» ¹⁰⁹. Cabe entender, entonces, que si los derechos fundamentales –la tutela judicial efectiva, por cuanto ahora importa– han de ser respetados en todos los ámbitos, tanto públicos como privados –de conformidad con la importada teoría de la *Drittwirkung* ¹¹⁰–, el Tribunal teme –y con razón– que su efectividad se presente más difícil en un ámbito en el cual, por la existencia de una clara relación de subordinación del trabajador y supremacía y autotutela en favor del empresario ¹¹¹, las partes no se van a encontrar en una situación de

¹⁰⁴ Como ejemplo señero, entre muchas, STCo 136/1996, de 23 de julio.

¹⁰⁵ Entre una larga lista, SSTCo 38/1981, de 23 de noviembre; 104/1987, de 17 de junio; 114/1989, de 22 de junio o 197/1993, de 14 de junio. Nótese que, en este caso, el Tribunal Constitucional utiliza también la expresión «garantía de indemnidad» en el desarrollo de las relaciones sindicales para referirse a que resulta contrario al derecho fundamental consagrado en el artículo 28 CE cualquier diferencia de trato, menoscabo o perjuicio derivado de la afiliación o actividad sindical, SSTCo 87/1998, de 21 de abril; 201/1999, de 8 de noviembre o 30/2000, de 31 de enero.

Ahora bien, a juicio de algunos, «inferir de tal coincidencia terminológica una equiparación material entre ambas sería desafortunado. Resultaría que un instituto pensado para vedar revanchas empresariales originadas por el legítimo ejercicio de la tutela judicial vendría a confundirse con otra noción más general ya consolidada en la jurisprudencia constitucional», SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Garantía de indemnidad o inejecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos (Comentario a las SSTCo 196, 197 y 199/2000)», cit., pág. 35. Sin embargo, en realidad, si bien se mira, ambas responden a una misma idea y finalidad, cual es la de proteger de efectos negativos el ejercicio de derechos fundamentales; su principal distinción y particularidad pasa porque en un caso, más general, se protegen derechos sustantivos, y en otro, más particular, por único, se protege el derecho adjetivo reconocido por el texto constitucional, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Un nuevo caso de despido radicalmente nulo, ahora por violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, cit., pág. 59.

¹⁰⁶ SSTCo 88/1985, de 19 de julio; 126/1990, de 5 de julio; 6/1995, de 10 de enero; 106/1996, de 12 de junio y 1/1998, de 12 de enero.

¹⁰⁷ SSTCo 6/1988, de 21 de enero; 126/1990 de 5 de julio y 4/1996, de 16 de enero.

¹⁰⁸ STCo 99/1994, de 11 de abril.

¹⁰⁹ SSTCo 14/1993, de 18 de enero; 54/1995, de 24 de febrero; 140, 168 y 191/1999, de 22 de julio, 27 de septiembre y 25 de octubre; 101/2000, de 10 de abril; 196, 197 y 199/2000, de 24 de julio y 198/2001, de 4 de octubre.

¹¹⁰ Según la cual, bien es sabido, los derechos fundamentales han de tener eficacia inmediata no sólo en sentido vertical (poder público-ciudadano), sino también horizontal (entre particulares), por cuanto no existe ninguna dificultad ontológica para que desarrollen su eficacia en la esfera privada, y ésta viene exigida por la coherencia interna del ordenamiento jurídico, GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid (Civitas), 1986, págs. 11 y ss.; PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid (Debate), 1982, pág. 209 o PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid (Tecnos), 1984, pág. 314.

¹¹¹ Por su claridad y contundencia, STSJ Cataluña 3 noviembre 2001 (Ar. 1116).

igualdad; antes al contrario, uno se va a ver sometido jurídica (poderes de dirección y disciplinario) y económicamente (conllevando la pérdida de empleo la correlativa pérdida de unos ingresos vitales) al otro ¹¹², con lo cual en el ejercicio cualquier actuación para reclamar una posición jurídica frente a quien ostenta tan privilegiada situación podría ser una quimera si no se asegurara la situación de la parte débil de la relación. Es éste el motivo por el cual el Tribunal Constitucional elabora la garantía de indemnidad aparejada al derecho a la tutela judicial efectiva y es éste, también, el motivo que hace que lo circunscriba, en buena medida, «al ámbito de las relaciones laborales». Así, «un derecho que en su origen parece sólo capaz de interesar un compromiso de los poderes públicos, acaba por afectar en la esfera de las relaciones entre sujetos privados» ¹¹³.

Por otro lado, no se puede pasar por alto cómo, si el ahora analizado supuesto es un caso bastante particular –y lo es–, su «gran especialidad frente a otros ya contemplados hasta ese momento en la jurisprudencia constitucional, reside en tratarse de un despido suscitado por la violación patronal, no de derechos fundamentales sustantivos del trabajador, sino de su derecho adjetivo de tutela judicial efectiva, *ex* artículo 24 CE» ¹¹⁴.

En este supuesto, además –y como hace notar el propio Tribunal–, «la prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del artículo 5 c), del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye de las causas válidas de extinción del contrato de trabajo "el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes". [A igual conclusión se llega a partir del Derecho comunitario, si bien desde la perspectiva de la igualdad de trato, con fundamento en la Directiva 76/207/CEE ¹¹⁵]. Y también, finalmente, el despido producido como represalia supondría el desconocimiento o la vulneración del derecho básico que ostentan los trabajadores, conforme al artículo 4.2 g) ET, que configura como tal "el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo". Desde esta perspectiva, 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» ¹¹⁶.

¹¹² Al respecto, imprescindible la referencia a los completísimos estudios, cada cual según su objeto, de MONTROYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, cit., pág. 44.; APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.: «Autoridad y democracia en la empresa», en AA.VV.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid (Trotta), 1992, pág. 10 y GIL y GIL, J. L.: *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, cit., págs. 19 y ss.

¹¹³ 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 SSTCo 140 y 168 de 1999», cit., pág. 128 y SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Garantía de indemnidad o inexecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos (Comentario a las SSTCo 196, 197 y 199/2000)», cit., pág. 35.

¹¹⁴ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Un nuevo caso de despido radicalmente nulo, ahora por violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», en ALONSO OLEA, M. y MONTROYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, cit., pág. 59.

¹¹⁵ STJCE de 22 de septiembre de 1998 (Asunto C-185/97).

¹¹⁶ SSTCo 7/1993, de 18 de enero; 14/1993, de 18 de enero; 54/1995, de 24 de febrero; 101/2000, de 10 de abril; 196, 197 y 199/2001, de 24 de julio.

En definitiva, cuando el Tribunal proclama que la consecuencia jurídica a aparejar a esta conducta es la nulidad, está reconociendo que, «por el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales [el de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE por cuanto ahora interesa], no puede anudarse al ejercicio de uno de estos derechos otra consecuencia que la reparación *in natura* cuando ello sea posible [sin perjuicio de que, además, pudiera merecer una indemnización adicional por los daños causados en su derecho fundamental ¹¹⁷], es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho» ¹¹⁸. Por tal razón, cuando se produce violación de alguno de los derechos fundamentales –como el aquí invocado de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)– «no basta la simple declaración de improcedencia, pues las consecuencias legales que de ello se derivan no amparan el derecho fundamental vulnerado, sino que para ello es preciso declarar el despido radicalmente nulo que conlleva la readmisión inmediata del trabajador, con exclusión de la indemnización sustitutoria» ¹¹⁹.

Ésta es justamente la perspectiva que asume el ordenamiento laboral para el supuesto de despido nulo cuando establece sin ambages que «tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador (art. 55.6 ET)», sin permitir al empresario –como hace en el caso del despido improcedente– sustituir por su propia voluntad la satisfacción específica que merece quien ha visto conculcados sus derechos fundamentales por una mera indemnización pecuniaria (art. 56.1 ET) ¹²⁰.

A tal fin habilita un verdadero proceso de ejecución especial mediante el cual trata de articular los medios necesarios para lograr la efectiva readmisión cuando el empresario no haya procedido a efectuarla voluntariamente o, aun habiéndolo hecho, ésta hubiera sido irregular (arts. 280 y ss. LPL) ¹²¹; para ello, dispone la Ley que el trabajador continúe «percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia... [despachándose ejecución] en tantas ocasiones como fuese necesario, por una cantidad equivalente a seis meses de salario» y hasta tanto el ejecutado se decidiera a cumplir la orden [art. 282 a) LPL]. Además, permanecerá en alta y cotizando a la Seguridad Social [art. 282 b) LPL] y, de ocupar cargo como representante de los trabajadores o delegado sindical, permanecerá «desarrollando, en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias» [art. 282 c) LPL].

De igual modo, y aun cuando la norma –sustantiva y procesal– no lo reconozca expresamente, siguiendo aquella tesis del Tribunal Constitucional, según la cual cualquier medida de lesión de derechos fundamentales merece el reproche de nulidad ¹²², los Tribunales ordinarios aplican el razo-

¹¹⁷ 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 SSTCo 140 y 168 de 1999», cit., pág. 136.

¹¹⁸ Por su claridad, STCo 14/1993, de 18 de enero.

¹¹⁹ SSTCo 14/1993, de 18 de enero y 197/1998, de 13 de octubre.

¹²⁰ Como hacen notar, entre muchos, DE LA VILLA GIL, L. E.: «Los efectos del despido nulo», en AA.VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid (Acarl), 1992, pág. 573 o RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.ª L.: «La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos por despido», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir.): *La reforma del mercado laboral*, Valladolid (Lex Nova), 1994, pág. 469.

¹²¹ Por todos, RÍOS SALMERÓN, B.: «Ejecución provisional y definitiva de las sentencias de despido», en AA.VV.: *Estudios sobre el despido; Homenaje al Prof. Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid (Universidad Complutense/Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho), 1996, pág. 127 y ORTIZ LALLANA, M.ª C.: *La ejecución de sentencias de despido*, Madrid (Acarl), 1995, pág. 112.

¹²² De nuevo, la muy citada e importante STCo 38/1981, de 23 de noviembre. Siguiéndola, SSTCo 55/1983, de 22 de junio; 47/1985, de 27 de marzo; 104/1987, de 17 de junio; 114/1989, de 22 de junio; 135/1990, de 19 de julio; 21/1992, de 14 de febrero o 136 y 186/1996, de 23 de julio y 25 de noviembre.

namiento a los casos particulares, por ejemplo, de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo ¹²³ o imposición de sanciones ¹²⁴ que incurran en tacha semejante para considerarlas nulas y, en lo posible, se va a tratar de reparar íntegramente la situación creada para el trabajador, pues el eventual pronunciamiento judicial que repruebe tal actuar «ordenará el cese inmediato del comportamiento..., y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización si procediera» ¹²⁵, como quiere el artículo 180.1 LPL ¹²⁶.

De esta manera, y esto es lo que, seguramente, pretende el Tribunal Constitucional cuando elabora su doctrina sobre la indemnidad procesal del trabajador, quiere transmitir al asalariado un mensaje claro: no ha de tener temor a destapar la Caja de Pandora y reclamar unos derechos que le estén siendo sistemáticamente negados, pues cualquier consecuencia desfavorable que para él se derive de tal actividad, va a merecer el reproche de nulidad y, a partir de esa declaración, el ordenamiento jurídico no va a tolerar ninguna mengua de su posición originaria, sino que pondrá a su disposición toda la «artillería laboral» para garantizar la reposición al estado de cosas existente antes de producirse la medida (normalmente, aunque no sólo –se insiste–, el despido) vulneradora del derecho fundamental de tutela judicial efectiva.

¹²³ Por todas, STJS Madrid 23 octubre 2000 (Ar. 3362). En tal caso, recuérdese, para conseguir esa reparación íntegra y efectiva de los derechos del trabajador, la Ley le permite –no obliga, pues también puede optar por la satisfacción pecuniaria– pedir la «ejecución en sus propios términos» (art. 138.7 LPL), la cual habrá de producirse, aunque el tenor de la Ley guarde silencio, a través –nuevamente– del proceso de ejecución de despidos nulos (arts. 280 y ss. LPL), debidamente adaptado a las peculiaridades del caso en presencia. Al respecto, ALBIOL MONTESINOS, I.: «El proceso en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo», en AA.VV.: *Derecho Procesal Laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, pág. 271; RÍOS SALMERÓN, B.: «Ejecución provisional y definitiva de sentencias de despido», en AA.VV.: *Estudios sobre el despido; Homenaje al Prof. Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de catedrático de Derecho del Trabajo*, cit., 1996, pág. 124; GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *El procedimiento de movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Madrid (McGraw-Hill), 1999, pág. 66; SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona (Aranzadi), 2001, págs. 278 y ss. o DE SOTO RIOJA, S.: *Proceso especial de modificaciones sustanciales y movilidad geográfica*, Pamplona (Aranzadi), 2001, págs. 181 y ss.

¹²⁴ Si bien remitiendo a la modalidad especial de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, STSJ Andalucía/Málaga 7 enero 1999 (Ar. 1). Al respecto, NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La impugnación de sanciones en la nueva Ley de Procedimiento Laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 1991, pág. 120; FERNÁNDEZ DÍAZ, P.: *Proceso de impugnación de sanciones*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, págs. 22 y ss.; DEL VALLE MUÑOZ, F. A.: «La modalidad procesal de impugnación de sanciones», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 236, 2002, págs. 58 y ss.

¹²⁵ Como doctrina y jurisprudencia han destacado, se trata de un pronunciamiento «complejo» [GÁRATE CASTRO, J.: *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (Un estudio de la modalidad procesal regulada por los artículos 175 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral)*, Santiago de Compostela (Revista Xurídica Galega), 1999, pág. 136 o LINARES LORENTE, J.: «Sobre el proceso de tutela de la libertad sindical», *AL*, T. III, 1993, pág. 753], a la vez «declarativo y de condena [... en el cual] se lleva a cabo al mismo tiempo una tutela inhibitoria respecto del acto lesivo de la libertad sindical, una tutela restitutoria o de reposición del derecho vulnerado, y en su caso una tutela resarcitoria de los daños producidos al trabajador o trabajadores afectados», STS 20 junio 2000 (Ar. 5960).

¹²⁶ «Se trata de un loable intento para evitar, de entrada, la monetarización de la condena y, paralelamente, de materializar la condena en obligaciones de hacer y no hacer. Es evidente que tales obligaciones conllevan una ejecución difícil..., pero... tal cuestión no debe ser impedimento para que el pronunciamiento judicial otorgue la mayor y mejor tutela a quien se ha visto lesionado en cualquiera de sus derechos fundamentales o libertades públicas», ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, págs. 94-95 o, en idéntico sentido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «Proceso especial de protección (tutela) de la libertad sindical», en BARREIRO GONZÁLEZ, G., et alii (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Coord.): *Diccionario Procesal Social*, Madrid (Civitas), 1996, pág. 541.

2. Elementos presentes en el juego del principio de indemnidad.

Definida la garantía de indemnidad procesal del trabajador por el Tribunal Constitucional, en los términos expuestos, parece oportuno diseccionar su operatividad recurriendo a una estructura simple –y tradicional– que bien podría quedar construida a partir de tres momentos ¹²⁷.

En primer lugar –y como antecedente fáctico–, el trabajador ejercita una acción judicial o realiza algún otro tipo de actividad encaminada a hacer valer aquellos derechos reconocidos por las normas laborales; en segundo término –y como consecuencia–, el empleador que se haya visto afectado por la reclamación decide represaliar al operario mediante el despido o la adopción de alguna otra medida perjudicial, si bien, de manera habitual, ocultará tal decisión bajo la apariencia de alguna causa más o menos justificada; en fin, el trabajador acude a los tribunales alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de garantía de indemnidad y, entonces, se produce la conocida alteración de la carga de la prueba que rige en el ámbito laboral en materia de derechos fundamentales, de modo tal que, aportado un indicio de la lesión del derecho fundamental, salvo si el empresario logra acreditar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la necesidad de la medida adoptada en contra del trabajador, el órgano judicial la declarará nula de pleno derecho.

Procede, en este momento, entrar en el análisis detallado de cada uno de estos tres elementos de la garantía de indemnidad, deteniendo la atención en observar con qué extensión y límites los han configurado el Tribunal Constitucional, primero, y, en los últimos tiempos, los mismos Tribunales ordinarios en una infinidad –creciente ¹²⁸– de casos en los cuales esta garantía ha sido alegada.

2.1. El antecedente de hecho o situación protegida: ejercicio del trabajador de acciones para la defensa y tutela de sus derechos como supuesto normal y otras posibilidades amparadas.

Tal y como ha sido planteado, la primera de las actividades a considerar a la hora de aplicar la garantía de indemnidad viene dada por el hecho de que el trabajador haya realizado algún tipo de actividad encaminada a la defensa de los derechos reconocidos en las normas laborales. En este sentido, el elenco es más amplio de cuanto a primera vista pudiera parecer y cabe valorar la presencia de hasta cuatro situaciones distintas que han merecido –más o menos clara– acogida en la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del resto de los órganos jurisdiccionales:

¹²⁷ Construcción insinuada de alguna manera en las reflexiones de ORTIZ LALLANA, M.^a C.: «Derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, cit., págs. 183 y ss.; 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 SSTCo 140 y 168 de 1999», cit., págs. 121 y ss. y SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Garantía de indemnidad o inejecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos (Comentario a las SSTCo 196, 197 y 199/2000)», cit., págs. 33 y ss.

¹²⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.; MORALES ORTEGA, J. M. y PÉREZ YÁÑEZ, R. M.^a: «El contenido del artículo 24 CE en la jurisprudencia constitucional 2001/2002: continuidad básica con variaciones», cit., pág. 55.

1.ª En primer lugar, el supuesto que pudiera denominarse normal, dentro del contenido lógico del derecho a la tutela judicial efectiva, sería aquel en el cual el trabajador ha ejercitado algún tipo de acción judicial ante los tribunales del orden jurisdiccional social para reclamar algún derecho laboral del que se creía asistido frente al empresario.

En concreto, la estadística muestra cómo el ejemplo «prototípico»¹²⁹ viene dado por aquella situación –más frecuente, por desgracia, de lo deseable– en la cual un sujeto que hasta ese momento había prestado sus servicios para otro, pero no bajo la cobertura formal de un vínculo laboral, sino de algún otro de –oscura– naturaleza civil o mercantil, decide reclamar el reconocimiento del verdadero carácter de su relación, habida cuenta las relaciones jurídicas son lo que materialmente son, con independencia del *nomen iuris* que las partes hubieran podido darle¹³⁰. En tal caso, y con fundamento en el artículo 1 ET y en la –impropiamente¹³¹– llamada presunción de laboralidad (art. 8 ET), pretende la declaración de la existencia de un contrato de trabajo y el reconocimiento de los derechos que le son inherentes y obtiene, como indeseable consecuencia, la resolución del vínculo contractual que hasta ese momento había venido desarrollando¹³².

Este primer supuesto protegido, consistente en el ejercicio por el trabajador de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos, es en el que más fácilmente se observa su conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: si todas las personas tienen derecho a acudir ante los tribunales de justicia para reclamar todos sus derechos e intereses legítimos, cualquier medida adoptada para reprimir, represaliar, intimidar, dificultar o amedrentar ese ejercicio de derechos ante los Tribunales, debe ser considerado un atentado contra el derecho fundamental recogido en el artículo 24 del texto constitucional.

¹²⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «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 AA.VV.: *El Proceso Laboral. Estudios en Homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa*, cit., pág. 247.

¹³⁰ Entre otras, SSTSJ Cataluña 7 septiembre 1998 (Ar. 2943), Comunidad Valenciana 13 enero 2000 (Ar. 2283) y Navarra 28 abril 2000 (Ar. 18619).

¹³¹ El juego de una presunción consiste en dar por acreditado un hecho a partir de una disposición legal o de otros hechos de los cuales se desprende su existencia conforme a las reglas de la lógica y la experiencia (arts. 1.249 y ss. CC); sin embargo, éste no es el *modus operandi* exigido por artículo 8.1 ET, el cual no hace sino establecer una equivalencia con el concepto mismo de relación laboral establecido en el artículo 1.1 ET [RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C.: *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Madrid (Civitas), 1994, págs. 129 y ss.]. Como ha sido puesto de relieve, «su lectura malévola e irónica llevaría a la conclusión de que lo que dice, más o menos, es que cuando existe un contrato de trabajo se presume que existe un contrato de trabajo» [ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores; Texto, Comentarios, Jurisprudencia*, cit., pág. 67; en igual sentido, GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «La forma del contrato de trabajo», *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 333]. Por tanto, «la relación será ya laboral [o no lo será] sin necesidad de presunción alguna... La virtualidad del artículo 8.1 se reduce tan sólo a los casos en los cuales las partes no han manifestado su voluntad de obligarse laboralmente, deduciéndose ese compromiso de los rasgos típicos del contrato de trabajo. En caso contrario, esto es, cuando ese consentimiento sí se ha manifestado de forma expresa, la única forma de concluir la laboralidad de la relación es probando la concurrencia en ella de todos los requisitos que la caracterizan» [GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La presunción de existencia del contrato de trabajo», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Prof. Manuel Alonso Olea*, Madrid (MTSS), 1990, pág. 808].

¹³² Situación presente en las SSTCo 7 y 14/1993, ambas de 18 de enero; 140, 168 y 191/1999, de 22 de julio, 27 de septiembre y 25 de octubre, respectivamente; 101/2000, de 10 de abril y 196, 198 y 199/2000, de 24 de julio.

Por otro lado, no parece que exista mayor dificultad para, con idéntico fundamento, extender el planteamiento a otras situaciones, como por ejemplo a aquella en la cual el trabajador no reclama judicialmente frente a su empresario, sino frente al sindicato al que se encuentra afiliado, sufriendo luego algún perjuicio en su condición de afiliado ¹³³.

2.^a Ahora bien, con ser la más directamente relacionada con el contenido de la tutela judicial efectiva, el ejercicio de una acción judicial no es la única situación que ha merecido amparo por el alto Tribunal. En concreto, la protección que del derecho fundamental dimanante ha de extenderse, con total lógica, a aquellos estadios previos en los cuales el trabajador, que ya ha decidido ejercitar su acción, procede a dar cumplimiento a cuantos requisitos previos el ordenamiento jurídico le exija para poder llegar al proceso judicial.

Como pone de relieve la doctrina del Tribunal Constitucional, «las garantías vinculadas al derecho fundamental de tutela se extienden asimismo a los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de la acción judicial. Si el derecho a la tutela judicial efectiva es perfectamente compatible con el establecimiento de condicionamientos previos para el acceso a la jurisdicción, y en concreto, con la exigencia del agotamiento de la conciliación o reclamación administrativa previas ¹³⁴... la coherencia lleva a que los mencionados actos previos no pueden permanecer al margen del derecho fundamental de tutela judicial, pues, de otro modo, se dificultaría la plena efectividad del derecho. Si se rechaza que los trámites previos están provistos del amparo constitucional que deriva de esta garantía, quien pretenda impedir o dificultar el ejercicio de la reclamación en vía judicial tendrá el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo de su derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría con actuar, como ha ocurrido en el caso, en el momento previo al inicio de la vía judicial» ¹³⁵.

Sólo si se protegen todos y cada uno de los elementos temporales del proceso, también las instancias previas, mientras éste se está «gestando», puede llegar a asegurarse la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos, de los ciudadanos «que se concreta en la decisión final» adoptada por los órganos jurisdiccionales, pues, como es evidente, «a la resolución final tan sólo puede llegarse si se cumplen todas las fases previas» ¹³⁶.

3.^a Otra situación que el Tribunal ha entendido que debía ser protegida de toda represalia empresarial posterior es la de testificar en contra del empresario en un proceso judicial ¹³⁷. Como enseguida se advierte, esta situación presenta un carácter y un fundamento sustancialmente diferente a los anteriores, que quedaban fácilmente incardinados en el ámbito del derecho fundamental con-

¹³³ El planteamiento en la STSJ Andalucía/Málaga 11 mayo 2001 (Ar. 2632).

¹³⁴ Como reconoce, entre otras muchas, en las SSTCo 162/1989, de 16 de octubre y 217/1991, de 14 de noviembre.

¹³⁵ STCo 14/1993, de 18 de enero; 140, 168 y 191/1999, de 22 de julio, 27 de septiembre y 25 de octubre, respectivamente; 101/2000, de 10 de abril; 196, 197 y 199/2000, de 24 de julio o 198/2001, de 4 de octubre.

¹³⁶ LÓPEZ CUMBRE, L.: «Despido con vulneración de la tutela judicial efectiva», en ALONSO OLEA, M. y MONTROYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, cit., pág. 194.

¹³⁷ Supuesto recogido en la STCo 197/1998, de 13 de octubre.

sagrado por el artículo 24 CE. Parece evidente que si un trabajador sufre una consecuencia perjudicial por haber declarado en un juicio no le está siendo lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva; con todo, no puede negarse que proteger esta situación parece algo socialmente necesario; ha de quedar claro, en cualquier caso, que para justificar la nulidad de cualquier medida adoptada contra el testigo será menester buscar su fundamento en algún otro derecho fundamental, habida cuenta «una medida de represalia empresarial motivada por la declaración testifical del trabajador en un procedimiento seguido a instancias de otros trabajadores contra el empresario, no lesionaría su derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez el trabajador despedido no habría ejercitado ninguna acción judicial contra el empresario»¹³⁸.

En la búsqueda de algún otro derecho fundamental en el que fundamentar la protección dispensada, el alto Tribunal realiza un largo circunloquio: comienza por considerar cómo «mediante su declaración el testigo contribuye a la tutela de valores y principios constitucionales e incluso de derechos fundamentales, dada su relación con el derecho de la parte a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y, más en general, con el adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento de la función que la Constitución les atribuye (art. 117 CE)... [Continúa por aclarar que] de la comunicación de información veraz al órgano judicial no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas y privadas para el testigo. Así lo garantiza el Código Penal en su artículo 464. En el ámbito laboral, la protección frente a medidas de represalia empresarial de los trabajadores que testifican en procesos laborales frente a su empleador también garantiza indirectamente el derecho de los trabajadores a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa en los procesos entablados contra el empresario... [Y, al final, decide llevar la cuestión al ámbito del derecho a la libertad de información, pues] 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 previsto en el artículo 20.1 d) de la Constitución¹³⁹. El bien jurídico tutelado por este derecho constitucional no desaparece por el mero hecho de que la comunicación se produzca ante el Juez y en el contexto de un proceso o actuación judicial»¹⁴⁰.

¹³⁸ STCo 197/1998, de 13 de octubre.

¹³⁹ «Desde la perspectiva, por tanto, del derecho fundamental eventualmente lesionado en el presente asunto el derecho a comunicar libremente información veraz garantizado por el artículo 20.1 d) CE, no es ocioso recordar que este Tribunal ha repetido en muchas ocasiones que el contenido constitucional de aquel precepto constitucional consiste en suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, por lo que la protección constitucional de su reconocimiento se extiende únicamente a la información veraz, si bien también se ha precisado que la veracidad de la información no es sinónima de la verdad objetiva o incontestable de los hechos, sino reflejo de la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto, y que el requisito constitucional de la veracidad no va dirigido tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, cuanto a negar la protección constitucional a quienes defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan 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», STCo 4/1996, de 16 de enero.

¹⁴⁰ STCo 197/1998, de 13 de octubre.

Dos fueron las críticas doctrinales que mereció la extensa argumentación del Tribunal ¹⁴¹:

a) De un lado, una objeción de naturaleza estrictamente procesal, referida al singular supuesto abordado; a saber, que no había sido invocado formalmente, como el artículo 44.1 c) LOTC exige, el derecho constitucional vulnerado y fundamento del amparo reclamado. Es cierto que el Tribunal ha venido destacando de forma reiterada la trascendencia del estricto cumplimiento del requisito procesal de invocación del derecho fundamental vulnerado. Se trata de un requisito que no es meramente formal o rituario, sino que se articula en razón de una finalidad evidente, como es la garantía del principio de subsidiariedad en la actuación respecto de la tutela judicial de los derechos fundamentales por los órganos jurisdiccionales ordinarios. Esta finalidad requiere no sólo la necesidad de invocar el derecho lesionado, sino también la de hacerlo en tiempo, es decir, como precisa el artículo 44.1 c) LOTC «tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello» ¹⁴².

No lo es menos –y éste es, quizá, el matiz que permite salvar, no sin dificultad, la primera crítica–, que el alto Tribunal ha interpretado con flexibilidad y de manera finalista este presupuesto procesal, no exigiendo, en lo que a la forma de la invocación se refiere, la cita concreta y numérica del precepto constitucional presuntamente lesionado, ni siquiera la mención de su *nomen iuris*; lo que sí requiere es una acotación suficiente del contenido del derecho violado que permita a los órganos judiciales pronunciarse sobre las infracciones aducidas ¹⁴³, cosa que es más que dudoso que sucediera en el supuesto de referencia.

b) De otro, una observación de naturaleza sustantiva: que el derecho a transmitir libremente información veraz, consagrado en el artículo 20.1 d) CE, opera en un contexto muy particular relativo a los medios de comunicación social (prensa, radio y televisión) y respecto a los hechos que, por su especial trascendencia, puedan ser considerados como verdadera noticia ¹⁴⁴. «Nada más alejado [, a juicio de este sector crítico,] de la comunicación de hechos noticiables, de interés y relevancia generales y capaces de contribuir a la formación de la opinión ciudadana que la declaración de un testigo en un pleito laboral, carente de relieve más allá del proceso.

¹⁴¹ Formuladas por MONTROYA MELGAR, A.: «La declaración testifical como pretendido ejercicio del derecho a la libre comunicación de información veraz; más un par de temas procesales añadidos», en ALONSO OLEA, M. y MONTROYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVI, cit., págs. 269 y ss.

¹⁴² SSTCo 187/1995, de 18 de diciembre; 57/1996, de 4 de abril; 146/1998, de 30 de junio; 62/1999, de 26 de abril; 199/2000, de 24 de julio y 198/2001, de 4 de octubre.

¹⁴³ SSTCo 77/1989, de 27 de abril; 168/1995, de 20 de noviembre; 62/1999, de 26 de abril; 142/2000, de 29 de mayo o 198/2001, de 4 de octubre.

¹⁴⁴ Según una larga lista de pronunciamientos sobre el particular, la libertad de información queda referida a «hechos de trascendencia pública, en el sentido de noticiables... dotados de interés público» [SSTCo 132/1995, de 11 de septiembre o 3/1997, de 13 de enero] y, por tal motivo, presupone la presencia de «un interés general en el conocimiento de esos hechos» [STCo 28/1996, de 26 de febrero], ordenado a «la formación de una opinión pública libre» [SSTCo 172/1990, de 12 de noviembre o 132/1995, de 11 de noviembre] como garantía esencial para el funcionamiento de un Estado Democrático [SSTCo 104/1986, de 17 de julio o 170/1994, de 7 de junio].

Una vez más, el Tribunal Constitucional, en su afán por conceder amparo a una demanda de tutela de derecho fundamental, extiende hasta la desmesura el contenido propio del derecho fundamental, y llega a la conclusión de declarar la nulidad del despido en cuanto contrario a su ejercicio. Sin embargo, no debiéndose incluir la declaración testifical en el ámbito del artículo 20.1 d) CE, el despido decidido como represalia contra tal declaración sólo podría calificarse como improcedente»¹⁴⁵.

Con ser tales reproches impecables desde un punto de vista formal, la tesis del máximo intérprete del texto constitucional responde a una voluntad clara de extender la protección a una situación que, a su juicio y al de quien firma este trabajo, merece ser amparada; no en vano el antes mencionado Convenio núm. 158 OIT se refiere no sólo a «haber planteado», sino también a haber «participado» en un proceso judicial. De esta manera, y aun cuando sea residenciando su fundamento de forma difusa en el ámbito del derecho fundamental consagrado en el artículo 20.1 d) del texto constitucional, se conseguiría proporcionar un mayor nivel de seguridad a un potencial testigo, en el intento por evitar aquella situación –tan frecuente, por desgracia– en la que un trabajador no llega a conseguir en vía judicial el reconocimiento de sus derechos porque el resto de compañeros de la empresa no se atrevieron a prestar una declaración desfavorable para el empresario por temor a futuras represalias¹⁴⁶.

4.^a Una última situación respecto a la cual pueden surgir dudas acerca de si merece o no quedar amparada por la garantía de indemnidad es aquella en la cual el trabajador no ejercita sus derechos en vía judicial, pero, en cambio, presenta una denuncia ante la llamada Administración –laboral–, principalmente –aunque no sólo– ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en cuanto garante tradicional del cumplimiento de la legislación social¹⁴⁷.

Si, con posterioridad –y a resultas de aquella denuncia–, el trabajador fuera despedido o represaliado de algún otro modo, difícilmente podría decirse que, desde un punto de vista dogmático, tal actuación fuera contraria a su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹⁴⁸; en todo caso podría hablarse de una suerte de derecho a la tutela administrativa –con fundamento último en el art. 103 CE–, el cual, sin embargo, no aparece recogido en el elenco de derechos fundamentales susceptibles de amparo ante el Tribunal Constitucional.

¹⁴⁵ MONTROYA MELGAR, A.: «La declaración testifical como pretendido ejercicio del derecho a la libre comunicación de información veraz; más un par de temas procesales añadidos», en ALONSO OLEA, M. y MONTROYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, cit., págs. 272-273.

¹⁴⁶ El fundamento y finalidad son idénticos; «la única diferencia radica en que en el primer caso la empresa habrá vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y en el segundo la libertad de información», GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «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 AA.VV.: *El Proceso Laboral. Estudios en Homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa*, cit., pág. 255.

¹⁴⁷ Por todos, GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *La inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, cit., págs. 14 y ss.

¹⁴⁸ Tal duda se aprecia en el razonamiento de la STS 6 junio 2001 (Ar. 5492).

Tal posición la asume sin reparo el Tribunal Constitucional cuando ha enfrentado la cuestión, para «rechazar que haya existido la alegada lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva»¹⁴⁹. Resulta curioso, sin embargo, comprobar cómo en este caso –y a diferencia del anterior–, el máximo intérprete del texto fundamental, se muestra riguroso a la hora de valorar el requisito de necesaria invocación previa del derecho fundamental [art. 44.1 LOTC] y decide no tomar en consideración la alegación tardía que el recurrente en amparo hace –seguramente a la vista de la antes comentada doctrina sobre la protección de la declaración en juicio del testigo– respecto a la posible vulneración de su derecho a comunicar información veraz [art. 20.1 a) CE], en este caso no ante el órgano judicial, sino ante el órgano administrativo encargado de velar por el control de la legalidad: «falta cualquier planteamiento del contenido del derecho que se estima violado, que permita a los órganos judiciales pronunciarse sobre la infracción aducida ante este Tribunal. La queja de vulneración del artículo 20.1 a) CE, se plantea así *per saltum* en el recurso de amparo, desconociéndose el carácter subsidiario del mismo»¹⁵⁰.

Esta declaración impide al Tribunal entrar a enjuiciar del supuesto concreto y priva al estudio de conocer qué valoración hubiera merecido caso de haber sido correctamente alegada la lesión del derecho fundamental en la vía judicial ordinaria, aunque no existen argumentos serios que hagan sospechar que el Tribunal hubiera negado el amparo de no haber encontrado el óbice formal aludido, pues la situación es muy similar –con la única diferencia de que en un caso el órgano ante el cual se realiza la comunicación es de naturaleza administrativa y en el otro era judicial– a aquella otra de declaración testifical en la cual sí lo había concedido.

Además, y es un razonamiento efectuado desde una perspectiva eminentemente material, parece de todo punto conveniente que el trabajador pueda actuar con total libertad –sintiéndose seguro– a la hora de formular sus quejas y denuncias ante quien, en definitiva, debe salvaguardar el cumplimiento de toda la normativa laboral –sobre todo por el empresario, que es quien mayores incentivos tiene para desconocerla–, y no actúe como freno el temor a una posible futura represalia empresarial que, cual espada de Damocles, pendiera sobre su puesto de trabajo.

Tal conclusión puede encontrar respaldo en determinados indicios, como por ejemplo lo son que Tribunal Constitucional haya establecido que la denuncia de las irregularidades cometidas en una empresa pública posee una relevancia pública tal que la hace quedar protegida por el derecho a la libertad de información¹⁵¹ o que determinados pronunciamientos de los tribunales ordinarios

¹⁴⁹ «No hay óbice en admitir que la pretensión del recurrente de comparecer ante el Servicio Administrativo de Control de los Juegos de Azar... con el objeto de comunicar la supuesta irregularidad advertida, por si ésta pudiera ser constitutiva de ilícito penal, podría encontrar justificación tanto en el deber de denunciar los delitos públicos regulado en los términos de los artículos 259 y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como en una actitud cautelosa del recurrente para quedar al margen de las eventuales responsabilidades que pudieran derivarse de la presunta irregularidad documental que, a su juicio, podría haberse cometido. Ahora bien, el ejercicio de este deber cívico o de tal actitud preventiva no ha sido obstaculizado en el presente caso», STCo 198/2001, de 4 de octubre.

¹⁵⁰ STCo 198/2001, de 4 de octubre, con cita de las SSTCo 77/1989, de 27 de abril; 168/1995, de 20 de noviembre; 62/1999, de 26 de abril; 142/2000, de 29 de mayo.

¹⁵¹ STCo 6/1988, de 21 de enero.

hayan aceptado ya que la trabajadora despedida tras haber efectuado una denuncia ante la inspección de trabajo, ha de ser readmitida en su puesto pues su despido resulta lesivo del derecho a la libertad de información ¹⁵².

2.2. La consecuencia para el trabajador: el despido o cualquier otra medida que le sea perjudicial.

En la mayor parte de los supuestos objeto de análisis por el Tribunal Constitucional, el trabajador alegaba que, como consecuencia de alguna de las actuaciones fácticas que se acaban de denominar como situaciones protegidas [ejercicio de una acción judicial, presentación de la papeleta de conciliación o reclamación administrativa previas, deposición testifical o denuncia ante la Administración], el empresario había procedido a adoptar la decisión de su despido ¹⁵³.

Sin embargo, es lógico pensar que, cuando el empresario decida «castigar» a aquel de sus operarios que hubiera obrado alguna de las meritadas situaciones protegidas, no cuenta sólo con la posibilidad de despedirle; antes al contrario, el elenco de posibles reacciones empresariales es tan extenso como su malévola imaginación alcance a atisbar ¹⁵⁴. Por tal razón, y aun cuando se está pronunciando sobre supuestos de despido, en el plano de principios, el Alto Tribunal quiere dejar claro que, «si bien la medida disciplinaria del despido como respuesta al ejercicio de acción judicial aparece expresamente proscrita en el artículo 5 c), del Convenio núm. 158 de la OIT... tal restricción ha de hacerse extensiva, asimismo a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial» ¹⁵⁵.

Por tal motivo, en supuestos posteriores y en ese intento por garantizar «la inexistencia de resultados profesionalmente negativos» ¹⁵⁶, el Tribunal no cierra las puertas a una eventual declaración de nulidad, bajo la justificación de haber conculcado la garantía de indemnidad ínsita al derecho a la tutela judicial efectiva, que en el caso reclama quien vio cómo sufría un traslado o sus condiciones laborales eran alteradas de manera sustancial por el empleador, al separarle de la realización de ciertas tareas que venía desarrollando, sin queja empresarial alguna,

¹⁵² SSTSJ Castilla-La Mancha 21 diciembre 1993 (Ar. 5428), Madrid 28 enero 1999 (Ar. 92) o, aun sin mencionar expresamente el derecho de libertad de información, Asturias 1 febrero 2002 (Ar. 218).

¹⁵³ Son los supuestos de las SSTCo 7 y 14/1993, ambas de 18 de enero; 54/1995, de 24 de febrero; 197/1998, de 13 de octubre; 140, 168 y 191/1999, de 22 de julio, 27 de septiembre y 25 de octubre, respectivamente; 101/2000, de 10 de abril; 196, 198 y 199/2000, todas de 24 de julio y 198/2001, de 4 de octubre.

¹⁵⁴ 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 SSTCo 140 y 168 de 1999», cit., pág. 135.

¹⁵⁵ Por todas, STCo 14/1993, de 18 de enero.

¹⁵⁶ LÓPEZ CUMBRE, L.: «Despido con vulneración de la tutela judicial efectiva», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, cit., pág. 191.

desde el inicio de su relación laboral ¹⁵⁷. Tampoco, aunque el argumento aparece más difuminado, cuando se ha impuesto una sanción de suspensión de empleo y sueldo de cincuenta días por negarse el trabajador, siguiendo un mandato judicial dictado en fase de ejecución provisional de sentencia, a reincorporarse a la empresa ¹⁵⁸.

En resumidas cuentas, y por elevar a regla general los ejemplos particulares apuntados, la garantía de indemnidad protege al trabajador frente a cualquier tipo de reacción, castigo, represalia, «revancha» ¹⁵⁹, decisión o medida proveniente del empresario como consecuencia de haber actuado, a través de alguna de las situaciones protegidas, en defensa de derechos laborales, propios o ajenos, y que le resulte perjudicial. Una decisión empresarial que responda a tal finalidad merecerá en todo caso la tacha de nulidad –y no de mera improcedencia o injustificación–, «y ello por el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, no pudiendo anudarse al ejercicio de uno de estos derechos otra consecuencia que la reparación *in natura* cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho» ¹⁶⁰, para lo cual, como consta, el ordenamiento social suele habilitar vías más expeditivas y contundentes que cuando la medida es improcedente o injustificada, con la finalidad clara de conseguir la efectiva reparación del derecho fundamental conculcado.

2.3. El nexo causal entre el antecedente y la consecuencia: que la medida perjudicial haya sido adoptada por el empresario como represalia del acto previo del trabajador en tutela de sus derechos. La alteración de la carga de la prueba en materia de derechos fundamentales.

Pero no es sólo que el trabajador hubiera ejercitado una acción judicial o llevado a cabo alguna de las otras situaciones protegidas y, a continuación, el empresario procediere a su despido o a la adopción de cualesquier otra medida que le fuera perjudicial; para que entre en juego la garantía de indemnidad es necesario, además, que ambos extremos se hallen unidos por una «relación directa» ¹⁶¹ o «de correspondencia» ¹⁶², una «conexión objetiva» ¹⁶³; en fin, lo que en términos tradicionales se puede calificar como una «relación de causalidad» ¹⁶⁴; esto es, que uno

¹⁵⁷ Si bien, en el caso concreto, «debiendo desestimar el recurso de amparo por las razones formales indicadas [falta de motivación suficiente del pronunciamiento judicial], resultaría prematuro pronunciarse sobre la vulneración de la garantía de indemnidad», STCo 128/2002, de 3 de junio. Con mayor claridad, SSTSJ Baleares 8 mayo 2000 (Ar. 2440), Aragón 30 octubre 2000 (Ar. 4101), Castilla y León/Valladolid 13 noviembre 2001 (Ar. 4543) o Cataluña 12 septiembre 2002 (Ar. 3071).

¹⁵⁸ STCo 5/2003, de 20 de enero.

¹⁵⁹ SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Garantía de indemnidad o inexecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos (Comentario a las SSTCo 196, 197 y 199/2000)», cit., pág. 35.

¹⁶⁰ STCo 14/1993, de 18 de enero.

¹⁶¹ SSTCo 140, 168 y 191/1999, de 22 de julio, 27 de septiembre y 25 de octubre, respectivamente.

¹⁶² STCo 14/1993, de 18 de enero.

¹⁶³ SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Garantía de indemnidad o inexecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos (Comentario a las SSTCo 196, 197 y 199/2000)», cit., pág. 36.

¹⁶⁴ LÓPEZ CUMBRE, L.: «Despido con vulneración de la tutela judicial efectiva», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, cit., pág. 192.

haya sido adoptado como consecuencia directa del otro, «sin pasos o fases intermedias»¹⁶⁵ y como «represalia»¹⁶⁶ empresarial frente a la actuación del trabajador tendente a la protección de sus derechos¹⁶⁷.

Por supuesto, en la mayor parte de los casos [no, sorprendentemente, en todos, pues, en ocasiones, el empresario, ni siquiera se esfuerza en ocultar que la resolución contractual se debe a la reclamación judicial del trabajador¹⁶⁸], se tratará de cobijar la verdadera causa del despido –la represalia empresarial– bajo alguna otra que aparentara ser justa, como pudiera ser la «transgresión de la buena fe contractual»¹⁶⁹ o la «desobediencia a las órdenes empresariales»¹⁷⁰.

Es el supuesto que el Tribunal Constitucional denomina como «despido pluricausal, en el que confluyen, una causa, fondo o panorama discriminatorio, y otros eventuales motivos concomitantes de justificación»¹⁷¹. Como pone de relieve la doctrina científica, «el Tribunal otorga una calificación equívoca a este tipo de despido, denominándolo pluricausal... Obviamente, la causa que subyace es única (de ahí la equivocidad del término): o bien la que soporta el panorama razonablemente discriminatorio [o lesivo de derechos fundamentales –de la tutela judicial efectiva, o la libertad de información, por cuanto hace a la garantía de indemnidad ahora tratada–] alegado por el trabajador y que el empresario no logra destruir, o una causa real y efectivamente existente, carente de base discriminatoria, con independencia de que, en apreciación del juzgador, sirva, o no, para justificar la procedencia del despido efectuado»¹⁷². Se trata, por tanto, «de decisiones anticonstitucionales en las que el empresario pretende desplazar [artificialmente] el debate hacia otro terreno en el que la oscilación se plantee entre la indemnización y la procedencia del despido, abandonando el escenario marcado por el debate de constitucionalidad»¹⁷³.

Como pone de relieve el propio Tribunal Constitucional, «cierto es que un despido no ajustado a las causas y procedimientos establecidos en la legislación laboral, no necesariamente vulnera un derecho fundamental pero, esto dicho, no lo es menos que una decisión empresarial extintiva, con

¹⁶⁵ GARCÍA MURCIA, J.: «Empleados en locutorios telefónicos (I)», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVIII, cit., pág. 337.

¹⁶⁶ En esto coinciden las SSTCo 14/1993, de 18 de enero; 54/1995, de 24 de febrero; 140, 168 y 191/1999, de 22 de julio, 27 de septiembre y 25 de octubre; 101/2000, de 10 de abril; 196, 197 y 199/2000, de 24 de julio y 198/2001, de 4 de octubre.

¹⁶⁷ «Para que se considere vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en estos términos, no basta con que se haya producido cualquier enfrentamiento judicial o extrajudicial, sino que es necesario que se deduzca alguna circunstancia más, reveladora de la voluntad empresarial el legítimo ejercicio de sus derechos por el trabajador», LÓPEZ CUMBRE, L.: «Despido con vulneración de la tutela judicial efectiva», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, cit., pág. 192.

¹⁶⁸ Por ejemplo, SSTCo 14/1993, de 18 de enero o 140, 168 y 191/1999, de 22 de julio, 27 de septiembre y 25 de octubre, respectivamente.

¹⁶⁹ SSTCo 7/1993, de 18 de enero y 140/1999, de 22 de julio.

¹⁷⁰ STCo 5/2003, de 20 de enero.

¹⁷¹ SSTCo 7/1993, de 18 de enero; 101/2000, de 10 de abril.

¹⁷² GALIANA MORENO, J. M.ª: «Despido presuntamente discriminatorio y actividad probatoria suficiente», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XI, cit., págs. 47-48.

¹⁷³ 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 SSTCo 140 y 168 de 1999», cit., pág. 129.

independencia de su apariencia legal o ilegal, puede lesionar aquellos derechos»¹⁷⁴. Por tal razón, y desde el prisma de respeto y supremacía de los derechos fundamentales, cuando un trabajador haya alegado la vulneración de alguno de ellos y aportado un indicio respecto a dicha lesión, tan sólo la existencia de una causa objetiva, seria y razonable hace posible dirigir la atención del órgano judicial hacia el terreno de la mera cuestión de legalidad¹⁷⁵.

Tal orden lógico de análisis [nulidad, primero/improcedencia, después] se debe, entre otras cosas, a que, cuando el trabajador considere que alguno de sus derechos fundamentales ha sido vulnerado [a saber, la tutela judicial efectiva o, en su caso, la libertad de información]¹⁷⁶, un extremo de particular importancia a estos efectos lo constituirá que, siendo alegada por el trabajador tal lesión, debe entrar en juego, aun cuando «sorprendentemente»¹⁷⁷ en ocasiones los tribunales laborales ordinarios parezcan olvidarlo¹⁷⁸, la alteración de la carga de la prueba¹⁷⁹ prevista con carácter general en los artículos 96 y 179.2 LPL¹⁸⁰.

¹⁷⁴ STCo 101/2000, de 10 de abril.

¹⁷⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Sobre cómo lo no causal se convierte en causal. Doctrina constitucional de la carga de la prueba en los supuestos de decisiones empresariales no causales a las que se les imputa la vulneración de un derecho fundamental», *RDS*, núm. 5, 1999, pág. 140.

¹⁷⁶ Justamente es éste uno de los supuestos que mejor sirven para apreciar «el alcance y contenido, no sólo del derecho a la tutela judicial efectiva, sino también la distribución de la carga de la prueba en supuestos en que el trabajador alega una vulneración de derechos fundamentales», ORTIZ LALLANA, M.^a C.: «Derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, cit., pág. 247.

¹⁷⁷ Resulta «sorprendente que, a pesar de la jurisprudencia constitucional uniforme y muy reiterada sobre la correcta distribución de la carga de la prueba, existan todavía sentencias de los tribunales laborales ordinarios que hagan recaer la prueba de la lesión del derecho fundamental sobre el trabajador», GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «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 AA.VV.: *El Proceso Laboral. Estudios en Homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa*, cit., pág. 249.

¹⁷⁸ Como se aprecia con claridad en el supuesto finalmente resuelto por la STCo 140/1999, de 22 de julio.

¹⁷⁹ Plenamente justificable, pues, en tanto en cuanto «el empresario ostenta una acusada proximidad y dominio sobre las fuentes de la prueba, y dispone de una mayor facilidad probatoria respecto de los hechos de cuya acreditación depende el éxito de la pretensión del trabajador» [GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, cit., pág. 181], la mayor parte del *onus probandi* ha de recaer sobre él, para tratar de revalorizar la posición de la otra parte, el trabajador, sobre todo en una materia como la de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, BAYLOS GRAU, A.: «Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos», en AA.VV.: *La prueba en el proceso laboral*, Madrid (CGPJ), 1994, pág. 181.

¹⁸⁰ El artículo 96 LPL se refiere al específico supuesto en el que lo alegado sea la discriminación por razón de sexo. Por su parte, el artículo 179.2 LPL se refiere, en principio, a la violación de la libertad sindical, si bien el artículo 181 LPL extiende su actuación al ámbito de los procesos de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas. No conviene olvidar, empero, cómo el artículo 182 LPL fuerza a tramitar con arreglo a su modalidad correspondiente, inexcusablemente, los supuestos de despido y extinción del contrato de trabajo, vacaciones, materia electoral, así como los de impugnación y modificación de estatutos sindicales o convenios colectivos. Como hace notar la doctrina, la única interpretación aceptable –a riesgo de contrariar el art. 53.2 CE cuando establece un cauce preferente y sumario de tutela de los derechos fundamentales– sería aquella a partir de la cual surge la necesidad de observar, en todo caso, las garantías propias del proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, las cuales deberían ser acumuladas a aquel cauce procedimental propio de la pretensión que se inste, entre ellos y por cuanto ahora ocupa, la alteración de la carga de la prueba prevista en el artículo 179.2 LPL. Al respecto, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales», en AA.VV.: *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, pág. 485; LINARES LORENTE, J. A.: «Sobre el proceso de tutela de la libertad sindical», cit., pág. 751; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «Proceso especial de protección (tutela) de la libertad sindi-

Como sienta una inveterada doctrina constitucional, «cuando se invoque por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, aportando para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, incumbe al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable del despido [o de la medida adoptada] ¹⁸¹. No se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental –verdadera *probatio diabolica* de un hecho negativo, como es la inexistencia de móvil lesivo de derechos fundamentales ¹⁸²–, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, así como su entidad desde el punto de vista de la medida disciplinaria adoptada. Dicha entidad ha de ser interpretada no en el sentido de que la actividad o comportamiento irregular del trabajador tenga que configurar un incumplimiento pleno y total, susceptible de alcanzar de manera procedente la sanción de despido [o cualquier otra medida perjudicial], sino en el de que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia, en el bien entendido sentido que no cualquier motivo sirve para justificar el despido, porque, de lo contrario, el empresario podría muy bien encubrir un despido discriminatorio bajo el pretexto de pequeños incumplimientos contractuales ¹⁸³. La decisión empresarial será, así, válida, aun cuando sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental» ¹⁸⁴.

En otras palabras, «invocada por el recurrente la que denomina garantía de indemnidad ínsita en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el enjuiciamiento de este Tribunal debe partir de su propia doctrina conforme a la cual la prohibición de que el empresario utilice sus facultades organizativas y disciplinarias para sancionar el legítimo ejercicio por parte del trabajador de sus derechos fundamentales ¹⁸⁵ encuentra una aplicación específica en los supuestos en los que la extinción del contrato o el despido se configura como una represalia al previo ejercicio por parte del trabajador de acciones judiciales dirigidas a la reclamación de derechos laborales» ¹⁸⁶.

cal y demás derechos fundamentales», en BARREIRO GONZÁLEZ, G., *et alii* (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Coord.): *Diccionario Procesal Social*, cit., págs. 525 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y TASCÓN LÓPEZ, R.: «Sobre la vulneración de la tutela judicial efectiva por desconocer el requisito de conciliación administrativa previa en un supuesto especialmente complejo», *REDT*, núm. 109, 2002, pág. 134; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «La tutela judicial de los derechos laborales fundamentales; sinécdoque procesal», *TS*, núm. 16, 1992, pág. 10; GÁRATE CASTRO, J.: *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los Tribunales Laborales*, cit., págs. 41 y ss. o CABAÑAS GARCÍA, J. C.: «La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el orden social», *DL*, núm. 42, 1994, pág. 75. *Contra*, MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «La tutela judicial de la libertad sindical», *AL*, T. I, 1991, pág. 43 o, moderadamente, GARCÍA VIÑA, J.: «La modalidad especial de tutela de la libertad sindical y de los demás derechos fundamentales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núms. 197-198, 1999, pág. 28.

¹⁸¹ Entre una lista todavía mayor, SSTCo 38/1981, de 23 de noviembre; 55/1983, de 22 de junio; 47/1985, de 27 de marzo; 104/1987, de 17 de junio; 114/1989, de 22 de junio; 135/1990, de 19 de julio; 21/1992, de 14 de febrero o 136 y 186/1996, de 23 de julio y 25 de noviembre.

¹⁸² STCo 266/1993, de 20 de septiembre.

¹⁸³ Doctrina contenida, entre otras, en SSTCo 135/1990, de 19 de julio y 21/1992, de 14 de febrero.

¹⁸⁴ STCo 7/1993, de 18 de enero.

¹⁸⁵ Por todas, SSTCo 94/1984, de 16 de octubre; 108/1989, de 8 de junio; 171/1989, de 19 de octubre; 123/1992, de 28 de septiembre; 134/1994, de 9 de mayo; 173/1994, de 7 de junio y 90/1997, de 6 de mayo.

¹⁸⁶ STCo 101/2000, de 10 de abril.

Por tal razón, «la apariencia creada por los razonables indicios aportados por el actor de que el cese [o la medida] podía constituir una lesión de su garantía de indemnidad sólo podrá ser destruida mediante la prueba por el empresario de que el despido –en el caso que ocupaba– respondía a causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales –pues en caso contrario perdería todo su sentido la finalidad de la prueba indiciaria–, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador»¹⁸⁷.

Por tanto, el empresario no tiene que acreditar, hasta sus «últimas consecuencias, una correcta y procedente administración de sus poderes... No es tanto como eso lo que se reclama... sino que bastaría con acreditar una causa que, si bien pudiera resultar injusta, y por tanto improcedente, se base en un mero ejercicio desviado de los poderes empresariales», pero no en una finalidad –oculta–, lesiva de derechos fundamentales. Esta interpretación podrá plantear un serio inconveniente, pues, como apuntan algunos autores, al empresario le puede bastar con probar, no ya un verdadero incumplimiento, sino una apariencia de incumplimiento, incluso «mínima» o «habitualmente tolerada», para salvar la amenaza de ver su decisión sancionada con la nulidad y trasladar el debate al terreno de la improcedencia¹⁸⁸, produciéndose una renormalización de la carga de la prueba, lo cual forzará al trabajador [que inicialmente había pretendido la nulidad y confiaba en que fuera el empresario quien tuviera que justificar su medida] a acreditar la ilegalidad de la medida¹⁸⁹, a salvo supuestos cualificados, como es el caso del despido, en el cual corresponderá al empresario acreditar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido, *ex* artículo 105.1 LPL. Por tal motivo, será menester exigir que la justificación aportada por el empresario «fuera realmente seria, capaz de generar una apariencia clara de que habilitara razonablemente aquella decisión»¹⁹⁰, no bastando un incumplimiento «menor», y planteando serias dudas aquel otro «habitualmente tolerado» respecto a la generalidad de trabajadores que presten servicios en el seno de esa concreta unidad productiva y que luego hubiera sido utilizado como «excusa» para imponer una medida perjudicial, precisamente, a aquel trabajador que había ejercitado una acción judicial frente al empresario.

¹⁸⁷ Sintetizando los criterios sentados por la jurisprudencia constitucional sobre la prueba indiciaria, SSTCo 90/1997, de 6 de mayo; 147/1995, de 16 de octubre; 17/1996, de 7 de febrero o 101/2000, de 10 de abril.

¹⁸⁸ 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 SSTCo 140 y 168 de 1999», cit., pág. 130 o LUJÁN ALCARAZ, J.: «La inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación en el trabajo por razón de afiliación sindical», *RDS*, núm. 3, 1998, pág. 126.

¹⁸⁹ Lo cual resultará imposible ya en los actos discrecionales del empresario, respecto a los cuales, si bien podían ser atacados por discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales, no puede cuestionarse en sentido estricto su procedencia legal, SSTCo 94/1984, de 16 de octubre; 166/1988, de 26 de septiembre; 198/1996, de 3 de diciembre o 90/1997, de 6 de mayo.

¹⁹⁰ 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 SSTCo 140 y 168 de 1999», cit., pág. 130.

En cualquier caso, pocos dudan de la clara finalidad de la prueba indiciaria, la cual se proyecta con independencia de la facultad empresarial que se cuestione y del derecho fundamental afectado. La jurisprudencia constitucional muestra que la aplicación de esta especial regla de distribución de la carga de la prueba no sólo se proyecta sobre actos disciplinarios del empresario, principalmente despidos, sino también en relación a otras facultades empresariales como la resolución del contrato en período de prueba ¹⁹¹, la negativa a readmitir tras una excedencia voluntaria ¹⁹² o la negativa a abonar ciertas cantidades ¹⁹³. Asimismo ha manifestado este Tribunal que incumbe al empresario probar que las diferencias salariales entre distintas categorías profesionales no responden a una discriminación indirecta por razón de sexo ¹⁹⁴, reconociéndose también su operatividad en supuestos de discriminación por razones sindicales en la Función Pública ¹⁹⁵.

Recapitulando, el *modus operandi* de la alteración de la carga de la prueba que rige en materia de derechos fundamentales en el ámbito laboral se manifiesta en un «doble elemento» ¹⁹⁶: de un lado, obliga al trabajador a presentar un indicio, con «cierto grado de verosimilitud» ¹⁹⁷, «como un principio de prueba encaminado a poner de manifiesto que el acto llevado a cabo... esconde un motivo oculto destinado a desconocer [un derecho fundamental] o perjudicar directamente al trabajador» ¹⁹⁸. Cumplimentado el requisito opera, no tanto una inversión de la carga de la prueba, cuanto, más bien, una modulación –«en atención a la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas... y la dificultad que el trabajador encuentra a la hora de probar la lesión» ¹⁹⁹– a partir de la cual es el demandado quien queda obligado a proporcionar una justificación objetiva, razonable y suficiente tanto de las medidas adoptadas como de su proporcionalidad (art. 179.2 LPL); esto es, no precisa acreditar un hecho negativo –a saber; su decisión no ha respondido a una finalidad lesiva de derechos fundamentales–, lo cual significaría –se insiste– una verdadera *probatio diabólica* ²⁰⁰, sino demostrar algo positivo y de más fácil constatación: que «su actuación obedece a motivos objetivos y razonables, extraños, por tanto, a todo propósito atentatorio de un derecho fun-

¹⁹¹ SSTCo 94/1984, de 16 de octubre y 166/1988, de 26 de septiembre.

¹⁹² STCo 266/1993, de 20 de septiembre.

¹⁹³ STCo 38/1986, de 21 de marzo.

¹⁹⁴ SSTCo 58/1994, de 28 de febrero y 147/1995, de 16 de octubre.

¹⁹⁵ SSTCo 293/1993, de 18 de octubre y 85/1995, de 6 de junio y 17/1996, de 7 de febrero.

¹⁹⁶ Así, SSTCo 166/1987, de 28 de octubre; 114/1989, de 22 de junio; 21/1992, de 14 de febrero; 266/1993, de 20 de septiembre; 180/1994, de 20 de junio y 85/1995, de 6 de junio.

¹⁹⁷ Esto es, «el convencimiento sobre la probabilidad de un hecho o, al menos, la no certeza del hecho contrario», MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1996, pág. 34. Queda claro, por tanto, que no es necesario llegar a acreditar completamente la situación alegada, pues «los indicios, si son probados, son hechos», LÓPEZ CUMBRE, L.: «Despido con vulneración de la tutela judicial efectiva», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, cit., pág. 198.

¹⁹⁸ SSTCo 90/1997, de 6 de mayo y 74/1998, de 31 de marzo. Por su claridad, STSJ Castilla-La Mancha 18 junio 1999 (Ar. 2301).

¹⁹⁹ SSTCo 266/1993, de 20 de septiembre y 90/1997, de 6 de mayo; en los pronunciamientos de los tribunales ordinarios, STSJ Cataluña 3 marzo 1997 (Ar. 1038) o Galicia 17 abril 1998 (Ar. 1096).

²⁰⁰ GÁRATE CASTRO, J.: *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los Tribunales Laborales*, cit., pág. 133.

damental»²⁰¹; en definitiva, que son «ajenos al móvil lesivo»²⁰², con independencia de si esos motivos justifican o no la licitud o la procedencia de la medida, pues ésta es una cuestión de «legalidad ordinaria» que ya no afecta al derecho fundamental²⁰³.

Pues bien, una vez analizado tan particular reparto del *onus probandi* en materia de tutela de derechos fundamentales, toca ahora entrar a analizar cada uno de los dos aspectos o elementos apuntados en el supuesto concreto de garantía de indemnidad ahora tratado, para precisar qué se ha entendido por «indicio suficiente» y, caso de entender que el trabajador ha logrado aportarlo, qué actividad probatoria del empresario sirve para enervar la presunción de lesividad que pende desde entonces sobre su medida. Vaya por delante que la tarea de apreciar si «existe o no efectivamente lesión del artículo 24 CE depende de manera muy estrecha de las circunstancias concurrentes, que habrán de valorarse en cada caso»²⁰⁴, por lo cual la tarea que a continuación se realiza no puede sino ser meramente expositiva o, a lo más, ejemplificativa.

En cuanto hace al primero de los aspectos aludidos, se ha considerado que, en situaciones como la ahora tratada, se ha logrado aportar un «indicio suficiente» para presuponer la posibilidad de lesión del derecho fundamental –y, en consecuencia, actuar la alteración de la carga de la prueba–, por supuesto, cuando en la propia comunicación [en realidad, carta de despido, aunque la empresa se cuida de usar esta terminología pues parte, justamente, de negar el carácter laboral de la relación] de la resolución contractual se hace referencia –de forma «llamativa»²⁰⁵– a que la misma se adopta, precisamente, de manera directa a resultas de un supuesto «quebrantamiento de la buena fe contractual» motivado por las «reclamaciones del trabajador en favor del carácter laboral de su relación»²⁰⁶, lo cual constituye, a juicio de la empresa, «la no admisión del contrato firmado, mostrando su disconformidad con los pactos que en el mismo se contienen, a los que se pretende dar un carácter que no tienen, alterando sustancialmente el mismo para transformarlo en una relación que no fue querida por las partes en el momento de su firma»²⁰⁷.

Cuando la empresa, en su comunicación, «haya vinculando de manera expresa la causa real del despido con la presentación de una reclamación sobre ese extremo... está claro que el despido se produjo por la discrepancia habida entre las partes litigantes en cuanto a un derecho discutido y

²⁰¹ Entre muchas, por su especial claridad, STS 7 diciembre 1999 (Ar. 9690).

²⁰² SSTCo 104/1987, de 17 de junio; 134/1990, de 19 de julio; 21/1992, de 14 de febrero y 7/1993, de 18 de enero.

²⁰³ STCo 101/2000, de 10 de abril.

²⁰⁴ GARCÍA MURCIA, J.: «Empleados en locutorios telefónicos (I)», en ALONSO OLEA, M. y MONTOTOY MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVIII, cit., pág. 337.

²⁰⁵ Que «las cartas de comunicación de la extinción de la relación contractual no ocultaran que las respectivas extinciones eran consecuencia de las reclamaciones judiciales, o prejudiciales..., se explica en que los trabajadores reclamaban el reconocimiento de la laboralidad de la relación... [la cual era negada de forma reiterada por las respectivas empresas]. Ocurre que, como en efecto se acaba declarando la laboralidad de la relación, la extinción acaba a su vez siendo un despido potencialmente lesivo de derechos fundamentales», GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «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 AA.VV.: *El Proceso Laboral. Estudios en Homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa*, cit., págs. 247-248.

²⁰⁶ STCo 14/1993, de 18 de enero.

²⁰⁷ SSTCo 140, 168 y 191/1999, de 22 de julio, 27 de septiembre y 25 de octubre, respectivamente.

discutible relativo a la existencia o no de la relación de tipo laboral entre las partes. Y como esa discrepancia fue llevada por la trabajadora a la vía judicial, agotando previamente la vía gubernativa, es claro que el despido respondía a las reclamaciones de la trabajadora, relativas al carácter laboral de su contrato y concretamente a la que agotaba la vía administrativa. Debe entenderse por tanto que el único motivo del despido ha sido una reacción del empresario frente al ejercicio legítimo del derecho a la acción judicial que consagra el artículo 24 CE y que, como básico, proclama también el artículo 4.2 g) ET y que tal conducta ni puede valorarse como causa de despido disciplinario, ni puede considerarse "transgresora de la buena fe contractual". Es, pues, claro que si los hechos imputados a la recurrente constituyen legítimo ejercicio del derecho de tutela jurídica, sólo queda en pie la injustificable voluntad de dificultar irrazonablemente o sancionar el ejercicio de dicho derecho.

Por lo que resulta de aplicación al caso la reiterada doctrina de este Tribunal que ha considerado radicalmente nulos los despidos producidos por el ejercicio legítimo por los trabajadores de derechos fundamentales ²⁰⁸, sentencias que si bien hacían referencia a otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión y la libertad sindical, es también de aplicación cuando el derecho fundamental que provoca la sanción es, como ocurre en el presente caso, el derecho a la tutela judicial efectiva» ²⁰⁹.

También parece servir como indicio al alto Tribunal, y es quizá el extremo más útil al afectado, la «correlación cronológica» ²¹⁰ o la «proximidad temporal» ²¹¹ entre la reclamación judicial del trabajador y la fecha del despido o la adopción de la medida que resultare perjudicial para el operario ²¹², pues de tal cercanía «puede deducirse con facilidad algún tipo de relación directa entre la decisión empresarial de despido de los recurrentes y el ejercicio de actos previos y obligatorios a la interposición de una acción jurisdiccional frente a la empresa... lo cual constituye, cuando menos, un indicio de la posible lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva» ²¹³.

Por último, satisface también la exigencia de aportar un indicio el justificar que, a pesar de existir una resolución judicial que, en fase de ejecución provisional de sentencia de despido, exoneraba al trabajador de prestar sus servicios –conservando el derecho a retribución mientras duraba la tramitación de un recurso–, el empresario le hubiera requerido en reiteradas ocasiones para que se incorporara en el centro de trabajo, lo cual, amén de «constituir, de manera directa, una violación del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales... pues supone una contumaz postura de desobediencia hacia las

²⁰⁸ Entre otras, SSTCo 38/1981, de 23 de noviembre; 55/1983, de 22 de junio; 47/1985, de 27 de marzo; 104/1987, de 17 de junio; 114/1989, de 22 de junio; 135/1990, de 19 de julio; 21/1992, de 14 de febrero o 136 y 186/1996, de 23 de julio y 25 de noviembre.

²⁰⁹ STCo 14/1993, de 18 de enero.

²¹⁰ SSTCo 140, 168 y 191/1999, de 22 de julio, 27 de septiembre y 25 de octubre, respectivamente.

²¹¹ STCo 101/2000, de 10 de abril.

²¹² ORTIZ LALLANA, M.ª C.: «Derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, cit., pág. 251.

²¹³ SSTCo 140, 168 y 191/1999, de 22 de julio, 27 de septiembre y 25 de octubre, respectivamente.

decisiones del órgano judicial... también lo es desde la perspectiva de la garantía de indemnidad, pues la sanción de empleo y sueldo que la empresa les impuso por desobediencia y abuso de confianza... no podía tener otra finalidad que la de adoptar una medida de represalia contra aquéllas por el hecho de haber acudido al Juzgado de lo Social discutiendo la forma en la que la empresa estaba actuando»²¹⁴.

Por cuanto se refiere al segundo de los elementos de la prueba indiciaria, no se ha considerado que el empresario haya destruido la apariencia de lesividad de su actuar cuando «se ha prescindido de cualquier razonamiento sobre lo que constituía el núcleo de la pretensión, es decir, si el despido se debió realmente al ejercicio previo de acciones judiciales por parte del trabajador tendentes a obtener el reconocimiento de sus derechos laborales... La empresa no ha acreditado –en realidad, ni siquiera ha manifestado– ninguna razón justificativa del cese, no ya en el momento de comunicárselo, sino tampoco con posterioridad cuando, impugnado judicialmente, debió haber destruido la razonable apariencia de lesión de la garantía de indemnidad creada por el trabajador, acreditando una causa justificativa idónea dirigida a rechazar que sus facultades disciplinarias hubieran servido para sancionar el ejercicio legítimo del derecho a la tutela judicial efectiva»²¹⁵.

De igual modo se ha pronunciado el Tribunal cuando la empresa procede a despedir a un trabajador alegando una supuesta «transgresión de la buena fe contractual, al haber falseado consciente e intencionadamente la realidad [en su testimonio prestado en un pleito laboral que otro trabajador seguía contra la empresa] con el claro fin de perjudicar a los intereses de esta última... si no ha acreditado, tal y como le correspondía, que el trabajador faltara a la verdad en su testimonio... sancionando, pues, el ejercicio del derecho y deber del recurrente, en su calidad de testigo, de informar verazmente al órgano judicial»²¹⁶.

En cambio, el Tribunal ha considerado como acreditación suficiente de la objetividad y razonabilidad de la medida empresarial, por ejemplo, que se haya acreditado que el despido obedeció a una verdadera «transgresión de la buena fe contractual» –y no, por tanto, a una «represalia empresarial»– consistente en «aportar en la reclamación administrativa documentación y notas internas entre el trabajador y la empresa, utilizando impresos propios de ésta que eran ajenos al centro de trabajo donde prestaba sus servicios, pero a los que tuvo acceso por el puesto de confianza que desempeñaba... [pues tal] actividad probatoria [resulta] eficaz para demostrar que los hechos imputados en la comunicación de despido acaecieron en la realidad, y que dicha prueba excluye el torpe móvil aducido por el trabajador recurrente»²¹⁷. Quizá en este supuesto el Tribunal fue demasiado genero-

²¹⁴ STCo 5/2003, de 20 de enero.

²¹⁵ SSTCo 101/2000, de 10 de abril y 5/2003, de 20 de enero; en parecido sentido, aludiendo a la «falta de actividad probatoria de la empresa encaminada a acreditar la existencia de causa, seria y real, que hubiera permitido destruir la apariencia discriminatoria creada y alcanzar la necesaria convicción de que el cese de los actores había sido ajeno a todo propósito discriminatorio», SSTCo 140, 168 y 191/1999, de 22 de julio, 27 de septiembre y 25 de octubre, respectivamente.

²¹⁶ STCo 187/1998, de 13 de octubre.

²¹⁷ STCo 7/1993, de 18 de enero.

so a la hora de valorar la actuación empresarial, pues «se suscita la seria duda de si, aun utilizando tales impresos para una actividad extralaboral, el trabajador habría sido despedido en todo caso o si sólo lo fue debido al proceso judicial que había abierto» ²¹⁸.

También, ha sido suficiente, a juicio del máximo intérprete del texto constitucional, que la empresa [que en el caso había asumido la posición de otra anterior por un acuerdo con la representación unitaria de los trabajadores, comprometiéndose a mantener a todos los operarios, pero sin admitir que existiera una verdadera sucesión *ex* artículo 44 ET] haya acreditado que, a pesar de la reclamación judicial de ciertos trabajadores, les ofreció la incorporación en las mismas condiciones que al resto, «siendo rechazada reiteradamente» por estos operarios quienes, en vez de incorporarse efectivamente, prefirieron no hacerlo y «continuar con la vía judicial para reclamar los derechos derivados de la subrogación empresarial que entendían podían corresponderle»; tan sólo años después, cuando han visto frustradas sus pretensiones judiciales, piden a la empresa que les permita la incorporación en los términos ofertados en un principio, a lo cual la empresa, con razón ²¹⁹, se niega, «no como represalia a esos trabajadores, pues mal puede ser represaliado un trabajador cuya relación laboral con la actual empresa no ha sido constituido aún..., sino como un acto de libertad empresarial que se enmarca dentro del ámbito de la autonomía privada» ²²⁰.

Igual respuesta ha merecido aquel supuesto en el cual la empresa acredita que el despido se debió, no a la denuncia de una irregularidad ante la Administración competente [lo cual vulneraría la garantía de indemnidad en su manifestación de la libre comunicación de información veraz], sino «que éste se produce por el comportamiento durante la noche en la que sucedieron los hechos que dieron lugar a la misma denuncia, al considerar la empresa que tal comportamiento no se compadece con la profesionalidad exigible a un operario de su categoría» ²²¹. Lo que nunca podrá comprobarse, de nuevo, es si esa actitud poco profesional hubiera movido también la voluntad empresarial hacia el despido caso de no haber procedido el trabajador a formular la denuncia correspondiente frente a la empresa ²²².

²¹⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «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 AA.VV.: *El Proceso Laboral. Estudios en Homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa*, cit., pág. 253. No queda claro si el empresario ha cumplido en este caso, como reclaman con mayor exigencia otras sentencias, con su obligación de acreditar que «la decisión empresarial se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales», SSTCo 90/1997, de 6 de mayo; 147/1995, de 16 de octubre; 17/1996, de 7 de febrero o 101/2000, de 10 de abril.

²¹⁹ Pues «no puede imponerse la igualdad de trato entre trabajadores que fueron contratados en virtud del pacto suscrito entre la representación de la empresa y el comité, y aquellos que rechazando esa oferta empresarial vieron denegado, en vía judicial, el derecho de mantenimiento de la relación de trabajo que les vinculaba con el anterior empresario», PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F.: «Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (garantía de indemnidad) y a la igualdad», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XIII, cit., págs. 131-132.

²²⁰ STCo 54/1995, de 24 de febrero.

²²¹ STCo 198/2001, de 4 de octubre.

²²² Pues, se insiste, no resulta seguro que el empresario haya probado que hubiera adoptado la misma decisión aun en caso de no haberse producido la actividad del trabajador, como reclaman las SSTCo 90/1997, de 6 de mayo; 147/1995, de 16 de octubre; 17/1996, de 7 de febrero o 101/2000, de 10 de abril.

En fin, también le ha bastado al Tribunal Constitucional, y es el argumento más descorazonador para quien esto escribe ²²³ –por más que resulte impecable desde un punto de vista formal–, con que la empresa acredite que la medida empresarial –en el caso el despido– no fue consecuencia del ejercicio de la acción judicial, sino tan sólo del resultado del pleito. Se trataba de un supuesto en el cual, reclamada por algunos trabajadores –que formalmente figuraban como operarios de una empresa subcontratada– su condición de trabajadores de la empresa principal y estimada –en última instancia por el Tribunal Supremo– tal condición, la mercantil principal procede a despedir a todos –tanto quienes habían formulado la reclamación judicial como a otros que no lo habían hecho– los trabajadores que hasta ese momento habían desempeñado servicios en tal régimen jurídico, pues manifiesta su voluntad que no quiere hacerse cargo de esos contratos laborales que hasta ese momento ella entendía que no le eran propios.

A juicio del Tribunal Constitucional, «siendo cierta y no discutida por las partes la causa del despido [la adquisición, por mor de la sentencia del Tribunal Supremo, de la condición de trabajadores propios de la empresa principal] de los demandantes de amparo, el presente supuesto no se identifica con aquellos casos en los que, bajo la causa de despido formalmente alegada, se encubre la vulneración de un derecho fundamental... Lo único que resta valorar es la legitimidad de dicha actuación desde la precisa perspectiva constitucional, pues desde la perspectiva legal la no adecuación de la misma al Estatuto de los Trabajadores ya fue sancionada por la sentencia del Tribunal Supremo impugnada en amparo, que decretó la improcedencia, aunque no la nulidad, de los despidos de los demandantes de amparo, condenando a la empresa demandada a las consecuencias legalmente previstas (art. 56 LET)...

En estos términos, no cabe entender que se haya lesionado la garantía de indemnidad *ex* artículo 24.1 CE...; 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 que prestaban servicio en dichos locutorios –lógicamente, para "bloquear el éxito previsible de otros procesos judiciales" de quienes aún no habían reclamado pero, a la vista del resultado favorable para sus compañeros, podían hacerlo ²²⁴–, con entera independencia de que los mismos hubieran instado o no una declaración judicial de laboralidad ²²⁵, y más allá de la circunstancia de que los despidos en cuestión hayan sido declarados improcedentes.

No debe olvidarse, por fin, y en este orden de consideraciones, que la doctrina de los despidos radicalmente nulos en cuanto producidos como consecuencia inmediata y directa del ejercicio de un derecho fundamental o de una libertad pública, en este caso del derecho a la tutela judicial efectiva, tiene su origen en supuestos en los que es posible constatar que el despido tiene lugar, no

²²³ *Contra*, considerando que la decisión del alto Tribunal es «bastante sensata y ajustada a la razón de ser y posibilidades de intervención de la justicia constitucional», GARCÍA MURCIA, J.: «Empleados en locutorios telefónicos (I)», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVIII, cit., pág. 334.

²²⁴ SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Garantía de indemnidad o inejecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos (Comentario a las SSTCo 196, 197 y 199/2000)», cit., pág. 33.

²²⁵ Lo cual diferencia este supuesto de otro en el cual tan sólo se procedió al despido de quienes habían planteado la acción judicial, STCo 101/2000, de 10 de abril.

como consecuencia del sentido de una determinada resolución judicial, sino ya por el mero ejercicio de la acción tendente a la declaración de laboralidad, a la que ya se acusa de transgresión de la buena fe contractual. Nada de ello ocurre en el presente supuesto, en el que de modo general, y como consecuencia de un cambio en la doctrina jurisprudencial, la empresa procede a una extinción generalizada de los correspondientes contratos de trabajo, por más que dichos despidos hayan sido judicialmente declarados improcedentes, aunque no nulos»²²⁶.

Cosa distinta, continúa planteando el Tribunal, y «quedando claro que no se lesiona la garantía de indemnidad, sería analizar si la referida decisión empresarial constituyó una forma de la denominada "inejecución indirecta"²²⁷, esto es, determinar si la actuación empresarial supone la modificación de los términos estrictos de la ejecutoria [es decir, de la sentencia del Tribunal Supremo mediante la que se declaró la condición de trabajadores propios de la empresa, cuya efectividad quedaba mortalmente herida con la adopción de los despidos], la reproducción total o parcial del acto anulado o la emisión de otros actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo... [Toda vez que] el derecho a la ejecución de la sentencia también integra el contenido esencial del derecho fundamental consagrado en el artículo 24 CE»²²⁸.

Quizá debiera, entonces, concluirse –y la consecuencia sería la misma–, que, si bien la decisión de la empresa no vulneró la garantía de indemnidad, sí lo hizo respecto al derecho a la ejecución de sentencias²²⁹, el cual, como consta, también integra el derecho a la tutela efectiva. Procede recordar, a este respecto, que «ante eventuales supuestos de comportamiento fraudulento o impeditivo de la eficacia de una resolución judicial firme, el órgano judicial viene obligado, por imperativo del artículo 24 CE, a adoptar las oportunas medidas de reacción, en orden a asegurar la efectividad del derecho fundamental»²³⁰.

Sin embargo, no lo entiende así el Tribunal Constitucional en el caso comentado, terminando con una declaración difícil de comprender²³¹: «el reconocimiento de que la decisión empresarial cuestionada [el despido de todos los trabajadores que se hallaban en la situación descrita] tuvo su origen en la referida doctrina unificada del Tribunal Supremo [la que les declaraba como trabajadores propios de la empresa principal], no implica automáticamente que esta decisión empresarial impida el cumplimiento de lo judicialmente decidido por aquella sentencia... Ello únicamente podría apreciarse si del propio contenido del fallo o de la fundamentación jurídica de la referida sentencia se

²²⁶ SSTCo 196, 197 y 199/2001, de 24 de julio.

²²⁷ Tal como la llama, entre otras, la STCo 167/1987, de 28 de octubre, también conocida como «ejecución simulada o insincera», STCo 125/1987, de 15 de julio.

²²⁸ SSTCo 196, 197 y 199/2001, de 24 de julio.

²²⁹ SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Garantía de indemnidad o inejecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos (Comentario a las SSTCo 196, 197 y 199/2000)», cit., pág. 40.

²³⁰ SSTCo 125 y 167/1987, de 15 de julio y 28 de octubre, respectivamente o 170/1999, de 27 de septiembre.

²³¹ «Demasiado directa y contundente, que da la impresión de separarse de alguno de sus pronunciamientos anteriores... en un tono más distanciado», GARCÍA MURCIA, J.: «Empleados en locutorios telefónicos (I)», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVIII, cit., págs. 338 y 339.

dedujera razonablemente la imposibilidad de que el empresario despidiera a los trabajadores... Sin embargo, ni del fallo ni de la fundamentación jurídica se deduce tal consecuencia, pues la citada sentencia... tan sólo declaró el derecho de los trabajadores a ser considerados fijos de plantilla, al resultar acreditado que quienes ostentaban formalmente la titularidad empresarial eran meros empresarios aparentes»²³².

Desafortunado razonamiento del Tribunal Constitucional, que permite, por tanto, al empresario realizar un «proceso penelopiano, en el que al tejer jurisdiccional [a través de una sentencia que trataba de salvaguardar los derechos de quienes prestaban sus servicios en unas condiciones harto precarias] sigue o puede seguir el destejer»²³³ del condenado. Quien esto escribe se pregunta cómo podría una sentencia reconocer que un trabajador forma parte de la plantilla de una empresa y, al tiempo, no llevar incorporado un mandato –al menos tácito, pero incuestionable– de que le incorpore a la misma y no le expulse de la organización productiva²³⁴. En tales circunstancias, considerar que tal despido es improcedente –porque, en eso sí que no puede caber duda, carece de causa alguna–, pero no alcanza la tacha de nulidad, pues no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva –ni en su manifestación de garantía de indemnidad, ni en la del derecho al cumplimiento del fallo– es tanto como negar la fuerza vinculante de las sentencias, con tanta solemnidad proclamada en el artículo 117 CE, afectando «a la propia esencia del Estado de Derecho»²³⁵, al inevitable principio de legalidad y, cómo no, a los valores superiores sobre los que se edifica el ordenamiento jurídico»²³⁶.

Piénsese en los desastrosos efectos que pueden derivar de la tolerancia mostrada en este supuesto por el Tribunal Constitucional, pues aunque el trabajador tenga a su favor «una doctrina jurisprudencial favorable a determinados intereses, podría verse compelido a no pleitear ante la amenaza de una reacción empresarial más gravosa para su situación (el despido), pudiendo el empresario además emplear tácticas fraudulentas tendentes a impedir la efectividad de la tutela judicial en las acciones ya iniciadas... La garantía de indemnidad es el más adecuado de los expedientes técnicos para dotar a los afectados de protección constitucional. Que no haya sido así en

²³² SSTCo 196, 197 y 199/2001, de 24 de julio.

²³³ Utilizando la referencia al tema del clásico Homérico, GIMENO SENDRA, V.: *Constitución y proceso*, Madrid (Tecnos), 1988, pág. 176 y DE LA OLIVA, A.: «Notas sobre la ejecución de sentencias en el proceso administrativo», *Documentación Administrativa*, 1974, págs. 23-26.

²³⁴ En similar sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «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 AA.VV.: *El Proceso Laboral. Estudios en Homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa*, cit., pág. 262.

²³⁵ Cuántas veces ha reconocido el Tribunal Constitucional, en otros pronunciamientos más certeros, que la ejecución de aquello previamente decidido por los Tribunales de Justicia es una manifestación de capital importancia para la efectividad del Estado Social y Democrático de Derecho proclamado en el artículo 1 CE y corolario obligado del derecho recogido en el artículo 24.1, hasta tal punto que «difícilmente podría hablarse de Estado de Derecho cuando no se cumplen las Sentencias y resoluciones judiciales», SSTCo 67/1984, de 7 de junio; 15/1986, de 31 de enero o, entre las más recientes, 110/1999, de 14 de junio y 73/2000, de 14 de marzo.

²³⁶ 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 SSTCo 140 y 168 de 1999», cit., pág. 127.

el presente caso sólo implica la opción por una noción más rígida [del Tribunal Constitucional], mientras que el ensanchamiento del instituto de la indemnidad soslayaría los indicados problemas de encaje»²³⁷.

III. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES ACERCA DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES LABORALES

Una vez elaborado el esqueleto de la garantía de indemnidad, a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, parece necesario terminar el presente trabajo apuntando una serie de reflexiones, ideas o, si se quiere, conclusiones, sobre la valoración que esta construcción jurídica y su utilización y aplicación en el marco de las relaciones laborales actuales merece.

En primer término, parece necesario recalcar lo acertado, en general, del planteamiento del Tribunal Constitucional a la hora de elaborarla, pues 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 empresa, máxime de considerar cómo «los supuestos caracterizados por el despido represivo de una acción procesal anterior parecen afectar, no sólo al derecho fundamental del demandante, sino que, asimismo, se acaba por disuadir a otros eventuales y potenciales litigantes»²³⁸.

Se retoma, de esta manera, la lucha decidida por acabar con los últimos reductos del llamado «feudalismo industrial»²³⁹ –mediante un supuesto «vínculo de vasallaje»²⁴⁰ entre trabajador y empresario–, de conformidad con el cual la empresa resultaría una especie de «minúsculo ordenamiento autoconcluso»²⁴¹ en el cual el empresario pudiera campar a su anchas e imponer su ley, perspectiva que «sirvió en su momento para dejar fuera de las puertas de la fábrica a los derechos fundamentales»²⁴².

²³⁷ SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Garantía de indemnidad o inejecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos (Comentario a las SSTCo 196, 197 y 199/2000)», cit., pág. 42.

²³⁸ 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 SSTCo 140 y 168 de 1999», cit., pág. 126.

²³⁹ Situación, por supuesto, ya superada tiempo ha, STCo 88/1985, de 19 de julio.

²⁴⁰ ROMAGNOLI, U.: «Weimar ¿y después?», en AA.VV.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid (Trotta), 1992, pág. 22.

²⁴¹ ROMAGNOLI, U.: «Autoridad y democracia en la empresa: teorías jurídico-políticas», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, 1975-1976, núms. 1-2, pág. 194.

²⁴² VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., págs. 278-279.

Además, con interpretaciones tan amplias y flexibles, «el Tribunal Constitucional logra dar, directa o indirectamente, una nueva orientación al despido nulo, recuperando y generalizando esta figura, un tanto devaluada desde que la reforma legal de 1994 redujera los supuestos de nulidad, convirtiendo la categoría en "exótica o extravagante"... Consigue, de alguna manera, limitar los efectos devastadores de una reforma legislativa que, intentando conseguir el equilibrio entre las facultades del empresario y las garantías de protección de los trabajadores, ha logrado descompensar el ordenamiento, sobredimensionando decididamente el poder del empleador»²⁴³.

Por otro lado, resulta gratificante comprobar cómo el planteamiento está teniendo «un rápido crecimiento»²⁴⁴ en la práctica forense, y tras un largo período en el que tan sólo muy de vez en cuando los Tribunales ordinarios se veían abocados a enfrentar el problema de la garantía de indemnidad²⁴⁵ [quizá porque era aún un planteamiento desconocido por los abogados a la hora de elaborar la estrategia defensiva de sus clientes, quizá por la tradicional «desgana» de los tribunales ordinarios a la hora de proteger los derechos fundamentales ante el «monopolio interpretativo del Tribunal Constitucional»²⁴⁶], cada vez es mayor el número de supuestos en los cuales se invoca esta garantía y los Órganos de lo Social se plantean y resuelven si una determinada medida perjudicial para el trabajador lo era como represalia a una acción encaminada a reclamar algún tipo de derecho laboral, en cuyo caso declaran esa medida (generalmente, un despido) nula por contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con las más graves consecuencias aparejadas por el ordenamiento jurídico a tal calificación²⁴⁷, o, por el contrario, no cabía

²⁴³ Citando una intervención oral de DE LA VILLA GIL, L. E., LÓPEZ CUMBRE, L.: «Despido con vulneración de la tutela judicial efectiva», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, cit., pág. 192.

²⁴⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.; MORALES ORTEGA, J. M. y PÉREZ YÁÑEZ, R. M.ª: «El contenido del artículo 24 CE en la jurisprudencia constitucional 2001/2002: continuidad básica con variaciones», cit., pág. 55.

²⁴⁵ Por mencionar alguno de los escasos ejemplos en los que los Tribunales laborales enfrentan la cuestión durante los años inmediatamente posteriores a la primera elaboración por el Tribunal Constitucional, las SSTSJ Galicia 21 diciembre 1993 (Ar. 5217), Galicia 27 enero 1995 (Ar. 155), Castilla-La Mancha 16 junio 1995 (Ar. 2593), Castilla-La Mancha 14 diciembre 1995 (Ar. 4681), Galicia 30 septiembre 1996 (Ar. 2784), Navarra 18 diciembre 1996 (Ar. 3948), Asturias 20 diciembre 1996 (Ar. 4036), Madrid 14 mayo 1998 (Ar. 1777) o La Rioja 19 mayo 1998 (Ar. 1410).

²⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La aplicación de la Constitución por la Jurisdicción Laboral», *RL*, T. I, 1992, pág. 67.

²⁴⁷ SSTSJ Asturias 15 enero 1999 (Ar. 31), Madrid 26 enero 1999 (Ar. 92), Cataluña 8 febrero 1999 (Ar. 887), País Vasco 9 febrero 1999 (Ar. 2046), Asturias 23 julio 1999 (Ar. 2220), Cantabria 23 septiembre 1999 (Ar. 3583), Cantabria 28 septiembre 1999 (Ar. 6657), Asturias 12 noviembre 1999 (Ar. 3642), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 12 abril 2000 (Ar. 2138), País Vasco 23 mayo (Ar. 3295), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 25 mayo 2000 (Ar. 2021), Murcia 30 mayo 2000 (Ar. 1736), Cataluña 31 mayo 2000 (Ar. 1937), País Vasco 26 septiembre 2000 (Ar. 2830), Aragón 30 octubre 2000 (Ar. 4101), Galicia 21 noviembre 2000 (Ar. 3862), Galicia 7 diciembre 2000 (Ar. 4213), Madrid 16 enero 2001 (Ar. 543), Asturias 12 marzo 2001 (Ar. 334), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 15 abril 2001 (Ar. 2364), Extremadura 11 julio 2001 (Ar. 3402), País Vasco 23 octubre 2001 (Ar. 4640), Cataluña 13 noviembre 2001 (Ar. 510/2002), Castilla-La Mancha 15 noviembre 2001 (Ar. 2221/2002), Galicia 17 noviembre 2001 (Ar. 24/2002), Comunidad Valenciana 12 diciembre 2001 (Ar. 3191/2002), La Rioja 20 diciembre 2001 (Ar. 258/2002), Madrid 21 diciembre 2001 –dos– (Ar. 485 y 486/2002), País Vasco 15 enero 2002 (Ar. 2400), Madrid 31 enero 2002 (Ar. 916), Asturias 1 febrero 2002 (Ar. 218), Cataluña 17 abril 2002 (Ar. 2112), Cataluña 18 abril 2002 (Ar. 1912), Cataluña 3 mayo 2002 (Ar. 2118), Cataluña 6 mayo 2002 (Ar. 2024), Cataluña 8 mayo 2002 (Ar. 2124), Madrid 14 mayo 2002 (Ar. 2368), Cataluña 17 mayo 2002 (Ar. 2135) o Aragón 25 noviembre 2002 (Ar. 3545).

apreciar ninguna relación entre una y otra, en cuyo caso la medida era declarada, ya procedente o justificada, si quedaba acreditada la justa causa que la había motivado²⁴⁸, ya, incluso –y siguiendo fielmente las reglas sobre distribución del *onus probandi* en materia de tutela de derechos fundamentales–, improcedente o injustificada, cuando aun no habiendo sido probada la causa en la cual se justificaba su adopción, el empresario conseguía presentar un panorama, objetivo y razonable, que permitía concluir que su adopción no tuvo nada que ver con el ejercicio previo por el trabajador de acciones tendentes a reclamar sus derechos, con lo cual no se había producido la lesión del derecho fundamental consagrado en el artículo 24 CE²⁴⁹.

En fin, aun cuando algunos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional analizados «pudieran resultar francamente mejorables, de darse escenarios más comprometidos»²⁵⁰, cabe reconocer que «los perfiles [de la garantía de indemnidad] están suficientemente definidos, no obstante quede recorrido potencial en la delimitación de la cobertura que ofrece... Que el Tribunal Constitucional no haya llegado aún más lejos no significa que carezca el instituto de mayores potencialidades... [lo cual fuerza a abogar por] su ensanchamiento, dando protección a los resultados de la acción judicial y asegurando la efectividad futura de la resolución firme del proceso»²⁵¹.

Justamente uno de esos avances parece haberse producido, y es algo significativo que vaticina un posible crecimiento de la cobertura proporcionada por esta figura, en el último de los pronunciamientos en los que, hasta la fecha, ha analizado la cuestión. En el caso, las trabajadoras que habían ganado en la instancia la declaración de improcedencia de su despido instan la ejecución provisional de la sentencia durante la sustanciación del recurso interpuesto por el empresario, ante lo cual éste, si bien las acepta en la organización productiva, procede a trasladarlas a un centro de trabajo sito en localidad distinta a aquella donde venían prestando sus servicios. Ante tal tesitura, el órgano *a quo* dicta, a petición de las interesadas, auto decidiendo que, mientras se daba tramitación al mencionado recurso, «continuara el abono de salarios sin contraprestación por parte de las acto-

²⁴⁸ SSTSJ Madrid 22 julio 1999 (Ar. 3523), Galicia 20 abril 2001 (Ar. 740), Andalucía/Málaga 27 abril 2001 (Ar. 1837), Madrid 11 julio 2001 (Ar. 3862), Andalucía/Málaga 13 julio 2001 (Ar. 3789), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 19 octubre 2001 (Ar. 4646), País Vasco 30 octubre 2001 (Ar. 1119/2002), Comunidad Valenciana 8 noviembre 2002 (Ar. 3139/2002), Castilla y León/Valladolid 13 noviembre 2001 (Ar. 4543) o Cataluña 12 septiembre 2002 (Ar. 3071).

²⁴⁹ SSTSJ Comunidad Valenciana 29 julio 1999 (Ar. 4858), Aragón 22 noviembre 1999 (Ar. 3690), Comunidad Valenciana 10 febrero 2000 (Ar. 2304), Andalucía/Granada 20 junio 2000 (Ar. 3799), Cataluña 3 noviembre 2000 (Ar. 1116/2001), Andalucía/Granada 18 diciembre 2000 (Ar. 969/2001), País Vasco 27 marzo 2001 (Ar. 851), Extremadura 25 abril 2001 (Ar. 1617), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 31 mayo 2001 (Ar. 2267), Madrid 12 julio 2001 (Ar. 2940), Cataluña 12 diciembre 2001 (Ar. 751/2002), Andalucía/Málaga 22 marzo 2002 (Ar. 2644), Madrid 21 mayo 2002 (Ar. 2374) o Galicia 19 septiembre 2002 (Ar. 2693).

²⁵⁰ 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 SSTCo 140 y 168 de 1999», cit., pág. 137.

²⁵¹ SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Garantía de indemnidad o inexecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos (Comentario a las SSTCo 196, 197 y 199/2000)», cit., págs. 35 y 39 y 44. Para otros autores, sin embargo, «ni la garantía de indemnidad, ni el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales gozan de unos contornos claros y precisos, y, por consiguiente, pueden ser objeto de diferentes tomas de posición acerca de su contenido», GARCÍA MURCIA, J.: «Empleados en locutorios telefónicos (I)», en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVIII, cit., pág. 339.

ras». No obstante lo anterior, el empresario reitera su orden de traslado y las insta a incorporarse al nuevo centro de trabajo y, ante su negativa, las sanciona por desobediencia con una suspensión de empleo y sueldo de cincuenta días.

Frente a dicha sanción las actoras promueven demanda por violación de derechos fundamentales y, en última instancia y en amparo, la cuestión llega ante el Tribunal Constitucional, quien dicta una muy interesante sentencia en la cual reconoce que la sanción es nula de pleno derecho, en primer lugar, «por constituir una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales... pues supone una contumaz postura de desobediencia hacia las decisiones del órgano judicial... pero también desde la perspectiva de la garantía de indemnidad... [pues] la actuación empresarial, aparte de desatender la resolución judicial referida, no podía tener otra finalidad que la de adoptar una medida de represalia contra aquellas trabajadoras por el hecho de haber acudido al juzgado de lo social discutiendo la forma en que la empresa debía llevar a cabo la ejecución provisional de la sentencia de despido»²⁵².

Parece así quedar amparada por el alto Tribunal una situación que pudiera denominarse como de «desobediencia legítima», cual es la posibilidad de desoír los mandatos empresariales –probablemente legítimos en otro caso– que contradigan o desconozcan lo dispuesto en alguna resolución judicial declarativa de derechos del trabajador.

Semejante perspectiva podría resultar de aplicación, *mutatis mutandis*, a ámbitos tan dispares como el de la sentencia que fijara la fecha de vacaciones cuando el empresario no estuviere dispuesto a consentir al trabajador disfrutarlas en tal época o, incluso, el de la situación de traslado o modificación sustancial de condiciones de trabajo cuando, tras la declaración judicial de nulidad, el empresario se mostrase renuente a retornar al trabajador a las condiciones de trabajo de origen, pudiendo éste negarse a desempeñar tareas durante las fechas fijadas en la sentencia para su descanso anual en el primer caso, o a desempeñar esos «servicios modificados» y mantenidos en contra del criterio judicial en el segundo.

El deber de obediencia laboral –recuérdese– lo es en tanto en cuanto la orden emanada sea regular²⁵³, y difícilmente merecerá tal consideración un mandato desconocedor del contenido de una resolución judicial. En consecuencia, cualquier medida adoptada por quien proporciona empleo

²⁵² STCo 5/2003, de 20 de enero.

²⁵³ Por clásicas, las consideraciones efectuadas al respecto por MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, cit., págs. 72 y ss.; PÉREZ DEL RÍO, M.ª T.: «La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida», *PJ*, núm. 6, 1987, pág. 201; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Obediencia debida y desobediencia justificada», *RL*, núm. 2, 1988, págs. 2 y ss.; ROMÁN DE LA TORRE, M.ª D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid (Grapheus), 1992, pág. 351; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Deber de obediencia y despido por desobediencia», *REDT*, núm. 87, 1998, págs. 73 y ss.; RIVERO LAMAS, J.: «Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral», en AA.VV.: (MONEREO PÉREZ, J.L., Coord.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), 1998, pág. 314; MÉNDEZ HOLGADO, J.: «Criterios jurisprudenciales sobre la desobediencia e indisciplina y las ofensas como causa de despido», *REDT*, núm. 94, 1999, pág. 297 o, por terminar con quien se empezó, MONTOYA MELGAR, A.: «Dirección de la actividad», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. V, cit., págs. 137 y ss. o «El poder de dirección del empresario», *REDT*, núm. 100, 2000, págs. 507 y ss.

como respuesta –directa o camuflada bajo forma de represalia– a la negativa a acatar semejante mandato merecería el reproche de nulidad, por lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva –en su doble manifestación de derecho a que el fallo judicial se cumpla y garantía de indemnidad–, quedando la contraparte facultada para impugnarla ante la jurisdicción social.

Satisfactorias, pues, las consecuencias que actualmente se derivan de la garantía de indemnidad, en tanto tratan de asegurar la efectividad de todos los derechos laborales –sustantivos– de los trabajadores a través de la protección de la facultad –adjetiva– de su ejercicio; inagotables e, incluso, inimaginables las que aún estén por venir, de las cuales alguna muestra señera comienza a alumbrar un panorama que no siempre fue tan claro como ahora lo es.