

DIEGO ÁLVAREZ ALONSO

*Becario F.P.U. del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Departamento de Derecho Privado y de la Empresa. Universidad de Oviedo.*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2005** en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Pere CARRERA BONADONA, don José Ignacio GARCÍA NINET, don Rafael ORTIZ CERVELLO, don Francisco PÉREZ DE LOS COBOS, don SALVADOR DEL REY GUANTER y doña Mar SERNA CALVO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

Es una máxima jurídica aparentemente evidente que todo derecho correctamente ejercido debe ser respetado y de ningún modo puede acarrear sanciones u otras consecuencias negativas para su titular. En este sentido, parece claro que el reconocimiento de un derecho debe entrañar no sólo la posibilidad de ejercitarlo, sino también la tutela de quien lo ejercita frente a eventuales represalias que los afectados por dicho ejercicio pudieran adoptar en su contra. Esto es algo a lo que las normas jurídicas no suelen hacer referencia expresa, pues se entiende que va de suyo que quien tiene derechos puede gozar de ellos y esgrimirlos frente a quien corresponda sin sufrir por tal motivo perjuicio alguno.

Sin embargo, tal presuposición se viene demostrando un tanto precipitada en el ámbito de la relación de trabajo, donde, como es sabido, los sujetos contratantes no suelen ocupar posiciones de paridad. Esa desigual posición de las partes comporta un cierto riesgo de que el empre-

.../...

.../...

sario se sirva de su situación fáctica de ventaja y de las importantes facultades de autotutela que el ordenamiento le reconoce con el fin de obstaculizar o reprimir el ejercicio de derechos por parte de sus empleados. Por ello, la tutela jurídica del trabajador subordinado y dependiente no puede agotarse en el establecimiento de derechos sustantivos, ya que éstos se podrían convertir fácilmente en papel mojado si no se acompañaran de garantías adecuadas que permitan a la parte débil del contrato ponerse a cubierto frente a eventuales medidas empresariales de retorsión.

A la necesidad –ya apremiante– de este tipo de garantías ha empezado a responder el ordenamiento jurídico a partir de los años noventa del pasado siglo, dotándose de algunos mecanismos tuitivos cuyo objeto es precisamente hacer frente a las mencionadas conductas empresariales tendentes a mermar los derechos legalmente reconocidos a los trabajadores. En efecto, bien mediante la inclusión de previsiones específicas en la legislación, bien por vía jurisprudencial, han ido apareciendo en nuestro Derecho nuevas garantías que pretenden asegurar la intangibilidad del trabajador en el ejercicio de concretos y determinados derechos.

Así, en primer lugar, la jurisprudencia constitucional ha consolidado la idea de que los poderes empresariales no pueden utilizarse para sancionar o reprimir el ejercicio de derechos fundamentales por los trabajadores, de suerte que aquellos actos o decisiones de la empresa que constituyan una represalia por el ejercicio de un derecho fundamental deben ser declarados nulos y sin efecto alguno, reparando íntegramente la lesión ocasionada. Así pues, los derechos fundamentales, en general, vienen acompañados de una garantía frente a sanciones o menoscabos en el ámbito de las relaciones públicas o privadas de su titular, una garantía que asegura a la persona del trabajador indemnidad o inmunidad en el disfrute de sus derechos y que prohíbe la utilización de los poderes empresariales para la adopción de medidas de retorsión contra los trabajadores que los ejerciten.

En segundo lugar, desde una perspectiva mucho más específica, el Tribunal Constitucional ha elaborado –a partir del derecho a la tutela judicial efectiva– una garantía concretamente dirigida a proteger al trabajador que litiga contra su empresario frente a consecuencias perjudiciales que tal actuación pudiera acarrearle, que ha recibido el nombre de *garantía de indemnidad*.

Por último, en paralelo al desarrollo jurisprudencial de dicha garantía de indemnidad, nuestras leyes laborales más modernas han ido incorporando al ordenamiento ciertas cláusulas de salvaguarda del ejercicio de determinados derechos laborales que, de algún modo, se asemejan a aquélla. En este sentido, analizando «transversalmente» nuestro ordenamiento laboral, pueden hallarse diversos preceptos indisolublen-

.../...

.../...

te ligados al reconocimiento de concretos y variados derechos sustantivos y cuyo objeto es proteger al trabajador que ejerza el derecho en cuestión frente a un posible despido y, en ocasiones, también frente a otros perjuicios que pudiera sufrir a causa de ello. Se trata de garantías muy específicas que se encuentran diseminadas por distintas parcelas del ordenamiento laboral aparentemente muy alejadas entre sí desde un punto de vista material o sustantivo. Así, pueden encontrarse garantías frente a represalias empresariales vinculadas al principio de igualdad y a la normativa antidiscriminatoria, a los derechos sindicales y a la representación de los trabajadores, a la normativa de tutela del embarazo y la maternidad, a los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, a las recientes medidas laborales de protección de las víctimas de violencia de género, a la prevención de riesgos laborales y a ciertos aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Pues bien, de todo ello pretende dar cuenta el presente estudio, analizando el contenido y régimen jurídico de todos y cada uno de esos diversos cauces de tutela del trabajador frente a represalias empresariales, poniendo de manifiesto asimismo las semejanzas, diferencias, relaciones y concomitancias entre todo ese variado y disperso conjunto de garantías adjetivas de la posición del trabajador subordinado en el disfrute de sus derechos.

Sumario:

Introducción.

- I. Derechos fundamentales y represalias empresariales.
- II. La garantía de indemnidad *stricto sensu* del artículo 24.1 CE.
- III. Otros instrumentos de protección próximos a la garantía de indemnidad.
 1. La garantía de indemnidad asociada al principio de igualdad y no discriminación.

2. La garantía de indemnidad sindical.
 3. Garantías de los representantes de los trabajadores frente a despidos, sanciones y otros actos discriminatorios.
 4. La garantía de indemnidad conectada al derecho a comunicar información veraz: el trabajador que testifica contra su empresa.
 5. Garantías en torno al embarazo, la maternidad y los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral.
 6. Garantías de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género.
 7. La garantía de indemnidad en la paralización de trabajos por riesgo grave e inminente de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
 8. Garantías del carácter bilateral y voluntario de los pactos individuales sobre el tiempo de trabajo.
- IV. Algunas reflexiones finales: ¿hacia una garantía de indemnidad del trabajador de carácter global?

INTRODUCCIÓN

Cuando una persona ingresa en una organización empresarial como trabajador a su servicio, es claro que lo hace en condiciones de subordinación y dependencia, tanto desde una perspectiva económica o sociológica, como desde un punto de vista jurídico. Desde este último enfoque, la aceptación del marco contractual por parte del empleado implica, naturalmente, su inserción en el círculo rector del empresario, quedando sometido a las órdenes, instrucciones y decisiones que éste adopte en ejercicio de su poder de dirección de la actividad empresarial y de las facultades organizativas, de control y disciplinarias que lo integran ¹. Todo ello configura una relación contractual caracterizada por la desigualdad entre las partes, una de las cuales, el empresario, se sitúa en una posición de superioridad, no sólo por razones económicas, sino también porque cuenta con importantes posibilidades jurídicas de autotutela de sus intereses en el marco del contrato de trabajo. Por ello se dice que la relación laboral es, en cierta medida, una relación de poder, en la que la empresa –en cuanto poder privado– supone una real amenaza para los derechos del trabajador ².

La finalidad última del Derecho del Trabajo es precisamente compensar de algún modo la desigualdad de las partes del contrato de trabajo, tutelando la posición del «contratante débil», el trabajador ³. Ahora bien, esta función no se agota en el establecimiento de derechos sustantivos a favor de los asalariados, pues mal podrían ser efectivos aquéllos si no se acompañaran de garantías y mecanismos adjetivos para asegurar su tutela. En efecto, existe un cierto riesgo de que aquella posición de supremacía jurídica y fáctica del empresario se convierta en un obstáculo a la eficacia real de los derechos que el propio ordenamiento reconoce expresamente a los trabajadores. Si se permitiera al empleador servirse torticeramente de los poderes y facultades que la legislación le reconoce para adoptar represalias contra los empleados que ejerciten activamente sus derechos, induciendo a los demás a abstenerse de ello por temor a alguna forma de castigo, la normativa laboral –por ambiciosa que fuera en el plano sustantivo– quedaría convertida en papel mojado. Por tanto, para una tutela del trabajo subordinado verdaderamente eficaz se requiere la interdicción de este tipo de conductas empresariales de retorsión por el ejercicio de derechos.

¹ Vid. A. PEDRAJAS MORENO: «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio», *AL*, núm. 4 (2000), págs. 52 y 53; y A.V. SEMPERE NAVARRO Y C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI: *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 44.

² Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en VV.AA. (J. APARICIO TOVAR Y A. BAYLOS GRAU, Coord.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, pág. 27.

³ Sobre las finalidades tuitiva y compensadora del Derecho del Trabajo vid. E. BORRAJO DACRUZ: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, págs. 109 y 110; y A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ SANUDO y J. GARCÍA MURCIA: *Derecho del Trabajo*, 13.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, págs. 57 y ss.

Sin embargo, con excepción de alguna parcela ligada a la defensa colectiva de intereses de los trabajadores y al fenómeno sindical, los mecanismos de protección de nuestro Derecho ante tales conductas represivas del empresario eran bastante difusos e incompletos hasta tiempos bien recientes. Es verdad que, desde el punto de vista *sustantivo*, nuestro Derecho del Trabajo ampara razonablemente la posición del trabajador subordinado, encauzando jurídicamente el ejercicio de los poderes empresariales y situando al margen de la legalidad los abusos o desviaciones en el uso de aquéllos. Pero, en el plano *adjetivo*, la situación venía siendo bastante más difusa, pues, hasta hace poco, seguían existiendo en nuestro ordenamiento amplios resquicios a través de los cuales podrían filtrarse actitudes de represalia o coacción por parte del empleador contra aquellos trabajadores que intentaran llevar a cabo una defensa activa de los derechos que teóricamente les asisten.

De este modo, no era infrecuente que actuaciones del trabajador encaminadas a la defensa individual de sus derechos condujeran a una respuesta de represalia por parte de la empresa que terminara por empeorar la situación de aquél, pues, aunque tal comportamiento empresarial es indudablemente antijurídico, el ordenamiento carecía de instrumentos eficaces para purgar la relación laboral de todos los efectos nocivos de estas conductas. Así, por ejemplo, el despido de un trabajador como represalia por haber ejercitado una acción judicial contra su empleador, aun declarado improcedente con la consiguiente obligación de indemnizar, acabaría suponiendo la pérdida efectiva del puesto de trabajo para el trabajador reclamante, con lo que no sólo se consolidaría el efecto represivo pretendido en la esfera jurídica del afectado, sino también un efecto disuasorio más general sobre el eventual ejercicio de acciones por parte de otros trabajadores, que se verían condicionados por el miedo a perder el empleo. Y lo mismo podría ocurrirle al trabajador que testificara en un proceso contra su empresa, al que se negara a aceptar una propuesta unilateral del empresario de transformación de un contrato celebrado a tiempo completo en trabajo a tiempo parcial o al que decidiera acogerse a alguno de los permisos y demás derechos establecidos para la conciliación de la vida familiar y laboral, por poner algún botón de muestra. Téngase en cuenta, además, que el despido no es la única forma de represalia al alcance del empresario, que podría disponer con finalidad igualmente espuria de otras medidas más sutiles en relación con las cuales las formas legalmente establecidas de impugnación y reparación de los perjuicios sufridos son aún menos claras: traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, postergaciones en la promoción profesional, etc.

Teniendo esto en cuenta, no es de extrañar que las críticas más habituales que en nuestros días se hacen al Derecho del Trabajo se centren precisamente en su escasa eficacia, debida, en buena medida, a la falta de exigencia de los derechos que legalmente les asisten por parte de los trabajadores, atenazados por el temor a la pérdida del puesto de trabajo o a algún otro perjuicio en sus intereses profesionales⁴. Es, por tanto, una necesidad manifiesta la de consolidar los mecanismos adje-

⁴ Citando a R. TASCÓN LÓPEZ, «ésta es una de las objeciones que, muchas veces, suele ser formulada frente al *iustlaboralista*: 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 *quasi* alimenticio del crédito laboral, se ve abocado a inactuar aquellos derechos tan grandilocuentemente proclamados en el ordenamiento» (cfr. «La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un "nuevo" contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF. Núm. 251 (2004), pág. 145.

tivos de protección o garantía de la posición jurídica del trabajador frente a eventuales represalias empresariales, asegurando que el lícito ejercicio de derechos laborales no comporte perjuicios o menoscabos motivados por una suerte de venganza empresarial, principio elemental que, no obstante, todavía no es una realidad plenamente tangible.

En este sentido, aunque es cierto que aún queda margen para ulteriores avances, es preciso reconocer que nuestro ordenamiento jurídico se ha ido dotando últimamente de importantes mecanismos tuitivos frente a las posibles conductas empresariales tendentes a mermar los derechos legalmente reconocidos a los trabajadores que antes se han descrito. En efecto, bien mediante la inclusión de previsiones específicas en la legislación, bien por vía jurisprudencial, han ido apareciendo en nuestro Derecho nuevas garantías que pretenden asegurar la intangibilidad del trabajador en el ejercicio de concretos y determinados derechos.

Así, en primer lugar, al hilo de la resolución de casos concretos de despidos en los que resultaba evidente la existencia de una represalia empresarial contra el trabajador motivada por el previo ejercicio por éste de alguna acción judicial contra la empresa, el Tribunal Constitucional (TC) ha ido elaborando, a partir del derecho a la tutela judicial efectiva, una doctrina encaminada a establecer una especie de inmunidad a favor del empleado que litiga contra su empresario, amparándole frente a consecuencias perjudiciales que tal actuación pudiera acarrearle. De este modo, se ha ido fraguando en la jurisprudencia del constitucional una garantía concreta y específicamente dirigida a proteger de eventuales castigos posteriores al trabajador que entabla un procedimiento judicial contra su empleador, y que ha recibido el nombre de *garantía de indemnidad*.

Sin embargo, es claro que el planteamiento de litigios no es la única actuación del trabajador capaz de desencadenar situaciones de venganza o represalia en el ámbito de la empresa, pues es fácil imaginar (o, simplemente, constatar) actuaciones empresariales encaminadas a reprimir o castigar al trabajador por motivos muy diversos, no sólo por razones de afiliación sindical, ideológicas, u otras análogas, sino también, por ejemplo, como consecuencia del ejercicio de sus derechos de conciliación de la vida familiar y laboral o de la puesta en práctica de ciertas medidas de prevención de riesgos laborales que supongan alterar el normal desarrollo de la actividad laboral.

Por ello, en paralelo al desarrollo jurisprudencial de la garantía de indemnidad vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva, nuestras leyes laborales más modernas han ido incorporando al ordenamiento nuevas garantías específicas de protección del trabajador ante posibles represalias empresariales. Así, por ejemplo, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) establece que los trabajadores o sus representantes no podrán sufrir perjuicio alguno como consecuencia de la paralización de la actividad por riesgo grave e inminente para su seguridad o salud⁵; la Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral ha incluido en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, ET y LPL, respectivamente) previsiones sobre la nulidad del despido como consecuencia del disfrute de los permisos parentales⁶; mediante el Real

⁵ Artículo 21.4 LPRL.

⁶ Artículos 53.4 b) y 55.2 b) ET y 108.2 y 122.2 LPL.

Decreto-Ley 15/1998 se han integrado en la redacción del artículo 12 ET dos prohibiciones de represalias empresariales a propósito de la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial ⁷ y de la realización de horas complementarias ⁸; y, recientemente, la Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social ha incorporado expresamente al artículo 17 ET la declaración de nulidad de las decisiones empresariales que supongan un trato desfavorable a los trabajadores como reacción ante reclamaciones o acciones judiciales destinadas a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación ⁹.

A todo ello habría que añadir que la protección de la esfera individual de la persona del trabajador se ha visto muy reforzada por el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo. Como es sabido, según una doctrina constitucional ya consolidada y recogida hoy en diversos preceptos de la legislación laboral, los poderes empresariales no pueden utilizarse para sancionar o reprimir el ejercicio de derechos fundamentales por los trabajadores, de suerte que aquellos actos o decisiones empresariales que constituyan una represalia por el ejercicio de un derecho fundamental deben ser declarados nulos, reponiendo la situación al momento anterior a la materialización del comportamiento lesivo ¹⁰. Así pues, los derechos fundamentales, en general, vienen acompañados de una garantía frente a sanciones o menoscabos en el ámbito de las relaciones públicas o privadas de su titular, una garantía que asegura a la persona del trabajador indemnidad o inmunidad en el disfrute de sus derechos y que prohíbe la utilización de los poderes empresariales para la adopción de medidas de retorsión contra los trabajadores que los ejerciten. Con ello viene a colmarse la necesidad largamente sentida de evitar que la dependencia o subordinación del empleado se traduzca en un despojo de los bienes personales, espirituales o morales del empleado ¹¹.

Si lo anterior es predicable de la generalidad de los derechos fundamentales, en particular, adquiere especial relieve en el caso de la libertad sindical del artículo 28.1 de la Constitución (en

⁷ Artículos 12.4 e) ET.

⁸ Artículos 12.5 h) ET.

⁹ Actuando como norma de transposición del Derecho Comunitario (en concreto, de la Directiva 2000/78/CE, sobre establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación), el artículo 37.cuatro de la Ley 62/2003 da al artículo 17.1 ET la siguiente redacción (se subraya la nueva referencia a la nulidad de las represalias): «Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español. *Serán igualmente nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación*».

¹⁰ Entre otras muchas, SSTC 38/1981, 55/1983, 120/1983, 47/1985, 88/1985, 104/1987, 166/1988, 6/1998, 114/1989, 135/1990, 197/1990, 21/1992, 266/1993, 99/1994, 106/1996, 1/1998 y 20/2002.

¹¹ Ya a finales del siglo XIX, A. MENGER señalaba que el trabajo asalariado «[...] adquirirá un carácter propiamente humano, únicamente mediante la disposición de que los derechos del patrono tendrán un límite, ante el uso propio de los bienes personales del obrero», por lo que al empresario debiera imponérsele el deber de «[...] cuidar de que en la relación de servicios no sufra perjuicio en la vida, en el cuerpo, en la salud, en las fuerzas, en el honor y en la moralidad, el obrero» (cfr. *El derecho civil y los pobres*, trad. de J.L. MONEREO PÉREZ, Comares, Granada, 1998, págs. 284 y 286).

adelante, CE). Como viene señalando últimamente el TC, el derecho de libertad sindical incluye también una específica *garantía de indemnidad* que proscribe las represalias por razón de afiliación o actividad sindical¹². Dicha garantía genérica emanada directamente del artículo 28.1 CE se suma a las ya tradicionales previsiones legales de tutela de la posición y de la actividad del sindicato, de los representantes sindicales y unitarios y del derecho de huelga, conformando un complejo entramado jurídico de salvaguarda en torno a la defensa colectiva de intereses de los trabajadores, que cuenta con un claro respaldo frente a injerencias o actitudes represivas por parte de la empresa.

En fin, a la vista de todo lo dicho, cabe preguntarse cuáles son las similitudes y diferencias, los espacios comunes y las fronteras o límites entre los ámbitos protegidos por los distintos mecanismos de tutela a que se ha hecho referencia. ¿Tienen un carácter aislado o, por el contrario, se trata de distintos eslabones dentro de una misma cadena orientada a la protección de la persona del empleado frente a las represalias empresariales? Quizá esos diversos institutos jurídicos sean manifestaciones del progresivo avance del ordenamiento laboral hacia el establecimiento de una *garantía «integral» o global de indemnidad* en torno a la posición del trabajador dependiente, partiendo de la premisa de que, dadas las condiciones de subordinación en que se desarrolla la actividad laboral, los derechos reconocidos desde el punto de vista «sustantivo» a los trabajadores sólo alcanzarán efectividad plena si se asegura que de su ejercicio o de su defensa por los cauces oportunos no se derivará perjuicio alguno en su relación contractual, impidiendo que los poderes empresariales puedan ser utilizados como instrumentos de castigo o represalia. O quizá se trate de realidades jurídicas de distinta naturaleza y con distinto fundamento entre las que carece de sentido buscar algún tipo de ligazón más allá de coincidencias puntuales. Seguramente, sería un tanto prematuro o pretencioso, incluso, dar una respuesta inequívoca en estas páginas a tan ambiciosos interrogantes. Pero, en todo caso, se tratará de aportar algo de luz (que no la total claridad) mediante el estudio del contenido, régimen jurídico y limitaciones de cada una de dichas garantías y de las posibles relaciones y concomitancias entre ellas.

I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y REPRESALIAS EMPRESARIALES

En el lenguaje ordinario, la indemnidad es, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el «estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio», y ése es precisamente el sentido que debe darse a tal término en el ámbito jurídico, en el que significa exención de sanciones o represalias para quien ejerce un derecho o hace valer sus posiciones jurídicas. De acuerdo con dicha definición, podría decirse que la generalidad de los derechos fundamentales cuenta a su favor con una garantía de indemnidad, ya que a todos ellos acompaña, como colofón, la prohibición de cualquier perjuicio o menoscabo que se infiera como consecuencia su lícito ejercicio¹³.

¹² SSTC 197/1990, FJ 3; 87/1998, FJ 3; 191/1998, FJ 4; 201/1999, FJ 4; 30/2000, FJ 2; 265/2000, FJ 5; 44/2001, FJ 3; 173/2001, FJ 5; 214/2001, FJ 4; y 185/2003, FJ 6.

¹³ Vid. A. NICOLÁS FRANCO: «La garantía de indemnidad. Breve comentario con ocasión de la STC 265/2000, de 13 de noviembre», *AS*, núm. 19 (2001), pág. 35.

Admitida hoy generalmente la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* (*Drittwirkung der Grundrechte*)¹⁴, incluida la laboral¹⁵, lo anterior significa que los particulares no pueden prevalerse de sus situaciones jurídicas de ventaja para reprimir el ejercicio de derechos constitucionales por los demás y, en particular, en lo referente a la relación de trabajo, implica que los poderes y facultades empresariales no pueden utilizarse con la finalidad de adoptar represalias contra los trabajadores que hayan ejercitado legítimamente tales derechos. Como es sabido, hace ya tiempo que la jurisprudencia del TC viene apuntalando esta idea, calificando como nula (con nulidad *ex tunc*) toda medida pública o privada sancionadora del ejercicio de un derecho fundamental. Más concretamente, en el ámbito laboral, es ya doctrina constitucional consolidada que los despidos y demás actos o decisiones empresariales discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales deben ser declarados nulos y sin efecto alguno¹⁶. De este modo, siempre que un dere-

¹⁴ No se trata aquí de extenderse sobre el tema de la *Drittwirkung* y las diversas teorías al respecto. Sobre el particular, puede consultarse la siguiente bibliografía: R. ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, págs. 506 y ss.; T. QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981; A. PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 22 y ss.; A. PÉREZ LUÑO: *Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 312 y ss.; J. GARCÍA MURCIA: «Artículo 44», en VV.AA. (J.L. REQUEJO PAGÉS, Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, TC/BOE, Madrid, 2001, págs. 728 y ss.; VV.AA., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 101 y 189 y ss.; J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ-BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986; J.F. LÓPEZ AGUILAR, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, págs. 31 y ss.; R. NARANJO DE LA CURZ: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, BOE y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 161 y ss.; J.N. BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, BOE, Madrid, 1997; A. JULIO ESTRADA: *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, págs. 87 y ss. Desde la óptica del Derecho del Trabajo, vid. M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, 22.ª ed., Civitas, Madrid, 2004, págs. 784 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 260 y ss.; F. VALDÉS DAL-RÉ: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», cit., págs. 41 y ss.; J. RIVERO LAMAS: «Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional», en VV.AA. (A. MONTOYA MELGAR, Coord.), *El trabajo y la Constitución*. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 491 y ss.; M.C. PALOMEQUE LÓPEZ: *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Civitas, Madrid, 1983, págs. 87 y ss.; S. DEL REY GUANTER: «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», *Relaciones Laborales*, núm. 3 (1995), págs. 15 y ss.; C. MOLINA NAVARRETE: «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (El paradigma de la *Drittwirkung* laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 3 (1991), págs. 77 y ss.; y A. PEDRAJAS MORENO: *Despido y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1992, págs. 25 y ss.

¹⁵ La STC 88/1985 reconoce la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral (quizá con un estilo excesivamente ampuloso) en los siguientes términos: «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1 a)] [...] Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas [...] las manifestaciones de "feudalismo industrial" repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad [...]» (FJ 2; en el mismo sentido, SSTC 6/1988, 126/1990, 6/1995, 4/1996, 106/1996, 90/1997, 204/1997, 1/1998, 57/1999, y 20/2002).

¹⁶ Se trata de la conocida doctrina constitucional iniciada con la STC 38/1981 y continuada, entre otras muchas, por SSTC 55/1983, 120/1983, 47/1985, 88/1985, 104/1987, 166/1988, 6/1998, 114/1989, 135/1990, 197/1990, 21/1992, 1/1998 y 20/2002. Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo», en VV.AA. (A.V. SEMPERE NAVARRO, Dir., R. MARTÍN JIMÉNEZ, Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 211.

cho fundamental sea susceptible de adquirir eficacia horizontal y desplegar sus efectos en la relación laboral, su penetración en el marco del contrato de trabajo conllevará de modo natural la prohibición de represalias empresariales contra los trabajadores que pretendan gozar lícitamente de él.

Ciertamente, la eficacia de los derechos fundamentales *inespecíficos*¹⁷ en la relación laboral se encuentra de algún modo *matizada* o *modulada* como consecuencia de la necesidad de garantizar el adecuado desarrollo del trabajo y de la actividad productiva, tal y como ha reconocido el TC¹⁸. Por ello, se admiten «limitaciones» a los derechos fundamentales del trabajador dirigidas a asegurar el *normal* (que no *óptimo*, por cierto) funcionamiento de la empresa¹⁹, pero sólo cuando tales restricciones resulten *estrictamente imprescindibles* a tal fin, de conformidad con un estricto canon

¹⁷ Esto es, aquellos derechos no exclusivos del ámbito laboral que, sin embargo, presentan manifestaciones típicas de dentro de él. Sobre la categoría doctrinal de derechos laborales «inespecíficos», cfr. M.C. PALOMEQUE LÓPEZ: *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1991, págs. 31 y ss.; *vid.*, del mismo autor: Prólogo a la monografía de G.P. ROJAS RIVERO, *La libertad de expresión del trabajador*; Trotta, Madrid, 1991, pág. 7; y «Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos», en VV.AA. (A.V. SEMPERE NAVARRO, Dir., R. MARTÍN JIMÉNEZ, Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 11 y ss.; La expresión «derechos laborales inespecíficos», acuñada por el Profesor PALOMEQUE, ha adquirido un evidente predicamento en la doctrina laboralista: *vid.*, a título de ejemplo, S. DEL REY GUANTER: «Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional», en VV.AA. (M.R. ALARCÓN CARACUEL, Coord.), *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 33; del mismo autor, «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», *cit.*, pág. 22; y, también, *Libertad de expresión e información y contrato de trabajo. Un análisis jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 19; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN: «Ley Convenio Colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador», *DS*, núm. 4 (1998), págs. 37 y ss.; A. BAYLOS GRAU: «Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos», en VV.AA. (J. AGUSTÍ JULIÁ, Dir.), *La prueba en el proceso laboral*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 18; J.M. GOERLICH PESET: «Las libertades de expresión e información en las relaciones laborales», en VV.AA., *La libertad de información y de expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, págs. 87 y 88; A.V. SEMPERE NAVARRO y C. SAN MARTÍN MAZZUCONI: *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales*, *cit.*, pág. 42; A. PEDRAJAS MORENO: «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio», *cit.*, pág. 53; y C. MOLINA NAVARRETE, A. ÁLVAREZ MONTERO, M. GARCÍA JIMÉNEZ, O. MOLINA HERMOSILLA, S. DE LA CASA QUESADA e I. VILLAR CAÑADA: «La vigencia de los derechos fundamentales "inespecíficos" en la vida laboral: problemas actuales y vías de respuesta», en VV.AA. (J. CRUZ VILLALÓN, Coord.), *XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2002, págs. 145 y ss.

¹⁸ «La existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocos que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de modo que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual» (STC 4/1996, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 120/1983, FJ 2; 88/1985, FJ 2; 6/1988, FJ 6; 6/1995 FJ 2; 1/1998, FJ 3; 204/1997, FJ 2; 241/1999, FJ 4; 20/2002, FJ 4.)

¹⁹ En rigor, desde una perspectiva constitucional, más que de *limitación* cabría hablar de *delimitación* de un derecho fundamental. En efecto, no se trataría tanto de la imposición de límites al derecho fundamental por parte del empresario (operación sólo al alcance del legislador), sino de una operación de acotación del contenido del propio derecho fundamental. Todos los derechos fundamentales tienen límites inmanentes, esto es, aquellos que se desprenden del reconocimiento de otros derechos, valores e intereses constitucionalmente tutelados. Ello significa que el contenido propio de un derecho fundamental acabaría allí donde comienza a hacerse inexcusable e imprescindible la protección de algún otro bien jurídico también tutelado por la Constitución. La delimitación del derecho fundamental consiste precisamente en establecer el punto donde se encuentra dicha frontera, tarea que no siempre resulta sencilla, claro está (*vid.* VV.AA., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, *cit.*, págs. 141 y ss.).

de proporcionalidad (integrado por un triple juicio de *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*)²⁰. Ahora bien, ello no quiere decir que el empresario tenga vía libre para la pura y simple represalia del ejercicio de derechos fundamentales por sus trabajadores, actitud que, como se ha dicho, queda absolutamente vedada por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, se ha dicho que la expresión «garantía de indemnidad», que ha hecho fortuna en la jurisprudencia y en la doctrina, «es sobre todo una nueva denominación de la ineficacia de actos empresariales lesivos de derechos fundamentales»²¹, doctrina de la que la prohibición de medidas sancionadoras o de retorsión no sería más que una manifestación particular. Así, derechos generales como la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE), las libertades de expresión e información (art. 20 CE), o los derechos de reunión (art. 21 CE) y manifestación (art. 22 CE) se acompañan naturalmente de una garantía frente a perjuicios o menoscabos inferidos como «venganza empresarial» contra sus titulares.

Sin embargo, el nombre «garantía de indemnidad» se ha utilizado normalmente de un modo más restringido en la jurisprudencia y la doctrina, asociado estrechamente a muy concretos derechos, principalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también la libertad sindical y –en menor medida– la libertad de información. De esta forma, bajo aquella denominación, se han individualizado algunas garantías frente a represalias con cierta autonomía y con perfiles propios y particulares, singulares, en cierto modo, respecto a esa suerte de «indemnidad genérica» o *en sentido lato* de que podría hablarse en relación con la generalidad de los derechos fundamentales²². De ellas, precisamente, se tratará a continuación.

Trasladado todo ello al ámbito del contrato de trabajo, habría que decir que los derechos fundamentales de los trabajadores deben ser siempre respetados por la empresa, pero ello no significa legitimar actuaciones que, desbordando el contenido propio del derecho fundamental, supongan una grave y notoria obstrucción al normal desarrollo de la actividad empresarial, que –aunque a otro nivel– también es objeto de protección constitucional en virtud de la libertad de empresa (art. 38). Cuando esto suceda, el empresario podrá actuar, no limitando el derecho fundamental (para lo que no tiene autoridad), sino reaccionando frente a una conducta que rebasa los límites inmanentes del derecho en cuestión. Será el juez, en su caso, quien deba decidir en último término, delimitando el contenido del derecho y determinando si el empresario limitó un derecho fundamental (lo que sería siempre ilegítimo) o si, por el contrario, actuó contra una conducta situada fuera de la protección constitucional por rebasar las fronteras del ámbito propio del derecho en perjuicio de intereses constitucionalmente dignos de tutela de un tercero (el empresario), una mera expectativa de derecho que no puede ser amparada. Lógicamente, en la práctica esto sólo podrá hacerse identificando qué concreto (no abstracto) interés laboral o empresarial digno de tutela constitucional se considera afectado y determinando si éste resultaba efectivamente dañado de modo grave y si está justificada la adopción de la medida empresarial adoptada para su salvaguarda. Y la mejor manera de concretar este razonamiento es, seguramente, establecer el juicio de *imprescindibilidad* y *proporcionalidad* de la conducta empresarial a que se refiere la jurisprudencia constitucional.

²⁰ SSTC 99/1994, FJ 4; 6/1995, FJ 2; 106/1996, FJ 5; 204/1997, FJ 2; 1/1998, FJ 3; 90/1999, FJ 3; 241/1999, FJ 4; 20/2002, FJ 4.

²¹ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», en VV.AA. (E. BORRAJO DACRUZ, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, Coord.), *Derecho vivo del Trabajo y Constitución*, La Ley, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 637.

²² Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», cit., págs. 637 y 649.

II. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD *STRICTO SENSU* DEL ARTÍCULO 24.1 CE

Como acaba de apuntarse, sin perjuicio de la posibilidad de construir una noción teórica de contenido más amplio, la expresión *garantía de indemnidad, en sentido estricto*, se reserva habitualmente en nuestro Derecho, casi en exclusiva, para designar una determinada creación jurisprudencial del TC acuñada expresamente con dicha denominación a partir del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Se trata de una garantía concreta y específicamente dirigida a proteger el ejercicio de acciones judiciales de cualquier sanción o menoscabo, venga éste de los poderes públicos o de otros particulares, por ejemplo, el empresario.

Esbozada ya esta novedosa derivación del derecho a la tutela judicial efectiva en la STC 7/1993, el TC ofrece por primera vez una definición acabada de ella en la STC 14/1993, asignándole precisamente el nombre de garantía de indemnidad. Según este último pronunciamiento, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE «[...] no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad», lo que «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»²³.

Dicha garantía, de carácter general, tiene una aplicación específica en el ámbito laboral, donde implica la prohibición de que el empresario utilice sus facultades organizativas y disciplinarias para sancionar al trabajador por ejercer su derecho de acudir a la vía judicial²⁴. Tal prohibición, que, en parte, se desprendía ya del Convenio número 158 de la OIT, se refuerza notablemente mediante la jurisprudencia que ahora se comenta, donde, por cierto, se cita como apoyo dicha norma internacional²⁵. Así, en palabras del TC, «en el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 4.2 g) del ET]»²⁶.

²³ FJ 2. Dicha doctrina general se reitera después en SSTC 54/1995, FJ 3; 197/1998, FJ 4; 140/1999, FJ 4; 101/2000, FJ 2; 196/2000, FJ 3; 199/2000, FJ 4; 198/2001, FJ 3; 5/2003, FJ 7; 186/2003, FJ 5; 55/2004, FJ 2; y 87/2004, FJ 2.

²⁴ Vid. A. BLASCO PELLICER: «Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial», *DS*, núm. 12 (2000), pág. 67.

²⁵ Convenio OIT n.º 158 de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (ratificado por Instrumento de 18 de febrero de 1985, BOE 29 de junio de 1985), que, en su artículo 5 c) establece que no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo «presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos». Asimismo, la Recomendación 119, adoptada el 26 de junio de 1963, incluía ya entre las razones que no deberían constituir una causa justificada para la terminación de la relación de trabajo la presentación de buena fe de una queja o la participación en procedimientos entablados contra un empleador por razón de violaciones alegadas de la legislación [párr. 3 c)].

²⁶ STC 5/2003, FJ 7; también SSTC 14/1993, FJ 2; 54/1995, FJ 3; 140/1999, FJ 4; 101/2000, FJ 2; y 196/2000, FJ 3.

Por consiguiente, al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se incorpora esta garantía de indemnidad, que consiste en la prohibición de medidas de retorsión en respuesta al planteamiento de un litigio, lo que, trasladado al marco contractual laboral, implica que el trabajador no puede ser sancionado, despedido o perjudicado de otro modo en sus intereses profesionales como represalia por el ejercicio de acciones judiciales contra la empresa²⁷. Se trata de una novedosa vertiente del derecho del artículo 24.1 CE con cierta autonomía y sustantividad propia, lo que explica que la expresión garantía de indemnidad haya adquirido carta de naturaleza como modo de designar específicamente esta concreta institución jurídica, dejando al margen otras posibles acepciones de aquella²⁸.

- ²⁷ Sobre el concepto de garantía de indemnidad, *vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio del poder disciplinario», *RL*, núm. 14 (2003), págs. 9 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», *cit.*, págs. 645 y ss.; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN: «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 VV.AA., *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 245 y 246; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. MERCADER UGUINA: «Las nuevas dimensiones de la denominada garantía de indemnidad», *Justicia Laboral*, núm. 20 (2004), págs. 5 y ss.; A. BLASCO PELLICER: «Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial», *cit.*, pág. 67; J. GARCÍA MURCIA: «Empleados de locutorios telefónicos (I)» (Comentario a la STC 196/2000, de 24 de julio), en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR (Dir.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, T. XVIII (2000), págs. 333 y ss.; C. ORTIZ LALLANA: «Derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales. Despido» (Comentario a la STC 168/1999, de 27 de septiembre), en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR (Dir.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, T. XVII (1999), pág. 248; M. F. FERNÁNDEZ, J.M. MORALES ORTEGA y R.M. PÉREZ YÁNEZ: «El contenido del artículo 24 CE en la jurisprudencia constitucional 2001/2002: continuidad básica con variaciones», *RL*, núm. 3 (2003), pág. 55; M.F. FERNÁNDEZ, J.M. MORALES ORTEGA y R.M. PÉREZ YÁNEZ: «A vueltas con la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 24 de la Constitución Española», *RL*, núm. 19 (2003), págs. 32 y 33; J. CABEZA PEREIRO: «Derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador: la garantía de indemnidad», en VV.AA. (J.F. LOUSADA AROCHENA y M. MOVILLA GARCÍA, Coord.), *Derechos fundamentales y contrato de trabajo. Primeras Jornadas de Otoño de Derecho Social*, Comares, Granada, 1998, págs. 171 y ss.; L. LÓPEZ CUMBRE: «Despido con vulneración de la tutela judicial efectiva» (Comentario a la STC 140/1999, de 22 de julio), en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR (Dir.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, T. XVII (1999), pág. 192; J. SEGALÉS FIDALGO: «Las garantías de indemnidad frente a los poderes empresariales causadas por el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador; una reseña sobre las STC 140 y 168 de 1999», *DS*, núm. 8 (1999), pág. 135; K.M. SANTIAGO REDONDO: «Garantía de indemnidad o inexecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos», *RL*, núm. 23 (2000), págs. 35 y ss.; R. TASCÓN LÓPEZ: «La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un "nuevo" contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)», *cit.*, págs. 157 y ss.; del mismo autor: «Un requisito previo para la igualdad en el proceso: la garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales como premisa para conseguir la igualdad real en el seno del proceso laboral», Comunicación presentada al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *La igualdad ante la Ley*, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004, material aún no publicado, soporte informático CD-ROM, págs. 6 y ss.; A.M. BADIOLA SÁNCHEZ: *La nulidad en la extinción del contrato de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2003, págs. 324 y 325; J. GIL PLANA: «Un supuesto de indemnidad: retribución por objetivos como instrumento de represalia», *AS*, núm. 12 (2001), págs. 47 y 48; y F.A. VALLE MUÑOZ: «La prohibición de discriminar al trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario: la garantía de indemnidad», Comunicación presentada al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *La igualdad ante la Ley*, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004, material aún no publicado, soporte informático CD-ROM, págs. 1 y ss.
- ²⁸ Advierte también, claramente, esa «autonomía» M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», *cit.*, pág. 649; *vid.* también K.M. SANTIAGO REDONDO: «Garantía de indemnidad o inexecución anticipada de sentencias», *cit.*, págs. 36 y 37. Se trata de «un derecho en cierta medida diferente del de tutela judicial efectiva», según M.F. FERNÁNDEZ, J.M. MORALES ORTEGA y R.M. PÉREZ YÁNEZ: «El contenido del artículo 24 CE en la jurisprudencia constitucional 2001/2002: continuidad básica con variaciones», *cit.*, pág. 55. Y, por su parte, R. TASCÓN LÓPEZ señala que la garantía de indemnidad constituye un «nuevo contenido» del derecho a la tutela judicial efectiva, «uno más» que se suma a los contenidos «tradicionales» [cfr. «La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un "nuevo" contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)», *cit.*, título y págs. 151 y ss.]

El carácter singular y la referida autonomía conceptual de la garantía de indemnidad se deben a la ampliación que ésta supone respecto al contenido tradicional del derecho a la tutela judicial efectiva²⁹, originariamente concebido como un derecho *al proceso y en el proceso* cuyos destinatarios principales son los jueces y tribunales, los únicos a los que, en principio, cabría imputar una violación de aquél³⁰. Configurado así el derecho del artículo 24.1 CE, *a priori*, parecería imposible atribuirle algún tipo de eficacia horizontal y, por consiguiente, derivar de él una garantía de indemnidad en los términos en que antes se ha definido³¹. De ahí lo decisivo de la elaboración jurisprudencial iniciada con las citadas SSTC 7/1993 y 14/1993, que entraña una superación de los antiguos parámetros operativos del derecho a la tutela judicial efectiva³², atribuyéndole una eficacia horizontal antes insospechada, extendiendo sus efectos fuera del marco del proceso y condicionando decisivamente el ejercicio de los poderes empresariales y, en particular, el poder disciplinario³³. El contenido de dicho derecho no se agota ya en el acceso a un itinerario procesal revestido de las debidas garantías y en la obtención de una resolución judicial fundada en Derecho, pues, más allá de ello, aún puede resultar lesionado cuando el ciudadano litigante sufra represalias en sus relaciones jurídicas privadas como consecuencia del ejercicio de la acción o, en concreto, cuando el trabajador sea objeto de perjuicios o menoscabos irrogados por el empresario en respuesta a las actuaciones judiciales protagonizadas por aquél.

²⁹ Destacan también esta ampliación del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», cit., pág. 646; A.M. BADIOLA SÁNCHEZ: *La nulidad en la extinción del contrato de trabajo*, cit., págs. 326, 329 y 330; y J.L. CARRATALÁ TERUEL: «Sobre el derecho de indemnidad y la carga de la prueba en los despidos contrarios a derechos fundamentales» (Comentario a la STC 140/1999, de 22 de julio), AS, núm. 14 (1999), pág. 37.

³⁰ SSTC 26/1983, FJ 1; 55/1983, FJ 3; 115/1984, FJ 1; 18/1985, FJ 6; 67/1987, FJ 4; 158/1987, FJ 4; 206/1987, FJ 5; 151/1990, FJ 3; 205/1990, FJ 2; 220/1993, FJ 2; y 54/1994, FJ 2. Vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1984, págs. 39 y ss.; L. LÓPEZ CUMBRE: «Despido con vulneración de la tutela judicial efectiva», cit., pág. 190; y F. CHAMORRO BERNAL: *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 11.

En general, sobre el concepto y contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, cfr. L. Díez-PICAZO: «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», *Poder Judicial*, núm. 5 (1987), págs. 41 y ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., págs. 29 y ss.; J. AROZAMENA SIERRA: «Las garantías judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, núm. 35 (1994), págs. 21 y ss.; F. VALDÉS DAL-RÉ y M.E. CASAS BAAMONDE: «Tutela judicial, competencia de la jurisdicción social y acceso al proceso de trabajo», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 4 (1994), págs. 14 y ss.; A.M. ROMERO COLOMA: *El artículo 24 de la Constitución Española: análisis y valoración*, Serlipost, Barcelona, 1993, págs. 15 y ss.; A. FIGUERUEL O BURRIEZA: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 49 y ss.; F. CHAMORRO BERNAL: *La tutela judicial efectiva*, cit., págs. 3 y ss.; y G.P. ROJAS RIVERO: *El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 38 y ss.

³¹ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», cit., pág. 639. F. VALDÉS DAL-RÉ y M.E. CASAS BAAMONDE señalaban en su momento que «por su propia naturaleza, el derecho fundamental a la tutela judicial no desarrolla una eficacia pluridireccional u horizontal» (cfr. «Tutela judicial, competencia de la jurisdicción social y acceso al proceso de trabajo», cit., pág. 23).

³² Vid. A.M. BADIOLA SÁNCHEZ: *La nulidad en la extinción del contrato de trabajo*, cit., págs. 326, 329 y 330.

³³ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio del poder disciplinario», cit., pág. 1; del mismo autor: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», cit., pág. 646; M. GARCÍA FERNÁNDEZ: «Configuración judicial del despido radicalmente nulo: por discriminación y fraude de ley», *AL*, núm. 4 (1990), pág. 52; C. MOLINA NAVARRETE, A. ÁLVAREZ MONTERO, M. GARCÍA JIMÉNEZ, O. MOLINA HERMOSILLA, S. DE LA CASA QUESADA e I. VILLAR CAÑADA: «La vigencia de los derechos fundamentales "inespecíficos" en la vida laboral: problemas actuales y vías de respuesta», cit. pág. 183; y J. SEGALÉS FIDALGO: «Las garantías de indemnidad frente a los poderes empresariales causadas por el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador; una reseña sobre las STC 140 y 168 de 1999», cit., pág. 128.

En cualquier caso, prescindiendo de ulteriores consideraciones sobre el fundamento y el engarce jurídico-constitucional de la garantía de indemnidad, procede ahora desbrozar su contenido y estructura, poniendo de relieve sus rasgos básicos desde la óptica de su trascendencia en el ámbito laboral. En una primera aproximación, atendiendo a la definición anteriormente dada, es evidente que se trata de una garantía instrumental o adjetiva al servicio del derecho de acceso a la jurisdicción y de su concreción laboral, el derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato [art. 4.2 g) ET], cuyo objeto es precisamente poner tales derechos a cubierto de eventuales medidas empresariales de retorsión. Por otra parte, es claro también que el efecto que se desprende de la infracción de la garantía es la necesaria declaración de nulidad (*ex tunc*) del acto o decisión de la empresa de que se trate y la reposición del trabajador en la integridad de su derecho, como ocurre en todo caso de violación empresarial de derechos fundamentales, rango que ostenta la garantía de indemnidad como parte integrante del artículo 24.1 CE.

En cuanto a la estructura y dinámica del derecho, cabría decir que para que entre en juego la garantía de indemnidad es necesaria la concurrencia de tres elementos: a) en primer lugar, es preciso que haya una actuación del trabajador que suponga ejercicio del derecho a la tutela judicial, que sería la conducta objeto de tutela; b) en segundo lugar, hay que constatar la presencia de un acto empresarial perjudicial para el trabajador (despido, sanción, traslado, etc.), que es el que constituiría hipotéticamente una represalia vedada; y c) en tercer lugar, es imprescindible que se acredite una *relación de causalidad* entre aquella conducta del trabajador (a) y la posterior decisión empresarial (b), que únicamente cabrá calificar como represalia si existe dicho vínculo de *causa-efecto* o *acción-reacción*. De esta forma, sólo cuando consten estos tres elementos podrá pasarse al plano de las consecuencias jurídicas de la violación de la garantía, esto es, principalmente, la nulidad de la medida impugnada y la reposición de la situación jurídica anterior. No obstante, todo esto requiere precisar un poco más, lo que se hará descomponiendo el análisis en los distintos niveles que se acaban de identificar: a) conducta tutelada, b) represalias vedadas, c) relación de causalidad y d) consecuencias jurídicas.

En lo referente a la conducta tutelada, «*la garantía de indemnidad del artículo 24.1 CE cubre [...] todo acto procesal o preprocesal necesario para acceder a los Tribunales de Justicia*»³⁴. Ello implica que queda amparado no sólo el ejercicio de la acción propiamente dicho, sino también los *actos preparatorios o previos al proceso*, como, por ejemplo, las actuaciones desarrolladas ante instancias de mediación o conciliación y los recursos administrativos previos a la vía jurisdiccional³⁵.

³⁴ STC 55/2004, FJ 2.

³⁵ En palabras del TC, «*si se rechaza que los trámites previos están provistos del amparo constitucional que deriva de este derecho, 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 [...] en el momento previo al inicio de la vía judicial*» (STC 14/1993, FJ 3). En el mismo sentido, SSTC 197/1998, FJ 4; 140/1999, FJ 4; 196/2000, FJ 3; 198/2001, FJ 3; 5/2003, FJ 7; 55/2004, FJ 2; y 87/2004, FJ 2. Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio del poder disciplinario», cit., pág. 11; del mismo autor: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», cit., pág. 648; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN: «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)», cit., pág. 248 y 249; A. BLASCO PELLICER: «Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial», cit., pág. 67 y 68; C. ORTIZ LALLANA: «Derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales. Despido», cit., pág. 249; J. MARTÍNEZ GIRÓN: «Un nuevo caso de despido radicalmente nulo, ahora por violación del derecho fundamental del trabajador a la tutela judicial efec-

Por otro lado, esa protección no parece que pueda limitarse a las acciones de contenido laboral derivadas del contrato de trabajo, a pesar de la dicción literal del artículo 4.2 g) ET, siendo más lógica su extensión a todo tipo de actuaciones jurisdiccionales, incluyendo las de carácter penal o civil ³⁶.

En todo caso, lo que se tutela es el ejercicio o intento de ejercicio de una acción judicial al margen del resultado concreto de esa acción ³⁷. Quiere ello decir que no puede sancionarse al trabajador por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, por más que, a la postre, fueran infundadas las pretensiones formuladas ³⁸. Así, debe rechazarse el argumento de que la sanción estaría justificada al no prosperar la demanda de la que trae causa, pues si esto se admitiera, el derecho del trabajador de acudir a la vía judicial quedaría condicionado al buen resultado de la acción emprendida, condicionamiento incompatible, sin duda, con el derecho a la tutela judicial efectiva ³⁹.

tiva» (Comentario a la STC 14/1993, de 18 de enero), en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR (Dir.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, T. XI (1993), pág. 62; J. CABEZA PEREIRO: «Derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador: la garantía de indemnidad», cit., pág. 173; L. LÓPEZ CUMBRE: «Despido con vulneración de la tutela judicial efectiva», cit., pág. 194; K.M. SANTIAGO REDONDO: «Garantía de indemnidad o inejecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos», cit., pág. 38; R. TASCÓN LÓPEZ: «La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un "nuevo" contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)», cit., pág. 165; J.L. CARRATALÁ TERUEL: «Sobre el derecho de indemnidad y la carga de la prueba en los despidos contrarios a derechos fundamentales», cit., pág. 37; y J. GIL PLANA: «Un supuesto de indemnidad: retribución por objetivos como instrumento de represalia», cit., pág. 48.

³⁶ Los términos amplios en que se expresa la jurisprudencia constitucional así parecen indicarlo. Por otra parte, esa opción interpretativa es la más lógica, puesto que el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE es un derecho subjetivo público que trasciende del ámbito contractual, y que no parece que pueda parcelarse en función del carácter laboral o no laboral de los intereses a cuyo servicio se ponga. Por su parte, los tribunales laborales vienen entendiendo que la garantía de indemnidad es aplicable también cuando se trata del ejercicio de acciones penales contra el empresario, contra los administradores de empresas que revisten la forma de sociedad o contra directivos, lo que resulta de especial interés en relación con las querellas y denuncias por acoso sexual en el trabajo: STSJ Andalucía (Granada) de 20 de mayo de 1998 (Ar. 2563); STSJ País Vasco de 9 de febrero de 1999 (AS 2046); STSJ Asturias de 23 de julio de 1999 (AS 2220); STSJ Valencia de 29 de julio de 1999 (AS 4858); STSJ Cataluña de 31 de mayo de 2000 (Ar. 1937); STSJ Galicia de 7 de diciembre de 2000 (AS 4213); STSJ Madrid de 16 de enero de 2001 (AS 543); STSJ Madrid de 23 de enero de 2001 (AS 922).

³⁷ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio del poder disciplinario», cit., pág. 9; y, del mismo autor: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», cit., pág. 659.

³⁸ Ello se desprende con claridad de las SSTC 7/1993, FJ 3; 54/1995, FJ 3; 196/2000, FJ 3; y 5/2003, FJ 7. Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio del poder disciplinario», cit., pág. 11.

³⁹ En este sentido, se entiende que son perfectamente aplicables los argumentos expresados en la STC 32/1986, anterior a la formulación de la doctrina sobre indemnidad y relativa a un supuesto no laboral, pero que constituye un claro antecedente de la jurisprudencia constitucional aquí estudiada: «no cabe [...] una sanción a posteriori por la denominada administración corporativa que vuelva a limitar u obstaculizar el ejercicio de ese derecho sin aducir base legal alguna para ello. Y no es aceptable el argumento de que esa sanción resulta justificada al no prosperar la querella que la originó, pues si se admitiera tal opinión, el derecho a querellarse sin posteriores sanciones administrativas quedaría condicionado al buen resultado de la acción emprendida, condicionamiento incompatible con el libre ejercicio de ese derecho en la forma legalmente establecida. Por ello, resultaría contraria al mandato constitucional la confirmación de la sanción impuesta por la Junta del Colegio de Abogados en cuanto se fundamentase en una limitación no prevista legalmente del acceso a la tutela de Jueces y Tribunales» (FJ 3).

Sin embargo, la vinculación tan directa que se ha establecido entre la tutela frente a represalias y el derecho del artículo 24.1 CE dejaría fuera del ámbito constitucionalmente protegido todo aquello que no constituya, en rigor, ejercicio del derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales⁴⁰. De este modo, las denuncias ante las autoridades administrativas, las de policía o, en particular, la Inspección de Trabajo, quedarían excluidas de la cobertura de la garantía que aquí se estudia, sin perjuicio de su protección por otras vías⁴¹ y salvo que pueda entenderse que constituyen un paso previo a un proceso jurisdiccional⁴². Por las mismas razones, las reclamaciones internas formuladas directamente ante la propia empresa, que tampoco constituyen ejercicio del derecho a la tutela judicial, quedarían, en principio, fuera del campo de protección del artículo 24.1 CE. No obstante, en este punto, la reciente STC 55/2004 ha abierto una línea de interpretación ampliatoria o extensiva del ámbito amparado por la garantía de indemnidad, aplicándola a un caso de represalia por una reclamación extrajudicial e informal mediante carta del abogado del trabajador a la dirección de la empresa. Ahora bien, el propio TC se encarga de poner de relieve en la citada Sentencia que esa extensión excepcional de la garantía de indemnidad más allá de sus confines tradicionales se justifica por ser aquella carta un intento de solución amistosa de un conflicto en evitación de un proceso que es seguro que se sustanciaría en caso de no llegarse a un arreglo extrajudicial (como efectivamente ocurrió, por cierto)⁴³. Por ello, aunque, indudablemente, la STC 55/2004 pudiera ser un primer paso para la inclusión las reclamaciones extrajudiciales y las quejas internas formuladas directamente ante la empresa entre las conductas tuteladas por la garantía de indemnidad, esta afirmación debe tomarse con la debida cautela, habida cuenta que la solución en ella adoptada se enmarca en el contexto de los muy concretos perfiles y circunstancias del caso que se han descrito brevemente⁴⁴.

⁴⁰ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio del poder disciplinario», cit., págs. 11 y 12; y R. TASCÓN LÓPEZ: «La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un "nuevo" contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)», cit., págs. 168 y ss.

⁴¹ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», cit., págs. 650 y ss.

⁴² Así, por ejemplo, para el caso de las denuncias ante la inspección de trabajo, J. CABEZA PEREIRO: «Derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador: la garantía de indemnidad», cit., pág. 173. Por otra parte, en la doctrina de los tribunales laborales abundan las decisiones que consideran que las denuncias relativas a la posible comisión de delitos o faltas o las efectuadas ante la Inspección de Trabajo entran plenamente dentro del campo protegido por la garantía de indemnidad: STSJ Andalucía (Granada) de 20 de mayo de 1998 (Ar. 2563); STSJ Madrid de 28 de enero de 1999 (Ar. 92); STSJ Cataluña de 31 de mayo de 2000 (Ar. 1937); STSJ Aragón de 4 de octubre de 2000 (AS. 4101); STSJ Asturias de 31 de octubre de 2002 (Ar. 2003/1317); STSJ Andalucía (Málaga) de 6 de septiembre de 2002 (AS. 3609); y STSJ Andalucía (Granada) de 17 de septiembre de 2002 (AS. 2418).

⁴³ En efecto, en la Sentencia comentada, el TC reconoce que no se está ni ante el ejercicio de una acción judicial –ámbito propio de la garantía del 24.1– ni ante uno de esos actos preparatorios o previos «necesarios» para el acceso a la jurisdicción, a los que la jurisprudencia constitucional ha extendido «hasta ahora» –dice la Sentencia– la protección dispensada por la garantía de indemnidad. Sin embargo, centrándose en el carácter de solicitud de resolución extrajudicial negociada del conflicto que reviste la controvertida carta del abogado del trabajador, y desde la valoración de «los beneficios que se derivan de la evitación de los procesos», el Tribunal otorga el amparo afirmando lo siguiente: «el objetivo de evitar un proceso permite extender la garantía de indemnidad a esa actividad previa no imperativa, pero conveniente y aconsejable, cuando el contexto, que se integra por los actos anteriores, coetáneos y posteriores, se deduzca sin dificultad que aquélla está directamente encaminada al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva». Y así ocurría en el caso enjuiciado, en el que había quedado probado que el trabajador despedido «había formulado verbalmente a la empresa en ocasiones anteriores la reclamación sobre la titularidad que creía tener en la patente, y que en la carta dirigida por el abogado a la empresa se hacía constar que la finalidad de la misma era resolver el "conflicto de manera amistosa, intentando llegar a una negociación razonable" para evitar el proceso» (vid. STC 55/2004, FJ 3).

⁴⁴ Sobre la ampliación de la garantía de indemnidad operada por esta STC 55/2004, vid. I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. MERCADER UGUINA: «Las nuevas dimensiones de la denominada garantía de indemnidad», cit., págs. 5 y ss.; y R. TASCÓN LÓPEZ: «Ampliación de la garantía de indemnidad del trabajador por la reclamación de su derechos: ahora sobre los actos previos no necesarios para acceder al proceso». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 256 (2004), págs. 173 y ss.

En relación con las conductas de la empresa a las que puede oponerse la garantía de indemnidad, es claro que la amplitud de facultades que integran los poderes empresariales, así como el carácter prolongado en el tiempo de la relación laboral, propician que las represalias puedan aparecer bajo distintas formas (despidos, sanciones disciplinarias, traslados, desplazamientos, movilidad funcional, privación de complementos salariales, etc.) y en momentos muy diversos (durante el desarrollo de la relación de trabajo, en el momento de la extinción e, incluso, antes y después del período de vigencia del contrato). Pues bien, aunque construida a partir de supuestos de despido, el TC ha declarado que la tutela ofrecida por la garantía de indemnidad «*ha de hacerse extensiva, asimismo, a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial [...]*»⁴⁵. Por tanto, la garantía de indemnidad puede esgrimirse frente a todo acto represivo procedente de los poderes empresariales, cualquiera que sea la forma que revista⁴⁶. Y este manto protector se extiende durante todo el tiempo de desarrollo de la relación laboral, y más allá, incluso, abarcando también momentos previos y posteriores al período de vigencia del contrato⁴⁷. Ello supone una virtualidad práctica de la tutela muy superior a la de otras garantías y mecanismos de protección más concretos, y permite hablar de la *universalidad* de la garantía de indemnidad, en tanto que constituye un blindaje sin fisuras que despliega sus efectos ante toda actuación empresarial de retorsión, con independencia del tipo de decisión en que se concrete. Así, por poner algún ejemplo, quedan vedadas las represalias consistentes en una postergación en el acceso al empleo⁴⁸, en la privación de ciertos complementos retributivos⁴⁹, en modificaciones de condiciones de trabajo⁵⁰, en sanciones disciplinarias de suspensión de empleo y sueldo⁵¹, en la negativa a dar referencias sobre un antiguo empleado⁵² o, por supuesto, en el despido⁵³.

En lo que toca a la relación de causalidad entre el planteamiento de la controversia judicial por el trabajador y la respuesta empresarial que, en su caso, pueda provocar, ya se ha dicho que resulta el elemento clave en la dinámica de funcionamiento de la garantía de indemnidad⁵⁴. Este nexo

⁴⁵ STC 14/1993, FJ 2. En el mismo sentido, STC 5/2003, FJ 7. Esta última es la primera Sentencia del TC que declara infringida la garantía de indemnidad por un acto empresarial de represalia distinto del despido, en concreto, una sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo.

⁴⁶ Vid. J. SEGALÉS FIDALGO: «Las garantías de indemnidad frente a los poderes empresariales causadas por el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador; una reseña sobre las STC 140 y 168 de 1999», cit., pág. 127.

⁴⁷ Vid. J. CABEZA PEREIRO: «Derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador: la garantía de indemnidad», cit., págs. 175 y ss.

⁴⁸ Es el caso de la STC 87/2004, relativa a un caso de contratación de personal en las Administraciones públicas, pero cuyos argumentos son también aplicables, al menos en parte, al ámbito de la empresa privada (vid. FJ 2).

⁴⁹ STSJ Galicia, de 31 de julio de 2001 (AS 2384). Vid. el comentario a dicha sentencia de J. GIL PLANA: «Un supuesto de indemnidad: retribución por objetivos como instrumento de represalia», cit., págs. 45 y ss.

⁵⁰ Tal era el supuesto planteado en la STC 128/2002, en la que se viene a insinuar la aplicabilidad de la garantía de indemnidad, pero se elude un pronunciamiento de fondo al respecto al otorgarse el amparo por falta de motivación de la sentencia recurrida, procediendo entonces la reposición de las actuaciones al momento anterior a que aquella se dictara por el órgano judicial.

⁵¹ STC 5/2003.

⁵² En este sentido, es sumamente interesante una STJCE de 22 de septiembre de 1998, Asunto C-185/1997 («Caso Coote»). Vid. el comentario a dicha sentencia de E. SIERRA HERRAIZ: «La garantía de indemnidad (Comentario al caso Coote del TJCE)», AS, núm. 16 (1998), págs. 17 y ss.

⁵³ SSTC 14/1993, 140/1999, 168/1999, 191/1999, 101/2000 y 55/2004.

⁵⁴ La STC 14/1993, FJ 4, habla de «relación de correspondencia» y la STC 140/1999, FJ 7, de «relación directa» entre la conducta empresarial y el previo ejercicio de la tutela judicial por el trabajador.

causal resulta decisivo, puesto que, si se acredita ese vínculo de causa-efecto entre la actuación del trabajador litigante y la correspondiente medida empresarial, deberá declararse la nulidad de esta última, mientras que, si ese enlace no queda suficientemente demostrado, no podrá aplicarse la garantía ⁵⁵. Además, no toda conexión más o menos genérica entre el acceso a la jurisdicción por los empleados y las conductas empresariales subsiguientes resulta suficiente para que se entienda infringida la garantía de indemnidad. Es necesario que el ejercicio de la acción por el trabajador afectado sea el detonante inmediato y directo de la actuación empresarial ⁵⁶, que exista una conexión íntima y estrecha entre la decisión de la empresa y el ejercicio de acciones –sin pasos o fases intermedias, cabría decir– para que pueda hablarse de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva ⁵⁷.

En cualquier caso, los mayores problemas no se plantean a propósito de la entidad y suficiencia de la relación de causalidad, sino de la prueba de la existencia de ese vínculo entre acción judicial y decisión empresarial. De hecho, las disputas en torno a posibles infracciones de la garantía de indemnidad suelen reducirse casi siempre a una cuestión de prueba en torno a las auténticas razones que motivaron el comportamiento empresarial puesto en tela de juicio. La actividad probatoria no planteará demasiados problemas para el trabajador cuando esa conexión entre la solicitud de tutela judicial y la reacción de la empresa se manifieste explícitamente en la propia carta de despido o se haga evidente de cualquier otra forma. Pero lo más frecuente es que la medida perjudicial, frente a la que actúa el trabajador imputándole la condición de represalia, se presente justificada –al menos, aparentemente– de acuerdo con otro tipo de razones, algo que, por lo demás, es habitual en los supuestos discriminación o vulneración de derechos fundamentales en general, que suelen encubrirse bajo la alegación de motivos que, en principio, parecen ajenos a la intención de menoscabar el derecho de que se trate ⁵⁸.

⁵⁵ Vid. K.M. SANTIAGO REDONDO: «Garantía de indemnidad o inexecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos», cit., pág. 36; y R. TASCÓN LÓPEZ: «La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un "nuevo" contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)», cit., págs. 163 y ss.

⁵⁶ SSTC 196/2000, FJ 4; y 199/2000, FJ 5. En dichas sentencias el Tribunal descarta la vulneración de la garantía indemnidad argumentando que los despidos cuestionados no constituían una reacción directa e inmediatamente dirigida contra las concretas demandas planteadas por los recurrentes en amparo, sino una decisión organizativa de la empresa a la vista de «una determinada doctrina jurisprudencial», medida de carácter generalizado que afectó a todos los trabajadores de locutorios telefónicos «con entera independencia de que los mismos hubieran instado o no una declaración judicial de laboralidad» (FJ 4 y FJ 5, respectivamente). Vid. los comentarios a estas Sentencias, con visiones contrapuestas, de J. GARCÍA MURCIA: «Empleados de locutorios telefónicos (I)» (Comentario a la STC 196/2000, de 24 de julio), cit., págs. 330 y ss.; del mismo autor: «Empleados de locutorios telefónicos (III)» (Comentario a la STC 199/2000, de 24 de julio), en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR (Dir.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, T. XVIII (2000), págs. 348 y ss.; y, de otro lado, en sentido crítico, K.M. SANTIAGO REDONDO: «Garantía de indemnidad o inexecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos (Comentario a las STC 196, 197 y 199/2000)», cit., págs. 33 y ss.

⁵⁷ Vid. J. GARCÍA MURCIA: «Empleados de locutorios telefónicos (I)» (Comentario a la STC 196/2000, de 24 de julio), cit., págs. 336 y 337. Vid., también, R. TASCÓN LÓPEZ: «La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un "nuevo" contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)», cit., págs. 171 y ss.

⁵⁸ Vid. J. SEGALÉS FIDALGO: «Las garantías de indemnidad frente a los poderes empresariales causadas por el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador; una reseña sobre las STC 140 y 168 de 1999», cit., págs. 128 y 129.

En estos casos en que el verdadero motivo de la decisión empresarial, la intención de tomar represalias, se oculta bajo otras alegaciones o cuando se trate, simplemente, de una decisión no motivada, la prueba resulta bastante más complicada. Y no sólo por la natural posición de inferioridad en que se encuentra *de facto* el trabajador frente al empresario en lo que se refiere a la obtención de medios de prueba⁵⁹, sino también porque probar la intención represiva subyacente a la medida cuestionada (cuando ésta no se exterioriza por la empresa) requiere penetrar en el mundo de las motivaciones subjetivas del empleador, lo que, lógicamente, no es nada fácil⁶⁰. Pero estas dificultades se salvan mediante las reglas sobre traslación de la carga de la prueba que son de general aplicación en los procesos sobre presuntas vulneraciones de derechos fundamentales, que adquieren una extraordinaria relevancia en el terreno de la garantía de indemnidad⁶¹.

En virtud de dichos mecanismos de facilitación de la prueba, surgidos de la doctrina del TC⁶² y hoy recibidos en ciertos preceptos legales⁶³, cuando un trabajador impugne una determinada decisión empresarial alegando que a ella subyace oculta una represalia por el ejercicio de acciones judiciales contraria a la garantía de indemnidad, no se le impone la carga de probar totalmente dicha afirmación, sino que, únicamente, se le exige que presente indicios o, dicho de otro modo, un principio de prueba que induzca a albergar la razonable sospecha de que ha podido producirse dicha vulneración del derecho fundamental⁶⁴. Una vez hecho esto por el demandante, corresponderá a la parte empresarial desvirtuar la sospecha o apariencia lesiva previamente creada, demostrando que su decisión responde a causas reales y serias que explican por sí mismas y de forma objetiva y razonable su decisión, permitiendo deducir que su conducta es ajena a la intención de reprimir el legítimo ejercicio del derecho a la tutela judicial por parte del trabajador⁶⁵. Y si el empresario no consigue demostrar de este modo indirecto que su actuación resultaba extraña a todo propósito atentatorio del derecho fundamental, «*la ausencia de prueba trasciende [...]*

⁵⁹ En este sentido, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN habla del «"mayor poder" del empresario sobre la prueba» o del «dominio sobre las fuentes de prueba» en *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 181 y ss.; *vid.* también M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ: «Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones», en VV.AA., *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985, pág. 917; y A. BAYLOS GRAU: «Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos», *cit.*, págs. 28 y 29.

⁶⁰ *Vid.* R. PÉREZ YÁNEZ: «De nuevo sobre la distribución de la carga de la prueba en procesos sobre la presunta vulneración empresarial de derechos fundamentales», *RL*, núm. 8 (1999), pág. 22.

⁶¹ La finalidad de esas reglas es precisamente facilitar la tarea probatoria al demandante para así, en palabras del propio TC, «*garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales [considerando] la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial*» (STC 101/2000, FJ 5; también, STC 87/2004, FJ 2).

⁶² Entre otras, SSTC 38/1981, 94/1984, 47/1985, 114/1989, 21/1992, 7/1993, 90/1997, 266/1993, 293/1993, 87/1998, 140/1999, 101/2000, 84/2002 y 87/2004.

⁶³ Artículos 96 y 179.2 LPL.

⁶⁴ SSTC 114/1989, FJ 4; 21/1992, FJ 3; 266/1993, FJ 2; 293/1993, FJ 6; 180/1994, FJ 2; 85/1995, FJ 4; 90/1997, FJ 5; 74/1998, FJ 2; 87/1998, FJ 3; 140/1999, FJ 5; y 87/2004, FJ 2.

⁶⁵ SSTC 7/1993, FJ 4; 140/1999, FJ 5; 101/2000, FJ 4; y 87/2004, FJ 2 y 3.

el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por los demandantes desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador»⁶⁶.

Por otro lado, a la vista de lo dicho sobre la necesaria relación de causalidad intrínseca a la dinámica la garantía de indemnidad, pueden disiparse ciertos temores que se han suscitado últimamente en torno a un posible uso fraudulento de dicha institución por parte de aquellos trabajadores que, sabiéndose en una situación comprometida en la empresa, pudieran tratar de utilizar dicho instrumento tuitivo como una especie de «paraguas» con el que ponerse a cubierto de las consecuencias de sus propios incumplimientos⁶⁷. En este sentido, se dice que existe el riesgo de que los trabajadores recurran al planteamiento de alguna reclamación artificiosa con la única finalidad de «bloquear» su posición jurídica ante un previsible despido o sanción. Sin embargo, es claro que este anormal modo de proceder carece de sentido a la luz del carácter causal del juego de la garantía de indemnidad, en los términos de la exposición precedente. Si efectivamente existe un incumplimiento real y serio capaz de motivar una sanción, la demostración de este hecho le bastaría al empresario para «romper» la pretendida relación de causalidad entre la actuación judicial del trabajador y su decisión disciplinaria, evitando así la aplicación de la garantía. De este modo, en su correcta comprensión, dicha garantía de ningún modo bloquea el normal ejercicio de los poderes disciplinario y organizativo del empresario, como lo prueban, además, algunas sentencias del propio TC desestimatorias del amparo solicitado⁶⁸.

⁶⁶ STC 90/1997, FJ 5. En igual sentido, SSTC 74/1998, FJ 2; 87/1998, FJ 3; y 87/2004, FJ 2.

Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ: «Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones», cit., págs. 903 y ss.; F. DURÁN LÓPEZ: *Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, págs. 267 y ss.; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN: *La prueba en el proceso de trabajo*, cit., págs. 194 y ss.; J.L. MONERO PÉREZ: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 9 y ss.; A. BAYLOS GRAU, J. CRUZ VILLALÓN y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, 2.ª ed., Trotta, Madrid, 1995, págs. 170 y ss.; A. BAYLOS GRAU: «Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos», cit., págs. 24 y ss.; J. GÁRATE CASTRO: «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)». *Revista Xurídica Galega*, 1999, págs. 131 y ss.; J.F. LOUSADA AROCHENA: «La garantía jurisdiccional social de la libertad sindical y demás derechos fundamentales», en VV.AA. (J.F. LOUSADA AROCHENA y M. MOVILLA GARCÍA, Coord.), *Derechos fundamentales y contrato de trabajo. Primeras Jornadas de Otoño de Derecho Social*, Comares, Granada, 1998, págs. 209 y ss.; J. LUJÁN ALCARAZ: «Artículo 96», en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 328 y ss.; F. CAVAS MARTÍNEZ: «Artículo 179», en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 523 y 524; y R. PÉREZ YÁNEZ: «De nuevo sobre la distribución de la carga de la prueba en procesos sobre la presunta vulneración empresarial de derechos fundamentales», cit., págs. 12 y ss.

⁶⁷ El tema se planteó en el coloquio que siguió a la ponencia de L. GIL SUÁREZ titulada «Principio de igualdad y tutela judicial efectiva» durante el XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Lleida los días 28 y 29 de mayo de 2004. De ello se hace eco R. TASCÓN LÓPEZ: «Ampliación de la garantía de indemnidad del trabajador por la reclamación de su derechos: ahora sobre los actos previos no necesarios para acceder al proceso», cit., pág. 185.

⁶⁸ Así, en la STC 7/1993, a pesar de la existencia de una controversia judicial anterior, se rechaza la declaración de nulidad radical del despido disciplinario al quedar constatada la existencia de ciertos incumplimientos del trabajador; y en las SSTC 196 y 199/2000 el previo ejercicio de acciones por parte de los trabajadores no impide la extinción de sus contratos por razones organizativas.

En el terreno de las consecuencias jurídicas de la violación de la garantía de indemnidad, como ya se ha dicho, debe partirse de la ya muy consolidada doctrina sobre la nulidad de los actos empresariales lesivos de derechos fundamentales⁶⁹. Así, cuando se constate que una determinada decisión empresarial constituye una represalia empresarial lesiva del derecho a la tutela judicial en su vertiente de garantía de indemnidad, la principal consecuencia que de ello se deriva es la necesaria calificación como nula de tal medida, que conlleva, siempre que sea posible, la reparación *in natura*, es decir, la rehabilitación del trabajador en la integridad de su derecho, procediendo a la reposición de la situación anterior a la puesta en práctica de la conducta represiva y eliminando los efectos perjudiciales que ésta haya tenido para el trabajador⁷⁰.

De esta forma, la garantía constitucional de indemnidad asegura lo que su propio nombre indica, la intangibilidad o inmunidad del trabajador que acude a la vía judicial en defensa de sus derechos frente a eventuales represalias posteriores por parte de su empresario, puesto que la sanción de nulidad implica necesariamente la reparación íntegra de los perjuicios sufridos por el trabajador y la eliminación de todo efecto perjudicial del castigo impuesto. Ello implica un estándar de protección claramente superior al que se desprende de otros instrumentos tuitivos con idéntica finalidad que podrían hallarse en la normativa interna e internacional (por ejemplo, el citado Convenio n.º 158 de la OIT). A diferencia de ellos, la aquí analizada es una garantía de carácter *pleno* que, al exigir la anulación de todo efecto de la represalia, entraña un auténtico blindaje para el trabajador litigante y permite conjurar de forma efectiva el peligro de que los trabajadores renuncien a hacer valer sus derechos en sede judicial por temor a perder su estabilidad laboral o a sufrir menoscabos en sus intereses profesionales.

Ello resulta especialmente relevante en relación con el despido, pues la mera declaración de improcedencia con derecho a la indemnización correspondiente no permitiría reparar adecuadamente la lesión sufrida, sino que con ella se confirmaría, por el juego de dicha indemnización, la eficacia extintiva de la decisión empresarial, lo que supondría, al fin y al cabo, la consolidación de la represalia pretendida⁷¹. Por ello, según la doctrina constitucional, el despido con violación de la garantía de indemnidad debe ser declarado «*radicalmente nulo, con la consecuencia de obligada readmisión y con exclusión de la posibilidad de reemplazar ésta por una indemnización sustitutoria*»⁷², única forma posible de eliminar toda la virtualidad disuasoria y represiva de la decisión empresarial.

Por otra parte, la sentencia judicial que estime violada la garantía de indemnidad, además de declarar la nulidad de la medida represiva y decretar la reposición de la situación al momento anterior, podrá imponer también la indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el artículo 180.1

⁶⁹ Entre otras muchas, SSTC 38/1981, 55/1983, 120/1983, 47/1985, 88/1985, 104/1987, 6/1988, 166/1988, 114/1989, 135/1990, 197/1990, 21/1992, 266/1993, 99/1994, 106/1996, 1/1998, 20/2002, 5/2003, 151/2004, y 198/2004. Asimismo, en la legislación laboral y procesal, respectivamente, artículos 53.4 y 55.5 ET y artículos 108.2 y 180.1 LPL.

⁷⁰ SSTC 7/1993, FJ 2; 14/1993, FJ 4; 54/1995, FJ 3; 140/1999, FJ 7; 101/2000, FJ 6; 196/2000, FJ 3; 198/2001, FJ 3; y 5/2003, FJ 7

⁷¹ SSTC 140/1999, FJ 7; y 101/2000, FJ 6.

⁷² STC 140/1999, FJ 7. En el mismo sentido, SSTC 7/1993, FJ 3; 14/1993, FJ 4; 54/1995, FJ 3; 101/2000, FJ 6; 196/2000, FJ 3; y 198/2001, FJ 3.

LPL cuando procediera. Esta indemnización, aunque aparece legalmente recogida entre los preceptos de la LPL que regulan la modalidad especial de tutela de derechos fundamentales, es de aplicación también cuando se trate de asuntos tramitados por otras modalidades procesales, como, por ejemplo, los despidos, excluidos de dicha modalidad procesal específica por el artículo 182 LPL ⁷³.

Por lo demás, la condena al pago de esta indemnización no es automática, sino que, según ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, «[...] para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; en segundo lugar, que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase» ⁷⁴. En cualquier caso, lo que parece evidente es que la indemnización deberá abonarse cuando por cualquier razón no resulte posible la plena rehabilitación del trabajador en la integridad de su derecho mediante la total reposición de la situación anterior ⁷⁵.

Por último, sobre el sentido y finalidad de la garantía de indemnidad, podría decirse que es un derecho con un doble carácter *reparador* y *preventivo*. Con este instituto se trata, por un lado, de restituir en la integridad de su derecho al trabajador represaliado por el legítimo ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Pero, por otro lado, la garantía de indemnidad tiene también una clara faceta preventiva frente al eventual uso de los poderes empresariales como instrumento para disuadir a los trabajadores del acceso a los jueces y tribunales ⁷⁶; en este sentido, dicha garantía constituye un instrumento jurídico fundamental para ahuyentar de las relaciones laborales las reticencias de los trabajadores a defender en sede judicial los derechos que les asisten por temor a represalias, y, por lo tanto, también para garantizar la eficacia real del Derecho del Trabajo, que requiere asegurar adecuadamente que la situación de subordinación y dependencia del trabajador no se traduzca en un clima adverso al planteamiento de acciones judiciales. Desde esta perspectiva, podría sostenerse, inclu-

⁷³ SSTs de 23 de marzo de 2000 (Ar. 3121) y 12 de junio de 2001 (Ar. 5931).

⁷⁴ SSTs de 9 de junio de 1993 (Ar. 4553); 22 de julio de 1996 (Ar. 6381); 20 de enero 1997 (Ar. 620); 2 de febrero de 1998 (Ar. 1251); 9 de noviembre de 1998 (Ar. 8917); 28 de febrero de 2000 (Ar. 2242); y 23 de marzo de 2000 (Ar. 3121).

⁷⁵ Sobre este tema de la indemnización de daños y perjuicios, *vid.* J. GONZÁLEZ VELASCO: «Indemnización por lesión de un derecho fundamental en el proceso por despido», en VV.AA., *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 307 y ss.; A. BLASCO PELLICER: «Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales: el proceso de despido se aplica con las especialidades del proceso de tutela de la libertad sindical. STS 12 de junio de 2001», *AL*, núm. 42 (2001), págs. 1 y ss.; B. AGRA VIFORCOS: «La reclamación, en el marco de un proceso por despido de la indemnización correspondiente por la lesión a un derecho fundamental» (Comentario a la STS de 12 de junio de 2001), *REDT*, núm. 114 (2002), págs. 945 y ss.; y B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO: «Cauce procesal para la exigencia de una indemnización de daños y perjuicios derivados de un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales» (Comentario a la STS 12 de junio de 2001), *RL*, T. II (2001), págs. 54 y ss.

⁷⁶ Así se refleja en la STC 55/2004, FJ 2: «[...] el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los Tribunales. El temor a tales medidas podría disuadir a los trabajadores de hacer valer sus derechos y, por tanto, poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la consagración constitucional de la efectividad de la tutela judicial, retrayendo a los trabajadores de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional ante los órganos del Poder Judicial».

so, que, al igual que otros derechos fundamentales (libertades de expresión e información o libertad ideológica, por ejemplo), la garantía de indemnidad no es sólo un derecho individual de cada trabajador, puesto que en ella concurre también una *dimensión objetiva* en tanto que garantía al servicio de la eficacia real (en el sentido del art. 9.2 CE) del derecho a la tutela judicial y de los principios de control jurisdiccional efectivo e imperio de la ley en el ámbito de las relaciones laborales ⁷⁷.

III. OTROS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN PRÓXIMOS A LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Al margen de la derivada del derecho a la tutela judicial efectiva con el nombre de garantía de indemnidad, pueden encontrarse en el ordenamiento otra serie de garantías semejantes, en tanto que se trata también de instrumentos cuya finalidad directa y primordial es hacer frente a eventuales conductas empresariales de represalia contra los trabajadores que ejerciten determinados derechos. Estos diversos mecanismos de tutela, unos establecidos en la Ley y otros creados por la jurisprudencia, son muy distintos entre ellos en cuanto a su respectivo fundamento y contenido concreto, pero todos ellos comparten un mismo carácter de garantías o derechos adjetivos que acompañan a otros derechos (de carácter sustantivo) pretendiendo asegurar que de su ejercicio no se deriven daños en el patrimonio jurídico de los trabajadores o, lo que es lo mismo, procurando garantizar (no siempre con el mismo éxito) la indemnidad jurídica del trabajador en el disfrute de aquellos derechos.

1. La garantía de indemnidad asociada al principio de igualdad y no discriminación.

Una primera garantía análoga a la derivada del derecho a la tutela judicial efectiva se asocia al principio de igualdad y no discriminación. Entre ambas existe un paralelismo o un parecido evidente y podría decirse, incluso, una cierta superposición, ya que las dos tienen por objeto la tutela del trabajador que litiga o reclama, si bien se distinguen tanto por su fundamento como por su extensión y alcance. En efecto, en cuanto al fundamento de la tutela, esta garantía vinculada a la igualdad engarza también con los derechos fundamentales, mas no a través del reconocido en el 24.1 CE sino, principalmente, como parte de la tutela antidiscriminatoria enraizada en el artículo 14 CE. Y, en cuanto al ámbito protegido, aunque coincide parcialmente con el de la garantía de indemnidad *stricto sensu*, pues se trata también de impedir represalias contra el trabajador que reivindica sus derechos, puede decirse que el campo de protección es más limitado que en el caso de la garantía general, al quedar ceñido exclusivamente a aquellas acciones y reclamaciones orientadas a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato ⁷⁸.

⁷⁷ En un sentido parecido apuntan las reflexiones de J. SEGALÉS FIDALGO: «Las garantías de indemnidad frente a los poderes empresariales causadas por el derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador; una reseña sobre las STC 140 y 168 de 1999», cit., pág. 127.

⁷⁸ Vid. D. ÁLVAREZ ALONSO: «La tutela del trabajador frente a represalias empresariales por el ejercicio de acciones o reclamaciones sobre igualdad de trato», Comunicación presentada al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *La igualdad ante la Ley*, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004, material aún no publicado, soporte informático CD-ROM, págs. 1 y ss.

Como es sabido, el ordenamiento jurídico español cuenta hoy con un amplio marco jurídico sustantivo de protección y promoción de la igualdad y de tutela antidiscriminatoria. Sin embargo, dadas las condiciones de inferioridad y dependencia en que se encuentran los trabajadores en el mercado de trabajo y en las relaciones laborales, es obvio que la proclamación formal de los principios de igualdad y no discriminación en el texto constitucional y en la legislación laboral no basta por sí sola para combatir eficazmente las conductas discriminatorias en el mundo de la empresa. Para el logro de una eficacia real de dichos principios se requieren resortes que el trabajador pueda activar frente a la posición de superioridad de su empresario, pues, de otro modo, la normativa antidiscriminatoria sustantiva acabaría por convertirse en poco más que un bonito programa de buenas intenciones. Por tanto, es necesario establecer cauces y procedimientos que permitan a los trabajadores acudir ante los órganos jurisdiccionales para defenderse de posibles desigualdades o discriminaciones. Pero esto sigue siendo insuficiente si no se establecen, además, mecanismos que aseguren que el acceso a la vía judicial no se traduzca en una respuesta represiva por parte del empresario, pues, de lo contrario, la eficacia de la tutela judicial de la igualdad quedaría absolutamente mermada.

En efecto, de poco sirve una generosa normativa sustantiva contra la discriminación si en la práctica se dejan resquicios para que el empresario acabe consolidando sus conductas discriminatorias por la vía del castigo y la amenaza, actuando de modo «ejemplarizante» sobre los trabajadores que efectivamente hayan litigado y generando en los demás un claro temor que probablemente les disuadiría de acudir a la vía judicial en caso de ser víctimas de una discriminación. Así pues, «la aplicación efectiva del principio de igualdad exige una protección judicial adecuada contra las represalias»⁷⁹. Aun tratándose de una cuestión adjetiva, dicha protección constituye un elemento absolutamente imprescindible para la consecución de los fines y objetivos del vasto conjunto de normas dedicadas a la salvaguarda de la igualdad de trato y a la erradicación de la discriminación y, por ello, se ha dicho con acierto que entre la tutela antidiscriminatoria y la defensa frente a actos de represalia existe una «conexión sustancial»⁸⁰.

De todo ello ha sido bien consciente el legislador comunitario en la elaboración de las directivas relacionadas con la igualdad de trato. Desde el primer momento, dichas normas se han ocupado de forma explícita de la protección frente a posibles represalias empresariales del trabajador que plantea reclamaciones o ejercita acciones judiciales relacionadas con la aplicación de aquel principio⁸¹. En efecto, de las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2002/73/CE se desprende la obligación de los Estados miembros de introducir en su ordenamiento jurídico las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra cualquier despido o cualquier otro trato

⁷⁹ Directiva 2000/43/CE, Preámbulo, parágrafo 20; y Directiva 2000/78/CE, Preámbulo, parágrafo 30. En el mismo sentido, STJCE de 22 de septiembre de 1998 («Asunto Coote», C-185/97), parágrafo 24. Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio del poder disciplinario», cit., pág. 3.

⁸⁰ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio del poder disciplinario», cit., pág. 3.

⁸¹ Vid. D. ÁLVAREZ ALONSO: «La tutela del trabajador frente a represalias empresariales por el ejercicio de acciones o reclamaciones sobre igualdad de trato», cit., págs. 4 y ss.

desfavorable adoptado por parte del empresario que constituya una reacción a una queja formulada a nivel de empresa o a una acción judicial encaminada a hacer respetar el principio de igualdad de trato en cualquiera de sus diversas manifestaciones ⁸².

En cambio, parece que a nuestro legislador nacional le ha costado más percatarse de la importancia del tema de las represalias en conexión con la tutela antidiscriminatoria, puesto que, hasta la reciente transposición de las citadas directivas, nuestro ordenamiento carecía de precepto alguno referido a esta cuestión. Sin embargo, ello no significa que no existieran mecanismos para hacer frente a las situaciones de represalia, ya que, de un lado, aquellas directivas eran susceptibles de producir un efecto directo y, de otro lado, ese vacío legal se ha venido llenando, como ya se sabe, mediante la doctrina jurisprudencial de la garantía de indemnidad ⁸³.

En cualquier caso, las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE han sido definitivamente transpuestas mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social ⁸⁴. Ello ha supuesto, entre otras cosas, la incorporación al artículo 17.1 ET de una garantía específica frente a aquellas medidas empresariales que entrañen un trato desfavorable como reacción a las acciones o reclamaciones del trabajador destinadas a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación, que –según la nueva redacción del precepto– deberán ser declaradas nulas, al igual que las restantes conductas discriminatorias a que se refiere la norma citada ⁸⁵. Se recoge así en el Estatuto, de forma prácticamente literal, la formulación del artículo 11 de la Directiva 2000/78/CE, incorporándose definitivamente a nuestra legislación laboral una referen-

⁸² Artículo 5 de la Directiva 75/117/CEE, artículo 7 de la Directiva 76/207/CEE, artículo 9 de la Directiva 2000/43/CE, artículo 11 de la Directiva 2000/78/CE y artículo 1 de la Directiva 2002/73/CE, que modifica el artículo 7 de la Directiva 76/207/CEE.

⁸³ Vid. D. ÁLVAREZ ALONSO: «La tutela del trabajador frente a represalias empresariales por el ejercicio de acciones o reclamaciones sobre igualdad de trato», cit., págs. 8 y ss.

⁸⁴ Desde una perspectiva general, la forma de transponer las últimas directivas comunitarias sobre igualdad de trato por parte de nuestro legislador nacional resulta un tanto desafortunada. En primer lugar, por el concreto instrumento elegido para ello, la llamada Ley de acompañamiento a los presupuestos (Ley 62/2003), que no parece el lugar más adecuado para residenciar normas del calado y con la vocación de generalidad y permanencia que tienen las allí recogidas. En segundo lugar, porque, salvando algunas aportaciones interesantes (fundamentalmente, definición legal de la discriminación indirecta, referencia expresa a ciertas formas de acoso, introducción de la orientación sexual entre las causas prohibidas de discriminación, ampliación del campo para las medidas de acción positiva y creación del Consejo para la promoción de igualdad de trato y no discriminación por razón de origen racial o étnico), son escasas las innovaciones que incorpora esta nueva regulación, que en algunos casos se limita a cambios de redacción en nuestra legislación por motivos puramente estéticos y en otros muchos cae en la pura y simple redundancia. Y, en tercer lugar, porque en términos de técnica legislativa la actuación del legislador podría calificarse de torpe y asistemática. En efecto, como consecuencia de una excesiva literalidad en la transposición, se acaba cayendo en no pocas incoherencias, omisiones y contradicciones, tanto internas como en relación con el resto del ordenamiento jurídico. Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO: «Contenido sociolaboral de las Leyes 61 y 62/2003, de presupuestos y acompañamiento para 2004 (I)», AS, núm. 18 (2004), pág. 18; J. MERCADER UGUINA: «Avalanchas normativas y legislación al por mayor: algunas reflexiones sobre la ley de acompañamiento para 2004», RL, núm. 6 (2004), pág. 101 y ss.; y D. ÁLVAREZ ALONSO: «La tutela del trabajador frente a represalias empresariales por el ejercicio de acciones o reclamaciones sobre igualdad de trato», cit., págs. 15 y ss.

⁸⁵ La Ley 62/2003 (art. 37) incorpora al artículo 17.1 ET un último inciso con la redacción siguiente: «Serán igualmente nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

cia explícita a la protección frente a represalias de las actuaciones judiciales o extrajudiciales del trabajador en defensa de su derecho a la igualdad de trato y a no ser discriminado. Con ello se explicita y se refuerza aún más la tutela del trabajador que litiga o reclama por sentirse víctima de un tratamiento discriminatorio, que tiene a su favor garantías claras y contundentes frente a posibles represalias empresariales.

Sin embargo, con todo lo que tiene de saludable y clarificadora la mención expresa en el texto del Estatuto, lo cierto es que esta regulación tampoco aporta una innovación sustancial, puesto que, tal y como se ha venido diciendo, el ejercicio de acciones sobre igualdad de trato y no discriminación ya quedaba amparado por la garantía de indemnidad del artículo 24.1 CE, sin necesidad de transposición expresa del Derecho Comunitario en este punto. Por otra parte, resulta un tanto criticable que, llevado de su obsesivo afán de fidelidad a la letra de la directiva, el legislador haya ceñido la protección frente a represalias a las acciones o reclamaciones relacionadas con el principio de igualdad y no discriminación, dejando fuera del ámbito protegido aquellas otras relacionadas con otros derechos o intereses legítimos. Con ocasión de esta transposición, el legislador podría haber incluido en el Estatuto una disposición expresa sobre protección del trabajador que litiga o reclama, sin más, sin vincular dicha protección en exclusiva a un derecho o interés concreto, como ha ocurrido en relación con el principio de igualdad. Se habría evitado así la desafortunada lectura *contrario sensu* que ofrece el precepto comentado al señalar que serán nulas las decisiones empresariales represivas de una acción o reclamación «*destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación*». Es obvio que dicha lectura carecería de sentido, habida cuenta que la doctrina sobre la garantía de indemnidad derivada del derecho a la tutela judicial efectiva supone la nulidad de todo acto empresarial de reacción frente al planteamiento de acciones por el trabajador con independencia del contenido de éstas, pero resulta decepcionante que, en lugar de aprovechar la oportunidad para la recepción legal de dicha jurisprudencia constitucional, se haya introducido en el texto del Estatuto una referencia que parece ignorarla completamente, sino ponerla en entredicho ⁸⁶.

De todos modos, lo relevante es que el ejercicio de acciones o reclamaciones exigiendo el cumplimiento del principio de igualdad de trato es una situación especialmente protegida. Es más, podría decirse que existe al respecto una doble vía de tutela o, al menos, una concurrencia de mecanismos tuitivos diversos: por una parte, las garantías establecidas en las directivas comunitarias que se han comentado y la mencionada previsión del artículo 17.1 ET resultante de la transposición de aquéllas, y, por otra parte, la garantía general de indemnidad construida por la jurisprudencia constitucional a partir del artículo 24.1 CE. Por consiguiente, se da una superposición de formas de tutela distintas entre las que existe alguna diferencia en cuanto a su fundamento y su alcance. Mas, salvo desde el punto de vista teórico, ello no plantea problemas graves de articulación, según se verá a continuación.

⁸⁶ Según algunos autores, la reforma del artículo 17.1 del ET viene a otorgar rango legal a la construcción jurisprudencial de la garantía de indemnidad (J. MERCADER UGUINA: «Avalanchas normativas y legislación al por mayor: algunas reflexiones sobre la ley de acompañamiento para 2004», cit. pág. 111; e I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. MERCADER UGUINA: «Las nuevas dimensiones de la denominada garantía de indemnidad», cit., pág. 8). Sin embargo, esta «recepción legal» de la doctrina del TC sobre indemnidad, si puede considerarse tal, es, cuando menos, incompleta o defectuosa.

En ese plano de la elaboración doctrinal, cabría hacer alguna referencia a la diferencia de fundamento jurídico de una y otra garantía. En este sentido, según se ha dicho ya, mientras que la garantía de indemnidad general se funda en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, las establecidas en el Derecho Comunitario y en el artículo 17.1 ET se vinculan estrechamente al principio de igualdad de trato y no discriminación. Con ellas se trataría de proteger no tanto el acceso a la justicia sino, al margen de ello, el que la exigencia frente al empresario del cumplimiento del principio de igualdad de trato no suponga para el trabajador perjuicios o represalias⁸⁷. No obstante, de lo anterior no debe deducirse una separación tajante entre ambos tipos de garantía, porque el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha puesto de manifiesto que los preceptos de la Directiva 76/207/CE sobre protección contra represalias (y lo mismo cabría decir de los preceptos análogos de las demás directivas sobre igualdad y, por extensión, de la garantía del art. 17.1 ET) son expresión del «*principio de control jurisdiccional efectivo*» o derecho fundamental a la tutela judicial, «*principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que está igualmente consagrado en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*», cuya eficacia exige mecanismos de interdicción de las medidas de represalia adoptadas por el empresario que pudieran disuadir a los trabajadores que se considerasen discriminados de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional⁸⁸. En definitiva, las garantías de indemnidad contenidas en la normativa comunitaria y en su trasunto español del artículo 17.1 ET tienen un vínculo claro con el principio de igualdad, pero, aunque se pongan al servicio de la efectividad de éste, también son manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial. Por cierto, dicho derecho ha sido recogido con idéntica denominación a la habitual en nuestro Derecho nacional en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa –en proceso de ratificación– en su artículo II-107⁸⁹.

De todas formas, a la vista de los matices apuntados, cabría preguntarse si en nuestro Derecho, ante una situación fáctica de represalia por la defensa de la igualdad de trato, es más correcto o conveniente invocar el derecho fundamental sustantivo del artículo 14 CE o la garantía (procesal o adjetiva) de indemnidad del artículo 24.1 CE. Si para dar una respuesta a este interrogante se tomara en consideración la manera tradicional de actuar del TC, podría pensarse que en este tipo de casos el

⁸⁷ Vid. M. RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio del poder disciplinario», cit., págs. 3 y 4.

⁸⁸ STJCE de 22 de septiembre de 1998 («Asunto Coote», C-185/97), parágrafo 21, 24 y 27. Por otro lado, el citado artículo 6.1 del CEDH establece lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella [...]».

⁸⁹ Artículo 47 de la Carta (art. II-107 de la Constitución Europea), derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial: «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

Tribunal centraría su atención en la violación del derecho sustantivo de referencia, el del artículo 14, quedando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva subsumida en aquélla. Sin embargo, el proceder del TC en la ocasión que ha tenido para abordar estas cuestiones ha sido exactamente el inverso. En efecto, en la STC 5/2003, un caso de represalia empresarial que traía causa precisamente de un procedimiento previo que había supuesto la condena a la empresa por discriminación, el TC ha optado por separar los planos de la igualdad y de la indemnidad, omitiendo un pronunciamiento sobre si el derecho fundamental a la no discriminación incluye también la defensa frente a actos de represalia, y ha otorgado el amparo basándose exclusivamente en el derecho a la tutela judicial ⁹⁰.

Por lo demás, hay que decir que, con anterioridad a la transposición de las garantías comunitarias, quizá la invocación de la garantía de indemnidad del artículo 24.1 CE fuera el camino más seguro de defensa del trabajador objeto de represalia. Sin embargo, el panorama ha cambiado con la inclusión en el artículo 17.1 ET de una garantía específica en clara conexión con el principio de igualdad, lo que apunta a un replanteamiento del tema y, quizá, al establecimiento de nuevas e interesantes interrelaciones entre la garantía de indemnidad y el artículo 14 CE en una futura jurisprudencia constitucional.

En todo caso, como se decía, en el terreno práctico no se plantean mayores problemas a causa de esta dualidad de tutela, por varias razones. En primer lugar, porque ambas vías de tutela se enmarcan en el ámbito de los derechos fundamentales, gozando de idéntica protección reforzada, idénticas posibilidades de acceso a las modalidades preferentes y sumarias de protección jurisdiccional y al recurso de amparo e idénticas facilidades en orden a la prueba mediante el binomio indicios-traslación de la carga probatoria. En segundo lugar, porque ambas son oponibles no sólo frente al despido, sino también frente a cualquier otra conducta empresarial represiva. Y, en tercer lugar, porque en los dos casos la infracción de las garantías respectivas se traduce en la nulidad de la decisión de que se trate.

Únicamente cabría reseñar una diferencia con algún efecto práctico, a saber, que, en lo que se refiere a la conducta tutelada, la garantía establecida en el 17.1 ET tiene la ventaja de extender expresamente la protección a las reclamaciones efectuadas internamente en la empresa, algo que, según se ha visto, resulta más dudoso en el caso de la garantía de indemnidad del 24.1 CE, cuya estrecha vinculación con dicho precepto parece dejar excluidas de cobertura aquellas actuaciones del trabajador en defensa de sus derechos que no supongan efectivamente ejercicio del derecho a la tutela judicial, si bien ya se dijo que la jurisprudencia constitucional más reciente apunta a una interpretación más flexible tendente a incluir en el ámbito protegido por dicha garantía determinadas conductas extraprocesales o previas al proceso que no son acciones judiciales propiamente dichas y que no constituyen, en sentido estricto, una manifestación de aquel derecho fundamental.

Así pues, las divergencias entre la garantía de indemnidad del artículo 24.1 CE y la específicamente asociada al principio de igualdad no parecen de bastante calado como para suponer un ver-

⁹⁰ Vid. M. RODRÍGUEZ-PÍÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y ejercicio del poder disciplinario», cit., págs. 3 y 4.

dadero inconveniente de articulación entre mecanismos jurídicos que parecen complementarios. De esta forma, en el ordenamiento jurídico español, la tutela antirrepresiva de la igualdad puede apoyarse alternativamente en dos instrumentos distintos aunque íntimamente relacionados, sin que la existencia de una doble vía de protección suponga un auténtico problema. Al contrario, esa concurrencia de mecanismos tuitivos supone un notable refuerzo de la protección ofrecida al trabajador que reclama o litiga en defensa de su derecho a no ser discriminado, con lo que se da un paso más en el progresivo avance hacia una tutela antidiscriminatoria real y plenamente efectiva ⁹¹.

2. La garantía de indemnidad sindical.

Aunque, con carácter general, la jurisprudencia constitucional ha venido reservando el nombre de *garantía de indemnidad* para referirse, en sentido estricto, a la protección del ejercicio de acciones judiciales frente a eventuales perjuicios o menoscabos que se deriva del artículo 24.1 CE, es preciso señalar que el propio TC también ha recurrido a esa expresión –aunque no siempre– para designar otro tipo de tutela encuadrada dentro de la libertad sindical reconocida en el artículo 28.1 CE. En efecto, dentro del contenido esencial de dicha libertad se incluye el derecho del trabajador a no ser perjudicado o discriminado en su empresa por la realización de actividades de tipo sindical o, simplemente, por su pertenencia a un sindicato, derecho al que la jurisprudencia constitucional se ha referido en ocasiones como *garantía de indemnidad sindical* ⁹². Ello obliga a hacer alguna precisión o delimitación conceptual a fin de determinar si la indemnidad del artículo 24.1 CE y esta otra «indemnidad sindical» deben tratarse conjuntamente o si, por el contrario, se trata de institutos jurídicos de distinta naturaleza que no deben confundirse ⁹³.

En el fondo, la indemnidad sindical del artículo 28.1 y la indemnidad por litigar del artículo 24.1 son subespecies de un tronco común, la *indemnidad en sentido lato* a que se hizo referencia antes, esto es, la prohibición general de todo perjuicio o menoscabo que se infiera como consecuencia del lícito ejercicio de un derecho fundamental ⁹⁴. Pero se trata de manifestaciones de este principio general con perfiles y particularidades propias, lo que explica que el TC se haya referido a ellas explícitamente como garantías de indemnidad, algo que (hasta ahora) no ha ocurrido en relación con otros

⁹¹ Vid. D. ÁLVAREZ ALONSO: «La tutela del trabajador frente a represalias empresariales por el ejercicio de acciones o reclamaciones sobre igualdad de trato», cit., págs. 18 y ss.

⁹² SSTC 197/1990, FJ 3; 87/1998, FJ 3; 191/1998, FJ 4; 201/1999, FJ 4; 30/2000, FJ 2; 265/2000, FJ 5; 44/2001, FJ 3; 173/2001, FJ 5; 214/2001, FJ 4; 185/2003, FJ 6; 188/2004, FJ 4; 198/2004, FJ 5; y 17/2005, FJ 2.

⁹³ Sobre el particular, K.M. SANTIAGO REDONDO señala que «inferir de la coincidencia terminológica una equiparación material sería [...] desafortunado. Resultaría que un instituto pensado para vedar las revanchas empresariales originadas por el legítimo ejercicio de la tutela judicial, vendría a confundirse con otra noción más general y ya consolidada en la jurisprudencia constitucional con anterioridad, a saber, la prohibición de efectos negativos por el ejercicio de derechos fundamentales» (vid. «Garantía de indemnidad o inexecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos», cit., pág. 35).

⁹⁴ Vid., en el mismo sentido, A. NICOLÁS FRANCO: «La garantía de indemnidad. Breve comentario con ocasión de la STC 265/2000, de 13 de noviembre», cit., págs. 35 y ss.

derechos fundamentales ⁹⁵. Sin embargo, como se verá a continuación, dichas singularidades ni son exactamente de la misma naturaleza, ni responden a las mismas razones, ni comparten un mismo fundamento, por lo que lo más adecuado parece considerar una y otra garantía como institutos distintos.

La *garantía de indemnidad sindical*, en realidad, no es otra cosa que «*el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa*» ⁹⁶. Se trata, por tanto, de uno de los contenidos típicos y tradicionales de la vertiente individual de la libertad sindical del artículo 28.1 CE, que, en palabras del TC, «*veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes en relación con el resto de los trabajadores*» ⁹⁷. De un lado, el ámbito propio de ejercicio de estos derechos de afiliación y actividad sindical, las relaciones laborales, caracterizadas por la presencia de las notas de subordinación y dependencia, que hacen especialmente probable la aparición de situaciones de represalia, y, de otro lado, la finalidad específica de dichos derechos, la defensa colectiva de intereses frente a la contraparte empresarial, dotan de cierta singularidad a esta garantía de indemnidad sindical, y de ahí que el TC se haya referido a ella explícitamente como tal para reforzar aún más, si cabe, la protección.

Sin embargo, desde la perspectiva de la estructura y contenido del derecho fundamental, lo cierto es que la mención a la «*garantía de indemnidad*» no aporta nada que no quedara ya amparado por la mera invocación de la libertad sindical en su formulación genérica. En efecto, que del artículo 28.1 CE se desprende directamente una prohibición de perjuicios o menoscabos por razones de afiliación o actividad sindical es algo de lo que en ningún momento han dudado ni la doctrina científica ⁹⁸ ni la

⁹⁵ Es cierto que el TC también ha utilizado en varias ocasiones la palabra «*indemnidad*» en relación con el derecho al honor, pero no para identificar una garantía jurídica de su ejercicio frente a posibles represalias y sanciones, sino, simplemente, como sinónimo de intangibilidad de la buena reputación, que es precisamente lo que protege aquel derecho (por ejemplo, SSTC 180/1999, FJ 5; 282/2000, FJ 3; y 14/2003, FJ 12).

⁹⁶ STC 214/2001, FJ 4. *Vid.* también SSTC 197/1990, FJ 3; 87/1998, FJ 3; 191/1998, FJ 4; 201/1999, FJ 4; 30/2000, FJ 2; 265/2000, FJ 5; 44/2001, FJ 3; 173/2001, FJ 5; 185/2003, FJ 6; 188/2004, FJ 4; 198/2004, FJ 5; y 17/2005, FJ 2. Asimismo, aluden a la indemnidad sindical, aunque de forma más incidental, una serie de sentencias sobre vulneración del derecho a la intimidad (libertad informática, art. 18.1 y 4 CE) y de la libertad sindical que se refieren a la utilización por RENFE de los datos de los trabajadores sobre afiliación sindical facilitados con la finalidad lícita de descontar la cuota sindical y transferirla al sindicato, a efectos del descuento salarial por secundar una convocatoria de huelga, descuento salarial que se efectuó por el mero hecho de la afiliación a uno de los sindicatos convocantes de la huelga aun cuando los afectados no hubiesen participado en la suspensión de la actividad laboral (SSTC 11/1998, 33/1998, 35/1998, 45/1998, 60/1998, 77/1998, 105/1998, 106/1998, 123/1998, 124/1998, 125/1998, 126/1998, 158/1998, 30/1999, 44/1999 y 45/1999). *Vid.* M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, cit., págs. 650 y ss.; J. VIDA SORIA, J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE: *Manual de Derecho del Trabajo*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2004, pág. 161; T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 60 y ss.

⁹⁷ STC 214/2001, FJ 4. *Vid.* también SSTC 197/1990, FJ 3; 87/1998, FJ 3; 191/1998, FJ 4; 201/1999, FJ 4; 30/2000, FJ 2; 265/2000, FJ 5; 44/2001, FJ 3; 173/2001, FJ 5; y 185/2003, FJ 6.

⁹⁸ En efecto, se trata de una afirmación no sólo pacífica sino plenamente asumida por la totalidad de la doctrina. *Vid.*, por ejemplo, M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, cit., págs. 650 y ss.; M. ALONSO OLEA: «*Introducción general al despido y a sus causas*», cit., pág. 9; A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA: *Derecho del Trabajo*, cit., págs. 262 y 265; J. VIDA SORIA, J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE: *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., pág. 160 y ss.; T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, cit., págs. 59 y ss.; VV.AA. (F. RODRÍGUEZ SAÑUDO, Coord.): «*Libertad sindical*», en F. RODRÍGUEZ SAÑUDO y F. ELORZA GUERRERO (Coord.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 23 y 38 y ss.; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: *La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *Ibidem*, Madrid, 1997, págs. 47 y ss.; e I. MARÍN MORAL: *Libertad sindical y Constitución*, Laborum, Murcia, 2002, págs. 120 y ss.

jurisprudencia, como lo demuestra la existencia de pronunciamientos sobre libertad sindical que, sin mencionar la garantía de indemnidad, otorgan el amparo frente a perjuicios económicos o profesionales derivados del ejercicio del derecho fundamental ⁹⁹.

Con esto no se pretende menospreciar la garantía de indemnidad sindical, que clarifica y refuerza la protección de los afiliados y representantes sindicales frente a la coerción empresarial, sino, simplemente, poner de manifiesto una importante diferencia cualitativa entre aquélla y la indemnidad del artículo 24.1 CE: la garantía de indemnidad sindical forma parte del contenido «clásico» de la libertad sindical, mientras que la indemnidad del litigante constituye una ampliación del contenido y del ámbito de eficacia tradicionales del derecho a la tutela judicial efectiva, una vertiente peculiar de dicho derecho con ciertas particularidades que la singularizan y que, por eso precisamente, es la que finalmente se ha consolidado en la jurisprudencia como un instituto jurídico con cierta autonomía bajo el nombre de garantía de indemnidad. En cambio, la indemnidad sindical no es más que la mera aplicación de eso que se ha llamado indemnidad en *sentido lato* en relación con el derecho de libertad sindical, una derivación natural de dicho derecho fundamental a partir de su proclamación formal en el texto constitucional.

En este sentido, sin perjuicio de su utilidad como modo de reforzar y dar mayor sonoridad a una forma de tutela de especial importancia por razón de su específico ámbito de aplicación y de la proyección colectiva de los derechos en juego, lo cierto es que el recurso a la expresión *garantía de indemnidad* no resulta en absoluto imprescindible para referirse a la interdicción de perjuicios o menoscabos por razón de afiliación o actividad sindical. En efecto, cualquier conducta de represalia empresarial (o por parte de los poderes públicos) que se desenvuelva en contra los derechos de afiliación o de participación sindical es susceptible de ser calificada como una infracción de la garantía de indemnidad sindical, pero también, en términos más generales, como una discriminación por motivos sindicales.

De hecho, la garantía de indemnidad sindical puede considerarse recogida en algunos preceptos de la legislación ordinaria, si bien no explícitamente con dicha denominación, sino englobada dentro de la más genérica y más extensa prohibición de discriminaciones y conductas antisindicales. En este sentido, los artículos 17.1 ET y 12 LOLS declaran que serán nulos los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que supongan una discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo –favorable o adversa– por razón de adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de actividades sindicales, redacción esta de carácter amplio y abierto que entraña la interdicción de injerencias antisindicales de muy diverso tipo, incluidas, entre otras, las conductas de represalia contrarias a la llamada garantía de indemnidad sindical ¹⁰⁰.

⁹⁹ Por ejemplo, SSTC 134/1994, 74/1998 y 70/2000. Vid. K.M. SANTIAGO REDONDO: «Garantía de indemnidad o inejecución anticipada de sentencias. Despido contra cesión ilegal en locutorios telefónicos», cit., pág. 35.

¹⁰⁰ Vid. M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, cit., págs. 650 y ss.; T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, cit., págs. 60 y ss.; y J. VIDA SORIA, J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE: *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., págs. 160 y ss.

Por otra parte, en las normas del Derecho Internacional del Trabajo también pueden encontrarse referencias, quizá más explícitas, a la garantía de indemnidad sindical, aunque tampoco en ellas se utiliza dicha denominación, producto genuino de la jurisprudencia de nuestro TC. Así, en primer lugar, el Convenio n.º 98 (1949) de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva ¹⁰¹ establece que «los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo» ¹⁰², subrayando que «dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo» ¹⁰³. Y, por su parte, el ya citado convenio n.º 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, en perfecta sintonía con el Convenio n.º 98, excluye de las justas causas para dar por finalizada la relación laboral «la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo» ¹⁰⁴, así como el hecho de «ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad» ¹⁰⁵.

Una vez hecha esta exposición sobre el concepto de la garantía de indemnidad sindical, sobre su fundamento y sobre su engarce en la Constitución y en la normativa nacional e internacional, procede ahora esbozar sus perfiles básicos con alguna indicación sobre la titularidad, el contenido y el alcance del derecho, aunque sin ánimo de exhaustividad, pues otra cosa requeriría un análisis de fondo más detenido sobre los mecanismos jurídicos de tutela y promoción de la libertad sindical y sobre las conductas antisindicales que excedería de los objetivos de este estudio.

La titularidad del derecho de indemnidad sindical corresponde a todos los trabajadores afiliados a un sindicato o que participen en actividades sindicales, sin que quepa atribuir esta tutela en exclusiva a los representantes sindicales. Estos últimos, por el especial papel que desempeñan, son más propensos a sufrir una represalia empresarial, y de ahí que, además de estar amparados por la garantía de indemnidad sindical, cuenten a su favor con garantías especiales legalmente establecidas que refuerzan su posición en el ejercicio de sus funciones representativas ¹⁰⁶. Pero el hecho de que los representantes cuenten con un marco legal de protección reforzada no implica que los demás trabajadores queden excluidos del nivel básico de tutela que ofrecen la garantía de indemnidad sindical y la genérica prohibición de discriminación por motivos sindicales ¹⁰⁷. Por otro lado, obsérvese que la titularidad del derecho no es exclusiva del afiliado, pues también el no afiliado se sitúa dentro del ámbito protegido por la indemnidad sindical cuando participa en actividades sindicales lícitas ¹⁰⁸.

¹⁰¹ Ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977, BOE 10 de mayo de 1977.

¹⁰² Artículo 1.1.

¹⁰³ Artículo 1.2.

¹⁰⁴ Artículo 5 a).

¹⁰⁵ Artículo 5 b).

¹⁰⁶ De ello se trata más a fondo en el apartado siguiente.

¹⁰⁷ Vid. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: *La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pág. 48; e I. MARÍN MORAL: *Libertad sindical y Constitución*, cit., pág. 125.

¹⁰⁸ STC 134/1994, FJ 5. Vid. T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, cit., pág. 62; y VV.AA. (F. RODRÍGUEZ SAÑUDO, Coord.): «Libertad sindical», cit., págs. 15 y 16.

En cuanto al contenido de la garantía de indemnidad sindical, ya ha quedado dicho que, según la definición del TC, se trata del «derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa»¹⁰⁹. De ahí se desprende que la conducta tutelada es, de un lado, el derecho del trabajador a afiliarse libremente al sindicato de su elección y, de otro lado, el derecho a participar en la acción sindical, aun sin tener la condición de afiliado, tal y como se ha dicho antes. Esta segunda vertiente implica que el elenco de comportamientos amparados por la garantía es amplísimo, pues, en principio, cualquier actuación de los trabajadores que pudiera considerarse participación en el ejercicio de la actividad sindical sería susceptible de activar dicho resorte protector frente a una eventual respuesta empresarial de represalia. Por ello, se omite aquí la exposición de una relación de conductas protegidas que, por extensa que fuera, difícilmente podría considerarse cerrada o acabada. Sí conviene, en cambio, señalar que, al reconocerse en nuestro sistema la *libertad sindical negativa*¹¹⁰, lo lógico es considerar que la garantía de indemnidad sindical ampara tanto la afiliación y la participación sindical como la decisión de no afiliarse a un sindicato o de mantenerse al margen de las actividades sindicales, de donde tampoco podría derivarse un perjuicio o menoscabo para el trabajador, como se deduce del artículo 1 del Convenio n.º 98 de la OIT y de los artículos 17.1 ET y 12 LOLS¹¹¹.

En el otro lado, los actos frente a los que ofrece su protección la garantía o, dicho de otro modo, las conductas vedadas son todas aquellas actuaciones que supongan una represalia por razones de afiliación o por la participación en alguna actividad promovida por el sindicato, ya se trate de un despido o de cualquier otro perjuicio en la esfera profesional del trabajador. Así se desprende de la jurisprudencia constitucional citada, del Convenio n.º 98 de la OIT y de la amplitud de la redacción de los preceptos legales sobre discriminación sindical. De este modo, al igual que en el caso de la garantía de indemnidad del artículo 24.1 CE podría predicarse la *universalidad* de la derivada del artículo 28.1, en tanto que, en principio, resulta oponible a toda acción represiva imaginable. Desde luego, el abanico de posibles infracciones de la garantía aquí estudiada es enorme, de suerte que sería una tarea difícil ofrecer un catálogo con pretensiones de tipicidad¹¹². Por otra parte, debe tenerse presente también que, aunque lo más normal es que esas injerencias represivas sean obra de la dirección empresarial, también es posible que procedan de algún poder público e, incluso, no se puede descartar que en algún caso también pueda estar detrás un sindicato.

¹⁰⁹ STC 214/2001, FJ 4. Vid. también SSTC 197/1990, FJ 3; 87/1998, FJ 3; 191/1998, FJ 4; 201/1999, FJ 4; 30/2000, FJ 2; 265/2000, FJ 5; 44/2001, FJ 3; 173/2001, FJ 5; y 185/2003, FJ 6.

¹¹⁰ Como es sabido, y por razones evidentemente históricas, nuestra Constitución consagra de forma expresa la libertad sindical negativa en el último inciso del artículo 28.1 CE, donde se dice que «nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato». Vid. la monografía de S. DE SOTO RIOJA: *La libertad sindical negativa*, Civitas, Madrid, 1998. Vid. también I. ALBIOL MONTESINOS: *El sindicato en la empresa*, Deusto, Bilbao, 1990, págs. 27 y ss.; e I. MARÍN MORAL: *Libertad sindical y Constitución*, cit., págs. 102 y ss.

¹¹¹ Vid. T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, cit., págs. 59 y ss.

¹¹² En general, resulta difícil, y probablemente sería contraproducente, realizar una tipificación de las conductas antisindicales. Además, en la elaboración de las normas de tutela frente discriminaciones o actuaciones contrarias a la libertad sindical, nuestro legislador ha optado por la técnica de la indeterminación, huyendo del establecimiento de tipos demasiado cerrados y optando por una acepción amplia de discriminación sindical susceptible de acoger las muy variadas formas posibles de ataque al derecho fundamental, consciente de que otra cosa hubiera supuesto seguramente dejar muchas de ellas al margen de la protección (vid. Y. VALDEOLIVAS GARCÍA: *Las conductas lesivas de la libertad sindical*, CES, Madrid, 1994, págs. 58 y ss.).

En cualquier caso, para que entre en juego la garantía de indemnidad sindical debe acreditarse que los actos que se pretenden lesivos de aquélla constituyen efectivamente una represalia por motivos sindicales, esto es, debe probarse la relación de causalidad entre el hecho de la afiliación o la participación del trabajador en las actividades sindicales y la posterior conducta que se tacha de represiva. Obviamente, a estos efectos, cuando se trate de una decisión empresarial que bajo una apariencia formal ajustada a la ley pudiera ocultar una motivación antisindical, serán de aplicación las especiales reglas de facilitación de la prueba propias de los procesos sobre vulneración de la libertad sindical y demás derechos fundamentales de las que ya se ha hablado a propósito de la garantía de indemnidad del artículo 24.1.

Por último, en lo que se refiere a la consecuencia jurídica de la violación de la garantía de indemnidad sindical, de nuevo se remite a lo ya dicho anteriormente, pues la sanción y remedio a aplicar no son otros que la declaración de nulidad de la conducta infractora y la reparación *in natura* al perjudicado, característica común que comparten la mayoría de las garantías estudiadas en este trabajo (siendo precisamente por eso por lo que pueden llamarse propiamente garantías de *indemnidad*) y que, por otra parte, es lo que procede en todos los casos de actuaciones empresariales lesivas de la libertad sindical en cualquiera de sus manifestaciones, tal y como se desprende de la jurisprudencia constitucional y de la legislación sustantiva y procesal [arts. 53.4 y 55.5 ET y arts. 108.2 y 3, 122.2 c) y 180.1 LPL].

3. Garantías de los representantes de los trabajadores frente a despidos, sanciones y otros actos discriminatorios.

Muy próximo al tema de la garantía de indemnidad sindical, estudiado en apartado anterior, se encuentra el tema de las garantías de los representantes de los trabajadores. Dentro del doble canal de representación propio de nuestro sistema, los representantes sindicales, como ha quedado dicho, gozan en el ejercicio de sus actividades de la protección –no exclusiva, puesto que es extensible a los meros afiliados– de la garantía de indemnidad sindical frente a posibles actos de represalia por parte del empresario. No ocurre lo mismo, en cambio, con los representantes unitarios carentes de un vínculo con el sindicato, a los que, en principio, no alcanzaría la cobertura constitucional del derecho de libertad sindical, si bien, como es sabido, en la práctica se confunden habitualmente la representación unitaria y la sindical, de suerte que el delegado o miembro del comité promovido a tal condición precisamente como candidato ligado a un sindicato se encuentra de lleno en el ámbito de ejercicio del derecho del artículo 28.1 CE y se beneficia de toda su virtualidad protectora, incluyendo, obviamente, la garantía de indemnidad sindical.

Mas incluso en el supuesto del representante unitario sin afiliación sindical, su actividad representativa, que le coloca en una posición de probable enfrentamiento y conflicto con el empresario, cuenta, como no podía ser de otra forma, con la protección de una serie de instrumentos jurídicos tuitivos que permiten atajar los intentos de represalia por parte de la empresa. Es de todos bien conocido que los representantes de los trabajadores en la empresa gozan de un importante armazón legal de promoción y tutela con el que se pretende garantizar el correcto desarrollo de la función repre-

sentativa, de un lado, facilitando medios dirigidos a apoyar su desempeño (las llamadas *facilidades*) y, de otro lado, protegiendo la posición jurídica del representante como trabajador frente a determinados comportamientos empresariales (a ello responden las *garantías*)¹¹³. De todo ello, interesa ahora lo último, pues no se trata aquí de hacer un análisis exhaustivo de las facilidades y garantías de los representantes, sino de analizar algunas de las mencionadas garantías desde la perspectiva propia de este trabajo, esto es, la de la protección de los trabajadores —en este caso representantes— contra represalias empresariales.

Dejando al margen las facilidades, de entre las garantías propiamente dichas reconocidas en nuestro ordenamiento, a los efectos de este estudio, interesa destacar, en tanto que se trata de instrumentos encaminados a procurar la indemnidad del representante en el ejercicio de sus funciones, en primer lugar, la *prohibición de despidos y sanciones basados en la acción representativa* y, en segundo lugar, la *prohibición de discriminación en la promoción económica y profesional del representante*. Con ellas se da cumplimiento a lo establecido en determinadas normas internacionales ratificadas por España, a saber: el Convenio n.º 135 de la OIT¹¹⁴, según el cual «los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido, por razón de su condición de representantes, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor» (art. 1); y el ya citado Convenio n.º 158 OIT, que excluye de las causas justificadas para la terminación de la relación el «ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad» [art. 5 b)].

La *garantía frente a despidos y sanciones* se recoge en el artículo 68 c) ET, que señala que el representante no podrá «[...] ser sancionado ni despedido durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54». De esta forma, lo que se establece no es una inmunidad o privilegio de carácter absoluto, sino una prohibición legal de medidas sancionadoras basadas en la actividad del representante como tal. Pero, si el representante incurre en algún incumplimiento de sus obligaciones como trabajador, sí puede ser sancionado incluso con el despido, de conformidad con las reglas generales sobre el despido disciplinario del artículo 54 ET, a las que el propio precepto comentado hace una remisión expresa.

Se trata, pues, de evitar que el poder disciplinario empresarial se utilice para adoptar represalias contra el representante, proscribiendo toda decisión materialmente dirigida, ya sea de forma expresa o implícita, a sancionarle por motivos relacionados precisamente con el ejercicio de su fun-

¹¹³ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA: *Derecho del Trabajo*, cit., págs. 309 y ss.; T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, cit., págs. 212 y ss.; I. ALBIOL MONTESINOS: *Comités de empresa y delegados de personal*, Deusto, Bilbao, 1992, págs. 171 y ss.

¹¹⁴ Convenio OIT n.º 135 de 1971, relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa (ratificado el 8 de noviembre de 1972, BOE 4 de julio de 1974).

ción. En este sentido, la doctrina viene considerando mayoritariamente esta garantía como una prolongación de la prohibición de tratamientos discriminatorios del artículo 17.1 ET ¹¹⁵. De ahí que las conductas empresariales que la infrinjan deban calificarse como nulas, como, por otra parte, en caso de tratarse de un despido, se desprende asimismo de los artículos 55.5 ET y 108.2 LPL ¹¹⁶.

En cuanto al ámbito personal de esta garantía, es preciso señalar que, aunque el artículo 68 ET la refiere exclusivamente a los miembros del comité de empresa y a los delegados de personal, la jurisprudencia constitucional la ha extendido a los candidatos que se presentaran a los correspondientes procesos electorales, de conformidad con la interpretación del Convenio n.º 135 de la OIT que realiza la Recomendación n.º 143 y con lo establecido en el artículo 5 b) del Convenio n.º 158 de la OIT ¹¹⁷. Por otro lado, se aplica también a otros sujetos, aún más allá del ámbito de los representantes unitarios. Así, en primer lugar, a los delegados sindicales, mediante la remisión del artículo 10.3 LOLS. En segundo lugar, en las empresas de dimensión comunitaria y en las Sociedades Europeas, a los miembros del comité de empresa europeo y a los trabajadores que desempeñen algún papel en los procedimientos de información y consulta o en las distintas formas de implicación de los trabajadores regulados en las Directivas 94/45/CE ¹¹⁸, 2001/86/CE ¹¹⁹ y 2002/14/CE ¹²⁰, así como a aquellos que hayan participado en las negociaciones para la puesta en marcha de alguno de estos mecanismos, pues todos ellos deben gozar de la protección y las garantías previstas para los representantes de los trabajadores en el ordenamiento del país donde estén empleados ¹²¹. Asimismo, en tercer lugar, la garantía frente a despidos y sanciones debe amparar a los miembros del comité de huelga ¹²². Y, por último, quedan igualmente cubiertos por la garantía algunos trabajadores que no realizan funciones propiamente representativas, sino otras más específicas en materia de prevención de riesgos laborales, los delegados de prevención (art. 37 LPRL) y los designados por el empresario para realizar labores preventivas (art. 30.4 LPRL).

¹¹⁵ Vid. T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, cit., pág. 214; I. ALBIOL MONTESINOS: *Comités de empresa y delegados de personal*, cit., pág. 174; G. BARREIRO GONZÁLEZ: «Garantías de los representantes del personal», en VV.AA. (E. BORRAJO DACRUZ, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, Coord.), *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 202; y G. TUDELA CAMBRONERO: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 70.

¹¹⁶ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA: *Derecho del Trabajo*, cit., págs. 310; T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, cit., pág. 214; I. ALBIOL MONTESINOS: *Comités de empresa y delegados de personal*, cit., pág. 174.

¹¹⁷ SSTC 38/1981 y 55/1983.

¹¹⁸ Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994, del Consejo, sobre constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

¹¹⁹ Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, del Consejo, que completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

¹²⁰ Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo de 2002, del Consejo y del Parlamento Europeo, que establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea.

¹²¹ Artículo 10 de la Directiva 94/45/CE; artículo 10 de la Directiva 2001/86/CE; y artículo 7 de la Directiva 2002/14/CE. Y, en nuestro ordenamiento nacional, artículo 21 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, que regula los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

¹²² Vid. T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, cit., pág. 216.

El ámbito temporal de la garantía lo fija la letra del precepto en el tiempo que dure el mandato representativo más el año siguiente a la su expiración, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión. Además, partiendo de la extensión de las garantías del artículo 68 a los delegados sindicales, cabría añadir que el TS interpretó en su momento que la destitución del delegado sindical debía surtir en este punto los mismos efectos que la revocación del representante unitario ¹²³, equiparación esta posteriormente rechazada por el TC ¹²⁴.

Esta pérdida de la ampliación del período protegido por revocación o dimisión resulta bastante criticable por varias razones, pero, sobre todo, porque, por fuerte que sea el desencuentro final entre representante y representados, no parece razonable que la revocación invalide absolutamente todas y cada una de las actuaciones de aquél durante el tiempo que ostentó el cargo, muchas de las cuales podrían no tener nada que ver con las causas de su cese e incluso ser anteriores a las desavenencias que lo desencadenaron ¹²⁵. Y, en cuanto a la dimisión, la falta de sentido de esta regulación se agudiza, pues aquélla puede deberse a motivos personales ajenos a la tarea de representación o constituir un intento de apartarse del cargo precisamente para no entorpecer dicha tarea, siendo entonces injustificada esa especie de «sanción indirecta» que se quiere hacer recaer sobre el dimisionario ¹²⁶.

De todas formas, al margen de las anteriores consideraciones, la norma objeto de comentario genera una cierta perplejidad desde su misma base, porque no es fácil entender la limitación temporal establecida para esta garantía. De la literalidad del precepto parece desprenderse una conclusión absurda, esto es, que, si bien no es posible despedir o sancionar al representante por motivos relacionados con el ejercicio de la función representativa durante el tiempo del mandato y el año siguiente, sí sería posible el despido o la sanción, por esas mismas razones, una vez finalizados dichos períodos. Téngase en cuenta que, según se ha dicho anteriormente, el artículo 68 c) ET no prohíbe de forma general el uso del poder disciplinario contra los representantes, sino su uso desviado con la finalidad de reprimir a los trabajadores precisamente a causa de su actuación de representación, lo que, en definitiva, constituiría un tratamiento discriminatorio. Así pues, la garantía frente a despidos y sanciones es una concreción de la genérica prohibición de discriminación, y, siendo ello así, se compadece mal con ese marco temporal al que el ET parece circunscribirla, pues si las reacciones empresariales causadas por el ejercicio de la actividad del representante son una discriminación, no dejarán de serlo aunque la represalia empresarial se posponga más allá del año posterior a la finalización del mandato ¹²⁷.

En fin, la previsión legal que ahora se critica tendría sentido en el caso de una inmunidad absoluta ante cualquier despido o sanción, pero no en el de la inmunidad relativa o «causal» que recoge

¹²³ STS de 29 de diciembre de 1998 (art. 447).

¹²⁴ STC 229/2002.

¹²⁵ También en sentido crítico, y con profusión de argumentos, cfr. G. TUDELA CAMBRONERO: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, cit., págs. 50 y ss.

¹²⁶ Vid. G. TUDELA CAMBRONERO: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, cit., pág. 58.

¹²⁷ Vid. M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 218; y T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, cit., pág. 214.

el artículo 68 c) ¹²⁸. La limitación al período del mandato y al año posterior tendría más lógica en relación con el disfrute efectivo de otras garantías, la prioridad de permanencia y el derecho de opción en caso de despido improcedente, pero no, desde luego, allí donde está establecida, es decir, a propósito de la prohibición de despidos y sanciones ¹²⁹.

Por otra parte, estrechamente conectado a la garantía frente a despidos y sanciones se encuentra el derecho de opción del representante en caso de despido improcedente entre la indemnización y la readmisión, regulado, como es sabido, no en el artículo 68, sino en el artículo 56.4 ET ¹³⁰. Entre ambas garantías existe una «conexión funcional», pues la facultad de opción a favor del representante cumple en la práctica un objetivo instrumental respecto a la inmunidad relativa, al impedir que el representante pueda ser desvinculado de la empresa y de la representación por una decisión injustificada del empleador ¹³¹.

La cobertura ante eventuales represalias que ofrece la garantía frente al despido y las sanciones se completa con la *prohibición de discriminación en la promoción económica y profesional del representante*, recogida en el segundo inciso del artículo 68 c). Se trata, de nuevo, de una concreción de la prohibición genérica de discriminación del artículo 17.1 ET referida a las decisiones de contenido económico que el empresario pudiera adoptar en perjuicio del representante con una finalidad o fondo represivo de la actuación representativa, que, en su caso, deberán ser declaradas nulas y sin efecto alguno ¹³². Al igual que la garantía anterior, ésta no sólo es predicable de los representantes unitarios, sino también de otros sujetos, debiendo darse aquí por reproducidas las consideraciones hechas sobre el ámbito personal de la protección frente a despidos y sanciones, plenamente coincidente con el de la prohibición de discriminación económica o profesional.

En fin, a la vista de la exposición precedente, es claro que los representantes de los trabajadores cuentan con específicas garantías frente a eventuales conductas empresariales de represalia, garantías a las que, por cierto, se ha denominado en ocasiones «garantías de indemnidad» ¹³³. En efecto, estas previsiones legales cumplen los requisitos para ser tales, porque, mediante la sanción

¹²⁸ La expresión «inmunidad relativa» es ya común en la doctrina y la jurisprudencia, *vid.* M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 218; y A.V. SEMPERE NAVARRO: «Las garantías de los miembros del comité de empresa», *REDT*, n.º especial 100 (2000), págs. 1.329 y ss. SSTS de 15 de mayo de 1990 (Ar. 4331) y 29 de diciembre de 1998 (Ar. 447).

¹²⁹ *Vid.*, en el mismo sentido, G. TUDELA CAMBRONERO: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, cit., pág. 54.

¹³⁰ *Vid.* T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, cit., págs. 227 y 223; A.V. SEMPERE NAVARRO: «Las garantías de los miembros del comité de empresa», cit., págs. 1.329 y 1.330; y G. BARREIRO GONZÁLEZ: «Garantías de los representantes del personal», cit., pág. 212.

¹³¹ SSTS de 15 de mayo de 1990 (Ar. 4331) y 29 de diciembre de 1998 (Ar. 447).

¹³² *Vid.* A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 310; T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, cit., pág. 227; I. ALBIOL MONTESINOS: *Comités de empresa y delegados de personal*, cit., págs. 186 y 187; A.V. SEMPERE NAVARRO: «Las garantías de los miembros del comité de empresa», cit., págs. 1.331 y 1.332; y G. BARREIRO GONZÁLEZ: «Garantías de los representantes del personal», cit., pág. 202.

¹³³ Así, T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, cit., pág. 227; y G. BARREIRO GONZÁLEZ: «Garantías de los representantes del personal», cit., pág. 203.

de nulidad, permiten reparar íntegramente al perjudicado por una decisión empresarial represiva, sea cual sea la forma que ésta revista. En cualquier caso, conviene también apuntar alguna diferencia entre estas garantías y las que ocupan la mayor parte de este trabajo. Entre unas y otras, cabría trazar una línea de separación en cuanto a su fundamento, porque, así como la garantía de indemnidad del artículo 24.1 y la mayoría de los mecanismos tuitivos estudiados se orientan a proteger la esfera individual del trabajador considerado *uti singuli*, las garantías que se han abordado en este apartado –y también la garantía de indemnidad sindical del apartado anterior– se encuentran indisolublemente ligadas a los aspectos colectivos del Derecho del Trabajo, y su objetivo fundamental es proteger el buen funcionamiento de las formas de defensa colectiva de intereses de los trabajadores. Así, sin perjuicio de que pueda concurrir también la finalidad de proteger la posición individual del trabajador representante, la indemnidad que se pretende garantizarle es funcional o instrumental al desarrollo de la función representativa.

4. La garantía de indemnidad conectada al derecho a comunicar información veraz: el trabajador que testifica contra su empresa.

Obviamente, la participación del trabajador en un proceso judicial puede dar lugar a represalias empresariales no sólo cuando actúa como demandante, sino también cuando lo hace en calidad de testigo y su testimonio se desenvuelve en contra de los intereses de la empresa y, por tanto, a favor de quien litiga en su contra, ya sea otro trabajador o un tercero ajeno a ella. El Convenio de la OIT n.º 158, sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, tiene en cuenta esta situación, excluyendo de las causas lícitas de despido el hecho de «participar en un procedimiento entablado contra un empleador», expresión amplia que engloba tanto la actuación a título de demandante como la mera declaración testifical¹³⁴.

Desde esta perspectiva, podría pensarse que la garantía de indemnidad del artículo 24.1 CE, que, en parte, se apoya en el citado convenio de la OIT, ofrece su cobertura al testigo además de al litigante. Sin embargo, el TC ha optado por excluir el testimonio prestado en juicio del elenco de conductas tuteladas por dicha garantía. En efecto, en la STC 197/1998 se rechaza la aplicación de la doctrina sobre la garantía de indemnidad a un caso de despido de un trabajador por haber testificado contra su empresa, declarando que «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 que el trabajador

¹³⁴ Artículo 5 c). En el mismo sentido, en nuestro ordenamiento interno, el ya derogado artículo 32 c) del Real Decreto-Ley 17/1977 incluía entre los despidos discriminatorios el que constituyera una represalia por la presentación de quejas o por la intervención en procedimientos seguidos frente al empresario por el incumplimiento por éste de normas laborales o de Seguridad Social, quedando amparada por dicha redacción la declaración testifical. Vid. R. TASCÓN LÓPEZ: «La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un "nuevo" contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)», cit., pág. 168.

*despedido no habría ejercitado ninguna acción judicial contra el empresario»*¹³⁵. Así pues, el encuadramiento de la garantía de indemnidad (en sentido estricto) en el marco del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE determina, como ya se sabe, que queden amparadas por ella exclusivamente aquellas conductas que constituyan verdadero ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, quedando al margen de tal tutela las que no impliquen propiamente ejercicio de la acción judicial, como ocurre en el caso de la declaración testifical¹³⁶. De este modo, a pesar de que el propio Tribunal reconoce que «[...] 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 pertinentes para su defensa en los procesos entablados contra el empresario»¹³⁷, dicha protección se sitúa fuera del ámbito de la garantía de indemnidad del artículo 24 CE, toda vez que el testigo no ejerce acción judicial alguna y no es parte en el proceso¹³⁸.

Pero lo anterior no significa que el trabajador que testifica contra su empleador se encuentre desamparado frente a eventuales represalias empresariales, porque el propio TC se ha encargado de establecer una garantía *ad hoc* que implica la nulidad del despido y demás medidas de retorsión contra el testigo y que encuentra su fundamento, no en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, sino en la libertad de información del artículo 20.1 d) CE. Para ello, en la citada STC 197/1998, el Tribunal parte de la consideración de la declaración testifical como «*un deber genéricamente previsto en el artículo 118 CE y concretado en diversas disposiciones legales*» cuyo cumplimiento «[...] 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)»¹³⁹. De ahí que el testimonio prestado en un proceso judicial deba ser preservado frente a toda forma de coacción o represalia, lo que se garantiza, incluso, mediante la legislación penal, pues –como recuerda la propia Sentencia– los intentos de influir en el testigo o de perjudicarlo a causa de su declaración pueden ser constitutivos de delito¹⁴⁰.

Además, el TC señala –y esto es lo decisivo– que «*el hecho de que la declaración testifical constituya ante todo un deber sujeto a la exigencia de veracidad, no significa en absoluto que esa*

¹³⁵ STC 197/1998, FJ 4. *Vid.* el comentario a dicha Sentencia de A. MONTROYA MELGAR: «La declaración testifical como pretendido ejercicio del derecho a la libre comunicación de información veraz; más un par de temas procesales añadidos» (Comentario a la STC 197/1998, de 13 de octubre), en ALONSO OLEA, M. y MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, T. XVI (1998), págs. 269 y ss.

¹³⁶ *Vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», cit., págs. 650 y 651.

¹³⁷ STC 197/1998, FJ 3.

¹³⁸ STC 197/1998, FJ 4. *Vid.* F.A. VALLE MUÑOZ: «La prohibición de discriminar al trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario: la garantía de indemnidad», cit., pág. 7; y R. TASCÓN LÓPEZ: «La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un "nuevo" contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)», cit., pág. 166.

¹³⁹ STC 197/1998, FJ 3.

¹⁴⁰ También, STC 197/1998, FJ 3.

*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 Constitución»*¹⁴¹. Así pues, testificar no es sólo un deber, sino también una manifestación de la libertad de información, de suerte que, acudiendo a la doctrina general sobre la intangibilidad de los derechos fundamentales, la conclusión es clara: «*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*»¹⁴², lo que, en el ámbito laboral, se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia contra los trabajadores que actúan como testigos en procesos seguidos contra la empresa, que se reputarán nulas con los efectos ya conocidos¹⁴³.

Esta construcción jurisprudencial contenida en la STC 197/1998 puede considerarse ciertamente discutible¹⁴⁴, voluntarista y un poco forzada¹⁴⁵. Por eso, no es de extrañar que algún autor haya mostrado su discrepancia radical, afirmando que en dicha Sentencia, «una vez más, el TC, en su afán por conceder amparo a una demanda de tutela de derecho fundamental, extiende hasta la desmesura el contenido propio del derecho fundamental»¹⁴⁶. Desde esta posición crítica, se argumenta que la libertad de información opera exclusivamente «en un contexto relativo a los "medios de difusión informativa" (prensa, radio, televisión, etc.)»¹⁴⁷ y que, para que entre en juego tal derecho fundamental, es preciso que las informaciones transmitidas sean de carácter noticiable o de interés público, lo que no ocurriría en el caso del testimonio prestado en juicio por el trabajador¹⁴⁸.

Sin embargo, aun admitiendo que la doctrina a que se está haciendo referencia suscita alguna duda, esta última opinión no puede compartirse, y no sólo porque la protección del testigo se

¹⁴¹ STC 197/1998, FJ 3.

¹⁴² Véase nota anterior.

¹⁴³ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», cit., págs. 650 y 651; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN: «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)», cit., págs. 254 y ss.; F.A. VALLE MUÑOZ: «La prohibición de discriminar al trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario: la garantía de indemnidad», cit., pág. 7; R. TASCÓN LÓPEZ: «La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un "nuevo" contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)», cit., págs. 165 y ss.; y, del mismo autor: «Un requisito previo para la igualdad en el proceso: la garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales como premisa para conseguir la igualdad real en el seno del proceso laboral», cit., pág. 13.

¹⁴⁴ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», cit., pág. 650.

¹⁴⁵ Vid. R. TASCÓN LÓPEZ: «Un requisito previo para la igualdad en el proceso: la garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales como premisa para conseguir la igualdad real en el seno del proceso laboral», cit., pág. 13; y, del mismo autor: «La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un "nuevo" contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)», cit., págs. 167 y 168.

¹⁴⁶ Cfr. A. MONTOYA MELGAR: «La declaración testifical como pretendido ejercicio del derecho a la libre comunicación de información veraz; más un par de temas procesales añadidos», cit., pág. 273.

¹⁴⁷ Cfr. A. MONTOYA MELGAR: «La declaración testifical como pretendido ejercicio del derecho a la libre comunicación de información veraz; más un par de temas procesales añadidos», cit., pág. 271.

¹⁴⁸ Cfr. A. MONTOYA MELGAR: «La declaración testifical como pretendido ejercicio del derecho a la libre comunicación de información veraz; más un par de temas procesales añadidos», cit., pág. 272.

estime como algo socialmente necesario ¹⁴⁹, sino también porque los argumentos de fondo que se esgrimen se basan en una concepción «elitista» de la libertad informativa un tanto reduccionista que vendría a circunscribir la virtualidad de dicho derecho fundamental al campo de la información periodística y de los *mass media*. Sin embargo, el derecho a comunicar libremente información veraz reconocido entre nosotros no es un privilegio exclusivo del mundo de los medios de comunicación social, como ha destacado en alguna ocasión el TC ¹⁵⁰, ni está exclusivamente al servicio de las «cuestiones de Estado» o de interés político-social para el conjunto de la ciudadanía. Efectivamente, es en estos casos en los que el derecho del artículo 20.1 d) alcanza su máximo sentido y su protección más reforzada, su «valor preferente» como derecho con una «dimensión objetiva» de garantía de una opinión pública libre ¹⁵¹, pero ello no excluye del ámbito de la libertad de información otras manifestaciones más modestas de la comunicación humana. En este sentido, la exigencia de *interés público* de la información no puede interpretarse en términos absolutos como interés general o relevancia para el conjunto de la comunidad política, sino, en términos mucho más relativos, como trascendencia para un sector más o menos diferenciado de la población o de las relaciones sociales. En cualquier caso, *interés público* no equivale a interés *del* público (de los medios de comunicación de masas), y es indudable que en las informaciones comunicadas por el testigo al órgano judicial, como en las suministradas a las autoridades por el denunciante de delitos o infracciones, concurre un *interés público*, aunque los hechos en sí mismos carezcan de carácter noticioso, pues dichas declaraciones sirven a la aplicación y cumplimiento de las leyes y al adecuado desarrollo de la función jurisdiccional, lo que, sin duda, es de interés general, mucho más que algunas informaciones periodísticas.

Por otra parte, cabría añadir que sería absurdo y contrario a unas exigencias mínimas de coherencia del ordenamiento jurídico que el despido del trabajador que testifica, conducta que en el Derecho Penal puede constituir delito castigado con pena de prisión (art. 464 del Código Penal), se solventara en el ordenamiento laboral con su consideración como «ilícito menor» mediante la declaración de improcedencia, que abre la puerta a la extinción indemnizada del contrato.

De todas formas, aun dejando un margen para la discusión académica, la doctrina constitucional es clara y no deja lugar a dudas: el trabajador, cuando participa como testigo en un proceso, cuenta a su favor con una garantía de indemnidad que supone la nulidad de toda medida represiva que se adopte contra él a causa de su testimonio. Se trata de una garantía distinta de la que acompaña al ejercicio de acciones judiciales, cuyo fundamento no se encuentra en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE sino en la libertad informativa del artículo 20.1 d) CE, en tanto que

¹⁴⁹ En este sentido, *vid.* R. TASCÓN LÓPEZ: «La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un "nuevo" contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)», *cit.*, pág. 168.

¹⁵⁰ SSTC 6/1981, FJ 4; y 6/1988, FJ 5.

¹⁵¹ Sobre la dimensión objetiva y valor preferente de los derechos del artículo 20 CE, *vid.* SSTC 6/1981, FJ 3; 12/1982, FJ 3; 105/1983, FJ 11; 104/1986, FJ 5; 159/1986, FJ 6 y 8; 165/1987, FJ 10; 6/1988, FJ 5; 107/1988, FJ 2; 121/1989, FJ 2; 105/1990, FJ 3; 171/1990, FJ 5; 172/1990, FJ 2; 143/1991, FJ 4; 85/1992, FJ 4; 240/1992, FJ 3; 336/1993, FJ 4; 19/1996, FJ 2; 204/1997, FJ 2; 1/1998, FJ 5; y 20/2002, FJ 4.

testificar es transmitir información al órgano judicial ¹⁵². Y esa diferencia de fundamento no es baladí, puesto que implica que la garantía de indemnidad del testigo está sometida a la exigencia de *veracidad*, límite intrínseco de la libertad de información, algo que, obviamente, no ocurre en el caso de la garantía vinculada al artículo 24.1 CE ¹⁵³. De esta forma, la declaración testifical sólo quedará amparada cuando sea veraz, y, en caso contrario, el trabajador podrá ser sancionado, lógicamente, por faltar a la buena fe.

Cabría añadir, por último, que esta solución de acudir a la libertad de información para fundar la nulidad de las represalias contra el testigo parece perfectamente aplicable al caso de las denuncias de carácter no jurisdiccional (ante la policía, ante la Inspección de Trabajo, etc.), que, como se ha visto, parecen quedar al margen de la garantía de indemnidad del 24.1 por no constituir, en rigor, ejercicio del derecho a la tutela judicial. Dichas denuncias pueden ser amparadas por el artículo 20.1 d) CE en la medida en que la comunicación –veraz– de posibles actividades o comportamientos ilícitos a las autoridades administrativas competentes constituye una actividad informativa de interés público ¹⁵⁴. Y quizá también las reclamaciones formuladas por los cauces internos de la empresa, cuando queden fuera del campo protegido por la garantía de indemnidad por su falta de conexión con un inminente proceso judicial, podrían encontrar cobertura en el artículo 20 CE, puesto que las peticiones de subsanación de situaciones perjudiciales o insatisfactorias a la dirección de la empresa no dejan de ser comunicación de información/crítica hecha con la específica finalidad de encontrar un arreglo a la situación denunciada. Por lo demás, en todos estos supuestos, la exigencia de veracidad de las informaciones transmitidas implica una adecuada exigencia de seriedad de las denuncias y reclamaciones que permite excluir del ámbito protegido las que carezcan de un mínimo fundamento.

5. Garantías en torno al embarazo, la maternidad y los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral.

Como se decía ya al comienzo de este trabajo, nuestras leyes laborales más modernas establecen algunas garantías frente a los poderes del empresario que, por su estructura y contenido, se parecen en cierto modo a la garantía de indemnidad del artículo 24.1 CE o a esas otras garantías a que se ha

¹⁵² Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», cit., pág. 650; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN: «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)», cit., pág. 256; F.A. VALLE MUÑOZ: «La prohibición de discriminar al trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario: la garantía de indemnidad», cit., pág. 7; R. TASCÓN LÓPEZ: «La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un "nuevo" contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)», cit., pág. 166.

¹⁵³ Sobre el límite interno de la veracidad en el ejercicio el derecho a comunicar información, SSTC 6/1988, FJ 5; 105/1990, FJ 5; 171/1990, FJ 8; 143/1991, FJ 6; 240/1992, FJ 5; 15/1993, FJ 2; 4/1996, FJ 4; y 192/1999, FJ 6. Vid. D. ÁLVAREZ ALONSO: «Las libertades de expresión e información en el ámbito de la empresa». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 245-246, pág. 108.

¹⁵⁴ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», cit., págs. 651 y 652; y R. TASCÓN LÓPEZ: «La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un "nuevo" contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)», cit., págs. 168 y ss.

hecho referencia en los apartados inmediatamente anteriores. Se trata de medidas de tutela específica de ciertos derechos laborales cuyo fundamento se encuentra principalmente en su reconocimiento expreso en los textos legales, y no tanto o, al menos, no tan directamente en los derechos fundamentales proclamados en la Constitución. Así, por ejemplo, la Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral ha incorporado a nuestro ordenamiento nuevas garantías frente al despido que constituya una represalia vinculada a la maternidad o al disfrute de los diversos descansos e interrupciones de la prestación laboral a que tienen derecho los trabajadores con responsabilidades familiares o que, más genéricamente y con independencia de que concurra o no un ánimo represivo, suponga un freno a la compaginación efectiva de dichas responsabilidades con el mantenimiento del puesto de trabajo que pretende aquella normativa.

El Derecho del Trabajo, con más o menos acierto, siempre ha mostrado cierta preocupación por favorecer la compatibilidad entre los ámbitos familiar y profesional de la vida de los trabajadores y, en consecuencia, por evitar que la asunción de responsabilidades familiares implique la exclusión del mercado laboral o suponga perjuicios en la relación de trabajo y, viceversa, que las responsabilidades laborales impidan una adecuada atención a la familia. El tratamiento normativo de esta materia ha ido evolucionando notablemente –evolución aún inconclusa, hay que decir– conforme el antiguo modelo social de reparto de tareas entre mujeres y hombres ha ido quebrando merced a la incorporación de las primeras al mercado laboral y a la paulatina erosión de la mentalidad tradicional sobre los roles masculino y femenino ¹⁵⁵. Mas no se trata ahora de abordar el tema de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral en su conjunto, sino el más concreto de la protección frente al despido (y otras formas de represalia) por el ejercicio de aquellos derechos, eso sí, situándolo en el contexto de ese nuevo enfoque cada vez más igualitarista, pues también en este campo se ha avanzado progresivamente desde la inicial atención exclusiva a la maternidad de la mujer trabajadora hacia una tutela más amplia de la posición de los trabajadores y trabajadoras con cargas familiares, con independencia de su sexo.

A la necesidad de proteger la maternidad de las trabajadoras frente al despido se vienen refiriendo desde hace mucho tiempo diversas normas de carácter internacional. Así, por ejemplo, la Convención de la ONU sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Pacto de Nueva York de 18 de diciembre de 1979 ¹⁵⁶, ya contenía un mandato explícito de prohibir «el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad» ¹⁵⁷. E, igualmente, los convenios y recomendaciones de la OIT han incluido desde el principio disposiciones sobre la ilegalidad del des-

¹⁵⁵ Entre otros, *vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)», *RL*, T. II (1999), págs. 26 y ss.; J.F. LOUSADA AROCHENA: «Las garantías del ejercicio de los derechos de conciliación de los trabajadores», *REDT*, núm. 117 (2003), pág. 426; A.R. ARGÜELLES BLANCO: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 13 y ss.; y M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ: «La protección frente al despido de los trabajadores con responsabilidades familiares», en VV.AA. (E. BORRAJO DACRUZ, Dir.), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, La Ley/Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, págs. 615 y 616.

¹⁵⁶ Ratificado mediante instrumento de 16 de diciembre de 1983, BOE 21 de marzo de 1984.

¹⁵⁷ Artículo 12.2 a).

pido de la trabajadora durante el período de descanso por maternidad ¹⁵⁸, consideración que se ha extendido posteriormente también al despido durante el embarazo (aun antes del comienzo del disfrute de la licencia por maternidad) y al producido con ocasión de los permisos por lactancia natural, prohibiéndose además otras posibles discriminaciones distintas del despido relacionadas con esas mismas situaciones ¹⁵⁹.

Por otro lado, es precisamente en los textos emanados de la OIT donde empieza a ponerse de manifiesto la necesidad de ir más allá de la tutela de la maternidad y de la lactancia, estableciendo medidas protectoras más generales a favor de los trabajadores, hombres o mujeres, con responsabilidades familiares, partiendo de la idea de que «para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia» ¹⁶⁰. Y, en coherencia con tal planteamiento, los Convenios de la OIT n.º 156 y n.º 158 excluyen de las justas causas de despido las responsabilidades familiares ¹⁶¹, y la Recomendación de la OIT n.º 165 establece que «los trabajadores con responsabilidades familiares deberían gozar de las mismas oportunidades y del mismo trato que los demás trabajadores en lo que atañe a la preparación y al acceso al empleo, a los ascensos en el curso del empleo y a la seguridad en el empleo» ¹⁶² y que «el estado matrimonial, la situación familiar o las responsabilidades familiares no deberían constituir de por sí causas justificadas para denegar un empleo a un trabajador o para terminar la relación de trabajo» ¹⁶³.

Asimismo, la normativa de Derecho Comunitario derivado también contiene varias referencias a estas cuestiones. Así, el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE ¹⁶⁴ impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para declarar ilícito y prohibir el despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en situación de lactancia, salvo acreditación suficiente de motivos justificativos del despido no relacionados con la maternidad, extendiendo dicha prohibición a todo el período comprendido entre el principio del embarazo y el final del permiso por maternidad. Y, desde la perspectiva de promover la conciliación de la vida familiar y laboral procurando fomentar un reparto más igualitario de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, la Directiva 96/34/CE ¹⁶⁵, que acoge el Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental

¹⁵⁸ Convenio OIT n.º 3 de 1919, sobre protección de la maternidad (ratificado el 13 de julio de 1922, *Gaceta de Madrid* de 15 de julio de 1922), artículo 4; Convenio OIT n.º 103 de 1952, sobre protección de la maternidad, que revisa el convenio n.º 3 (ratificado el 26 de mayo de 1965, BOE 31 de agosto de 1966), artículo 6; y Recomendación OIT n.º 95 de 1952, sobre protección de la maternidad, parágrafo 4.

¹⁵⁹ *Vid.* el ya citado Convenio OIT n.º 158 de 1982, sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, artículo 5 d) y e); y artículo 8 del Convenio OIT n.º 183 de 2000, sobre protección de la maternidad (no ratificado por España), que revisa el Convenio n.º 103.

¹⁶⁰ Declaración tomada de la Convención de la ONU sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (Preámbulo, parágrafo 14) y reproducida en los preámbulos respectivos del Convenio OIT n.º 156 de 1981 (ratificado mediante Instrumento de 26 de julio de 1985, BOE 12 de noviembre de 1985) y de la Recomendación OIT n.º 165 de 1981, ambos sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

¹⁶¹ Artículos 8 y 5 d), respectivamente.

¹⁶² Parágrafo 15.

¹⁶³ Parágrafo 16.

¹⁶⁴ Directiva del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

¹⁶⁵ Directiva del Consejo de 3 de junio de 1996.

suscrito por UNICE, CEEP y CES, establece –con una redacción un tanto defectuosa– que «con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho al permiso parental, los Estados miembros y/o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber solicitado la solicitud o cogido un permiso parental, conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales»¹⁶⁶.

Por su parte, la norma comunitaria de carácter más general sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, la ya citada Directiva 76/207/CEE, en la redacción que le ha dado la Directiva 2002/73/CE, señala que lo establecido en ella «no afectará» a lo dispuesto en las dos directivas que acaban de citarse ni al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o adopción¹⁶⁷. Pero, además, añade dos aportaciones que deben destacarse. De un lado, la Directiva 76/207/CEE señala expresamente que constituirá una discriminación de las vedadas por ella, no ya el despido, sino «cualquier trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE»¹⁶⁸. Y, de otro lado, obliga a los Estados miembros que reconozcan permisos específicos de paternidad y/o adopción a establecer medidas para proteger a los trabajadores –hombres y mujeres– del despido por el ejercicio de esos derechos y para asegurar el reingreso al trabajo¹⁶⁹. Ello significa que la protección adjetiva frente a represalias establecida en dicha directiva se extiende no sólo a los derechos de conciliación establecidos en normas comunitarias, sino también a aquellos permisos establecidos libremente por cada Estado que vayan más allá del mínimo consagrado en la Directiva 96/34. Tales derechos no serían de obligado reconocimiento en virtud del Derecho Comunitario, ahora bien, una vez recogidos en el ordenamiento interno, sí sería obligatorio el establecimiento de las correspondientes medidas contra el despido en represalia¹⁷⁰.

Para completar esta somera referencia a las fuentes internacionales y comunitarias, cabría hacer una breve referencia a la jurisprudencia del TJCE sobre protección de las trabajadoras embarazadas frente a despidos discriminatorios. Según el Tribunal de Luxemburgo, el despido por razón de embarazo constituye una discriminación *directa* por razón de sexo que, como tal, no permite la justificación de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida extintiva en función de las necesidades económicas de la empresa u otras razones similares. De igual forma, se considera discriminatorio el despido por faltas de asistencia al trabajo causadas por enfermedad relacionada con el embarazo o el parto, si bien pueden admitirse como excepción los casos de enfermedades de duración anormal y extraordinaria que se prolonguen más allá del tiempo previsto en el permiso de maternidad y cuyo vínculo con el embarazo sea relativo¹⁷¹.

¹⁶⁶ Cláusula 2, apartado 4.

¹⁶⁷ Artículo 2.7.

¹⁶⁸ También artículo 2.7.

¹⁶⁹ Último inciso del artículo 2.7.

¹⁷⁰ *Vid.* J.F. LOUSADA AROCHENA: «Las garantías del ejercicio de los derechos de conciliación de los trabajadores», cit., págs. 427 y 428.

¹⁷¹ SSTJCE de 8 de noviembre de 1990 («Asunto Dekker», C-177/88); 8 de noviembre de 1990 («Asunto Hertz», C-179/88); 5 de mayo de 1994 («Asunto Habermann», C-421/92); 14 de julio de 1994 («Asunto Webb», C-32/93); 30 de junio de 1998 («Asunto Brown», C-394/96); 3 de febrero de 2000 («Asunto Mahlburg», C-207/98); 4 de octubre de 2001 («Asunto Jiménez Melgar», C-438/99); y 4 de octubre de 2001 («Asunto Tele Danmark», C-109/00).

En nuestro ordenamiento nacional, hasta la aprobación de la Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral, la protección de los trabajadores con responsabilidades familiares frente al despido presentaba ciertas carencias y desajustes en relación con la regulación comunitaria. Ciertamente, con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley, la posición de la trabajadora embarazada y situaciones como el parto, el puerperio o la lactancia natural podían quedar adecuadamente tuteladas por la vía de la prohibición de discriminación por razón de sexo, toda vez que, como ha señalado el TC, el embarazo –y lo mismo cabría decir de la maternidad– es una circunstancia que conecta de forma directa e inequívoca con el sexo, de suerte que entra de lleno en el cuadro de motivaciones discriminatorias prohibidas por el artículo 14 CE con todas sus consecuencias¹⁷². Así pues, el embarazo y la maternidad de la mujer trabajadora recibían una protección aceptable frente al despido mediante la consideración del basado en aquellas causas como un despido discriminatorio y, por tanto, nulo, aunque, como se verá, esta forma de tutela presenta diferencias significativas en relación con la regulación comunitaria y con la establecida tras la Ley 39/1999¹⁷³.

Pero el problema fundamental se planteaba en relación con el despido del *padre* trabajador por el disfrute del descanso por maternidad o del permiso de lactancia o el de cualquiera de los progenitores en los casos del permiso por adopción o de excedencia por cuidado de hijos, supuestos todos ellos cuya reconducción hacia la noción de discriminación por razón de sexo resulta francamente difícil –si no imposible–, por lo que no podrían encontrar amparo en virtud de los artículos 14 CE y 17 ET¹⁷⁴. La Ley 39/1999 ha tratado de corregir esa situación mediante la introducción de nuevas garantías del ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral frente al despido que, como se ha dicho, presentan cierta similitud con la garantía de indemnidad, y de ahí que, en ocasiones, la doctrina se haya referido a ellas precisamente con dicha denominación¹⁷⁵.

¹⁷² Entre otras, SSTC 166/1988, 173/1994, 3/1995 y 136/1996. Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)», *RL*, T. II (1999), págs. 45 y 46; I. ALBIOL MONTESINOS: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 98 y 99; A.R. ARGÜELLES BLANCO: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, cit., págs. 90 y ss.; T. PÉREZ DEL RÍO: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», *TL*, núm. 52 (1999), pág. 63; y M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 80 y ss.

¹⁷³ Varios autores han venido señalando que la mera aplicación de la doctrina de los despidos discriminatorios resultaba insuficiente para dar por adecuadamente transpuesta la Directiva 92/85: vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ: «La aplicación de la Directiva 92/85 en España», en VV.AA. (J. CRUZ VILLALÓN, Coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 260; J. GARCÍA MURCIA: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Justicia Laboral*, núm. 1 (2000), pág. 12; A.R. ARGÜELLES BLANCO: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, cit., pág. 95; y T. PÉREZ DEL RÍO: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 63.

¹⁷⁴ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)», cit., pág. 46; I. ALBIOL MONTESINOS: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., pág. 99; A.M. BADIOLA SÁNCHEZ: *La nulidad en la extinción del contrato de trabajo*, cit., pág. 339; y M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., págs. 91 y 92.

¹⁷⁵ Vid. I. ALBIOL MONTESINOS: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., pág. 112; J.F. LOUSADA AROCHENA: «Las garantías del ejercicio de los derechos de conciliación de los trabajadores», cit., pág. 428; y T. PÉREZ DEL RÍO: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 65.

Dichas garantías se concretan, principalmente, en la inclusión de determinados supuestos específicos de nulidad de la extinción por causas objetivas y del despido disciplinario en los artículos 53.4¹⁷⁶ y 55.5¹⁷⁷ ET y en los correlativos –y redundantes– artículos 122.2¹⁷⁸ y 108.2¹⁷⁹ LPL, respectivamente. Además, estas previsiones se completan con una medida de menor calado, la exclusión del cómputo a efectos del despido objetivo por absentismo del artículo 52 c) ET de aquellas ausencias debidas a riesgo durante el embarazo o enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, asunto al que no se dedicará ahora mayor atención tanto por la escasa virtualidad práctica de dicho precepto como por su limitada pertinencia en el contexto discursivo de este trabajo¹⁸⁰.

Esta regulación viene a dar cumplimiento al mandato de las directivas comunitarias antes citadas sobre la necesidad de establecer medidas de protección de la maternidad y del goce de los permisos parentales frente al despido, e, incluso, va más allá del marco tuitivo prefigurado en aquéllas y del resultante de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre discriminación por razón de sexo, desligando, en parte, la salvaguarda del ejercicio de los derechos de conciliación de la más genérica tutela antidiscriminatoria¹⁸¹. Esto último no significa que la prohibición de discriminación por razón de sexo no deba jugar un papel en este terreno, puesto que, como se verá, puede actuar como vía alternativa y/o complementaria de esa otra tutela más específica, sobre todo allí donde ésta presenta lagunas y claroscurios. Pero esa desvinculación de los parámetros habituales de la discriminación, haciendo hasta cierto punto irrelevante el sexo del trabajador o de la trabajadora, permite una protección más adecuada e igualitaria del goce de los permisos por razones familiares, contribuyendo a asegurar la plena efectividad de los derechos reconocidos con independencia de que sea hombre o mujer quien los disfrute¹⁸².

Entre los supuestos de despido nulo se encuentra, en primer lugar, el efectuado *durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento preadoptivo o permanente o el notificado en fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período*, salvo que se acredite la procedencia del despido por motivos no relacionados con esas situaciones señaladas [art. 53.4 a) para el despido objetivo y 55.5 a) para el

¹⁷⁶ Redactado por el artículo 7.2 de la Ley 39/1999.

¹⁷⁷ Redactado por el artículo 7.3 de la Ley 39/1999.

¹⁷⁸ Redactado por el artículo 8.2 de la Ley 39/1999.

¹⁷⁹ Redactado por el artículo 8.1 de la Ley 39/1999.

¹⁸⁰ Sobre el particular, cfr. J. GORELLI HERNÁNDEZ: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL*, T. II (1999), págs. 792 y ss.; y M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., págs. 108 y ss.

¹⁸¹ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)», cit., pág. 47; y R. MOLINA GONZÁLEZ PUMARIEGA: «El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999», *AS*, núm. 20 (2000), pág. 86.

¹⁸² En el mismo sentido, vid. A.M. BADIOLA SÁNCHEZ: *La nulidad en la extinción del contrato de trabajo*, cit., pág. 340.

disciplinario] ¹⁸³. Cabría señalar que el último inciso de esta redacción, esto es, el que se refiere al despido que se haga efectivo fuera del período suspensivo pero «notificado en fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período», resulta un tanto sorprendente. Primero, porque en el caso del despido disciplinario, para el que no existe preaviso, dicha previsión carece de sentido. Y, segundo, porque de su lectura *contrario sensu* se desprende que el despido notificado durante el tiempo de la suspensión pero cuyo plazo de preaviso termine en un momento posterior (que podría ser el día siguiente al fin de la suspensión) escaparía a la calificación de nulidad, lo que no parece del todo justificado. Ello supondría dejar la puerta abierta a manipulaciones empresariales tendentes a diferir los efectos del despido a fechas posteriores a la finalización del período suspensivo con el objetivo de eludir la calificación de nulidad y poder optar por la de improcedencia. Por ello, la mayoría de la doctrina aboga por entender el despido producido desde su comunicación, con independencia de la fecha señalada para que surta efectos, lo que no plantea demasiados problemas habida cuenta que el despido objetivo puede impugnarse desde la recepción de su notificación, haciendo abstracción del plazo de preaviso (art. 121.1 LPL) ¹⁸⁴.

Un segundo supuesto de nulidad es el relativo al *despido de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo* hasta la del comienzo del período de suspensión, bien por riesgo durante el embarazo, bien por maternidad [art. 53.4 b) para la extinción por causas objetivas y art. 55.5 b) para el despido disciplinario]. Se trata de una situación que, claramente, ya se encontraba protegida por la prohibición de discriminación por razón de sexo, si bien esta garantía legal se articula de una forma distinta a esa genérica tutela antidiscriminatoria, según se tratará de explicar enseguida. Por lo demás, la forma de definir el período protegido implica que la trabajadora emba-

¹⁸³ La doctrina ha puesto de relieve que la inclusión de este supuesto de despido nulo resultaba una novedad relativa, puesto que, en cierto modo, esta regulación no hacía otra cosa que resucitar en parte la vieja regla general vigente antes de la reforma de 1994 según la que el despido de un trabajador con contrato suspendido se reputaría nulo, salvo que se apreciase su procedencia. *Vid.* I. ALBIOL MONTESINOS: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., pág. 101; J. CRUZ VILLALÓN: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario (1999), pág. 95; A.V. SEMPERE NAVARRO: «La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», *AS*, núm. 20 (2000), págs. 24 y 25; J. GARCÍA MURCIA: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 34; M.A. BALLESTER PASTOR: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 51 y 52; y M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., pág. 93.

Por otra parte, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género, ha incorporado al ET la condición de víctima de violencia de género como nueva causa de posible suspensión del contrato [art. 45.1 n)] y, correlativamente, ha modificado el artículo 55.5 b) ET para establecer la nulidad del despido disciplinario de la trabajadora que se encuentre en situación de suspensión por tal motivo. Sobre ello se volverá en el epígrafe siguiente.

¹⁸⁴ Sobre el particular, *vid.* I. ALBIOL MONTESINOS: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., pág. 102 y 103; M.A. BALLESTER PASTOR: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 53; A. BLASCO PELLICER: *El régimen procesal del despido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 151 y ss.; J. GORELLI HERNÁNDEZ: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., págs. 789 y 790; T. PÉREZ DEL RÍO: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 64; R. MOLINA GONZÁLEZ PUMARIEGA: «El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999», cit., pág. 88; y M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., págs. 94 y ss. y, en particular, pág. 105.

razada se halla a cubierto frente al despido en todo momento, «desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión», ya sea por maternidad o riesgo durante el embarazo, fase en que la protección pasa a otorgarse precisamente en atención a estas circunstancias, como se acaba de ver.

Vale la pena señalar que lo anterior supone ir más allá de lo establecido en la Directiva 92/85, en la que la tutela frente al despido entra en juego desde la comunicación del estado de embarazo al empresario¹⁸⁵. En cambio, en la norma que aquí se comenta se prescinde de esa exigencia de comunicación, haciendo irrelevante el conocimiento o desconocimiento del embarazo por el empresario a efectos de la nulidad del despido¹⁸⁶. Ello tiene la ventaja de evitar que queden al margen de esta garantía aquellos supuestos en que no haya habido notificación del embarazo por parte de la trabajadora pero sí conocimiento del empresario por otras vías¹⁸⁷, y supone una manifestación de la tendencia a la objetivación de los comportamientos prohibidos que subyace a toda esta regulación, al hacer superflua toda consideración sobre las motivaciones –relacionadas o no con el embarazo– de la conducta empresarial, algo que alguna autora ha considerado excesivo¹⁸⁸, pero que se justifica, de un lado, porque la finalidad de la norma no es tanto –o no sólo– la de prevenir las actuaciones empresariales con un móvil discriminatorio como ofrecer una garantía efectiva de estabilidad en el empleo a las trabajadoras embarazadas, y, de otro lado, por el deseo de preservar la libertad de la empleada de reservarse la información sobre su estado en tanto que pertenece al ámbito de su intimidad. Por otra parte, la redacción del precepto plantea algún problema de determinación, por cuanto resulta difícil concretar cuál sea justamente la «fecha de inicio del embarazo» a partir de la cual resulta operativa la tutela¹⁸⁹.

Por último, es también nulo *el despido de los trabajadores o trabajadoras que hayan solicitado o se encuentren disfrutando de alguno de los permisos o reducciones de jornada a que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 ET* (lactancia, guarda legal de menores o minusválidos y cuidado de familiares dependientes) *y el de aquellos que hayan solicitado la excedencia para el cuidado de hijos* [art. 53.4 b) para la extinción por causas objetivas y art. 55.5 b) para el despido disciplina-

¹⁸⁵ Artículo 2 a) en relación con el artículo 10.1.

¹⁸⁶ Vid. I. ALBIOL MONTESINOS: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., págs. 105 y 106; A. BLASCO PELLICER: *El régimen procesal del despido*, cit., pág. 152; M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., págs. 96 y 97; y M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ: «La protección frente al despido de los trabajadores con responsabilidades familiares», cit., págs. 624 y 625.

¹⁸⁷ Vid. M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., pág. 97.

¹⁸⁸ Vid. M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ: «La protección frente al despido de los trabajadores con responsabilidades familiares», cit., pág. 625.

¹⁸⁹ Vid. I. ALBIOL MONTESINOS: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., pág. 106; A. BLASCO PELLICER: *El régimen procesal del despido*, cit., pág. 152; y M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., págs. 96 y 97; los dos últimos autores citados consideran que esos problemas de determinación se hubieran evitado sustituyendo la alusión a la fecha de inicio del embarazo por una referencia más sencilla y más adecuada al despido producido «durante el embarazo» (cfr. *op. y loc. cit.*, respectivamente).

rio]¹⁹⁰. Esta previsión es seguramente la más novedosa e interesante desde la perspectiva del avance hacia una tutela cada vez más amplia, no ya de la maternidad, sino, más genéricamente, de la compaginación efectiva de las responsabilidades profesionales y familiares de los trabajadores con abstracción de su sexo, pero es también la más problemática y deficiente desde el punto de vista de su definición legal.

En efecto, en la redacción del precepto se advierten diversas carencias. En primer lugar, en cuanto al conjunto de situaciones abarcadas por la garantía, algún sector de la doctrina ha criticado la escasa generosidad del legislador al dejar excluidos de aquella otros permisos recogidos en el artículo 37 ET pero en apartados distintos del 4 y el 5, que es a los que se refieren en exclusiva los artículos 53.4 b) y 55.5 b) ET, señaladamente los motivados por nacimiento de hijo o infortunio familiar –art. 37.3 b) ET– o por exámenes prenatales o técnicas de preparación del parto –art. 37.3 f) ET–, todos ellos muy vinculados con los derechos de conciliación¹⁹¹. Además, la reforma operada por la Ley 12/2001 ha incluido en el artículo 37 ET un nuevo apartado 4 bis que reconoce un nuevo derecho a ausentarse una hora del puesto de trabajo o a reducir jornada en caso de nacimiento de hijos prematuros o que, por otras causas, deban permanecer hospitalizados después del parto, cuya inclusión en el ámbito protegido por la prohibición de despido es dudosa. El tenor literal de los artículos 53.4 b) y 55.5 b) ET –con su referencia taxativa a los apartados 4 y 5 del art. 37– parece dejar fuera el nuevo supuesto, pero una interpretación lógica del precepto debería llevar a la conclusión contraria¹⁹². Por otra parte, en cuanto a la excedencia por cuidado de hijos, la literalidad de los preceptos comentados ha merecido de nuevo la crítica doctrinal, puesto que en ellos se hace referencia únicamente al despido del trabajador que «haya solicitado» dicha excedencia, de modo que la protección quedaría limitada a la mera solicitud, careciendo el efectivo disfrute de aquella de garantías frente al despido o a la negativa empresarial a la reincorporación¹⁹³. No obstante, diversos auto-

¹⁹⁰ Cabría añadir que en virtud de la nueva redacción dada al artículo 55.5 b) del ET por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género, también será nulo el despido disciplinario de la trabajadora víctima de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral que dicha ley le concede. De ello se trata separadamente en el próximo epígrafe de este trabajo. Ha incorporado al ET la condición de víctima de violencia de género como nueva causa de posible suspensión del contrato [art. 45.1 n)] y, correlativamente, ha modificado el artículo 55.5 b) ET para establecer la nulidad del despido disciplinario de la trabajadora que se encuentre en situación de suspensión por tal motivo. Sobre ello se volverá en el epígrafe siguiente.

¹⁹¹ Vid. J.F. LOUSADA AROCHENA: «Las garantías del ejercicio de los derechos de conciliación de los trabajadores», cit., pág. 430; y T. PÉREZ DEL RÍO: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 65.

¹⁹² Así lo afirma también, y sin reserva alguna, A.M. BADIOLA SÁNCHEZ: *La nulidad en la extinción del contrato de trabajo*, cit., pág. 358.

¹⁹³ Vid. I. ALBIOL MONTESINOS: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., págs. 111 y 112; J. CRUZ VILLALÓN: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», cit., pág. 96; J.F. LOUSADA AROCHENA: «Las garantías del ejercicio de los derechos de conciliación de los trabajadores», cit., pág. 430; A. BLASCO PELLICER: *El régimen procesal del despido*, cit., págs. 153 y 154; J. GORELLI HERNÁNDEZ: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 790; T. PÉREZ DEL RÍO: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 64; A.M. BADIOLA SÁNCHEZ: *La nulidad en la extinción del contrato de trabajo*, cit., págs. 372 y 373; y M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ: «La protección frente al despido de los trabajadores con responsabilidades familiares», cit., págs. 626 y 627.

res se inclinan por una interpretación sistemática de la norma en el sentido de extender la garantía frente al despido a todo el período que dure la excedencia y al momento de la vuelta al puesto de trabajo ¹⁹⁴.

Una vez vistos los términos en que quedan definidos estos despidos ilícitos en el ET y en la LPL, a partir de la Ley 39/1999, procede comentar la forma en que se articula la consecuencia jurídica de nulidad que llevan aparejada, que, como se verá, se aparta significativamente de los esquemas propios de nulidad derivada de la existencia de discriminación o de la vulneración de derechos fundamentales.

En los supuestos regulados en los artículos 53.4 y 55.5 ET, cuando la decisión extintiva del empresario coincida con los períodos y circunstancias antes descritos, deberá declararse su nulidad, salvo que se declare su procedencia por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados ¹⁹⁵. Quiere ello decir dos cosas: de un lado, que, evidentemente, el ejercicio de los derechos de conciliación no implica para el trabajador un blindaje de carácter absoluto, una barrera infranqueable para una extinción por causas objetivas o una coartada para ponerse a cubierto de las consecuencias disciplinarias de sus incumplimientos contractuales ¹⁹⁶; pero, de otro lado, esta previsión significa que, enmarcado el despido en alguno de los supuestos delimitados en los citados artículos 53.4 y 55.5 ET, o bien el empresario justifica suficientemente su procedencia o, en caso contrario, sólo cabrá apreciar su nulidad con la consiguiente obligación de readmisión, con exclusión de la posibilidad de que se declare la improcedencia y el empresario opte por la extinción indemnizada.

Así pues, la regulación de estas causas de nulidad del despido introducidas por la Ley 39/1999 se caracteriza por la reducción de las posibilidades habituales de calificación de la decisión extintiva (procedencia, improcedencia y nulidad) a la disyuntiva entre dos de ellas, procedencia y nulidad ¹⁹⁷. De este modo, cuando la actuación empresarial no pueda considerarse lícita en todos sus extremos, es preceptiva la declaración de nulidad con la necesaria consecuencia de readmisión del trabajador, quedando vedada la declaración de improcedencia, lo que, en último término, significa la imposibilidad de resolver este tipo de litigios por la vía del despido indemnizado. Constante la coincidencia

¹⁹⁴ Vid. I. ALBIOL MONTESINOS: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., págs. 111 y 112; J.F. LOUSADA AROCHENA: «Las garantías del ejercicio de los derechos de conciliación de los trabajadores», cit., pág. 430; A. BLASCO PELLICER: *El régimen procesal del despido*, cit., pág. 154; y J. GORELLI HERNÁNDEZ: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 790.

¹⁹⁵ Vid. inciso final del artículo 53.4 y del artículo 55.5 ET.

¹⁹⁶ Vid. J. CRUZ VILLALÓN: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», cit., págs. 96 y 97; y M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., pág. 94.

¹⁹⁷ Vid. J. CRUZ VILLALÓN: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», cit., pág. 94; A.V. SEMPERE NAVARRO: «La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», cit., págs. 24 y 25; J. GARCÍA MURCIA: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 34; y A. BLASCO PELLICER: *El régimen procesal del despido*, cit., págs. 154 y 155.

temporal de la decisión de despedir con los períodos de suspensión o con el disfrute de los permisos, reducciones de jornada y excedencias protegidos, la única alternativa posible de defensa que le quedará al empresario para eludir la calificación de nulidad (y, por consiguiente, la readmisión obligatoria) es la acreditación del carácter procedente del despido ¹⁹⁸.

Todo lo anterior implica notables diferencias con respecto al tratamiento que se da a la nulidad de los despidos presuntamente discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales ¹⁹⁹. En estos casos, como es sabido, por aplicación de la mal llamada doctrina de los despidos *pluricausales* ²⁰⁰, cabe la posibilidad de que el órgano judicial califique la decisión extintiva como improcedente cuando la parte empresarial logre probar que su actuación, aun no siendo plenamente ajustada a las exigencias legales, obedece a causas reales, serias y suficientes que permiten descartar un ánimo discriminatorio.

Por otra parte, en el terreno de la prueba, cuando el trabajador alegue una vulneración de sus derechos fundamentales, es preciso que aporte indicios racionales a favor de dicha alegación como presupuesto para lograr el desplazamiento de la carga probatoria hacia el empresario. Y sólo tras la constatación de la existencia de dichos indicios incumbirá al empresario la demostración de que su conducta es ajena a un móvil lesivo de derechos fundamentales, para lo que, como acaba de decirse, le bastará probar que la decisión de despedir responde realmente a causas distintas a la intención de reprimir el ejercicio del derecho de que se trate, aun cuando dichas causas sean insuficientes para considerar plenamente lícito (es decir, procedente) el despido conforme a la legislación ordinaria.

¹⁹⁸ Sobre esta particular forma de articular la nulidad del despido en los artículos 53.4 y 55.5 ET, *vid.* J. CRUZ VILLALÓN: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», cit., págs. 94 y ss.; del mismo autor: «La incidencia de la institución familiar sobre la legislación laboral», en VV.AA. (A.V. SEMPERE NAVARRO, Dir., R. MARTÍN JIMÉNEZ, Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 1.393 y 1.394; I. ALBIOL MONTESINOS: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., págs. 107 y ss.; A. BLASCO PELLICER: *El régimen procesal del despido*, cit., págs. 154 y ss.; J. GORELLI HERNÁNDEZ: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 791; T. PÉREZ DEL RÍO: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 63; R. MOLINA GONZÁLEZ PUMARIEGA: «El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999», cit., págs. 87 y 88; M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., págs. 93 y ss.; y M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ: «La protección frente al despido de los trabajadores con responsabilidades familiares», cit., págs. 618 y ss.

¹⁹⁹ *Vid.* I. ALBIOL MONTESINOS: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., págs. 107 y 108; J. CRUZ VILLALÓN: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», cit., págs. 94 y 95; del mismo autor: «La incidencia de la institución familiar sobre la legislación laboral», cit., págs. 1.393 y 1.394; J. GORELLI HERNÁNDEZ: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 791; T. PÉREZ DEL RÍO: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 63; M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., págs. 98 y ss.; A.M. BADIOLA SÁNCHEZ: *La nulidad en la extinción del contrato de trabajo*, cit., págs. 373 y 374; y M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ: «La protección frente al despido de los trabajadores con responsabilidades familiares», cit., pág. 619.

²⁰⁰ Entre otras, SSTC 21/1992, 135/1990 y 7/1993.

Pues bien, nada de esto es predicable de los supuestos de despido nulo que ahora se están estudiando, cuyo régimen, más favorable o más garantista para el trabajador ²⁰¹, supone un «plus» claramente diferenciado respecto del despido nulo por lesivo de derechos fundamentales o libertades públicas ²⁰². En virtud de lo establecido legalmente en los artículos 53.4 y 55.5 ET, la mera conexión temporal del despido con las circunstancias y situaciones allí señaladas determina la declaración de nulidad –salvo acreditación de la procedencia de la decisión extintiva– sin necesidad de que el trabajador aporte indicios o un principio de prueba ²⁰³. Así, se viene a establecer una suerte de presunción legal de nulidad que sólo puede destruirse mediante la demostración por parte de la empresa de que se trata de un despido procedente absolutamente ajustado a la normativa legal, sin que de nada le sirva al empresario aducir razones ajenas al ánimo de lesionar los derechos de conciliación si con ellas no es posible justificar la plena licitud de la decisión ²⁰⁴.

De este modo, en la regulación derivada de la Ley 39/1999 se viene a primar el elemento temporal en detrimento de las consideraciones sobre el móvil o ánimo subjetivo empresarial, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales ²⁰⁵. Así pues, se produce una objetivación de las conductas infractoras que, como se ha dicho antes, se refleja también en la irrelevancia del conocimiento o desconocimiento por la empresa del embarazo de la trabajadora en orden a la calificación de su despido. Esto se explica, seguramente, porque se trata no sólo –o no tanto– de vedar las decisiones extintivas de la empresa que constitu-

²⁰¹ Vid. I. ALBIOL MONTESINOS: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., pág. 109; J. GORELLI HERNÁNDEZ: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 791; T. PÉREZ DEL RÍO: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 63; y M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., pág. 102.

²⁰² Cfr. J. CRUZ VILLALÓN: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», cit., pág. 94; y, del mismo autor: «La incidencia de la institución familiar sobre la legislación laboral», cit., pág. 1.394.

²⁰³ Vid. J. CRUZ VILLALÓN: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», cit., pág. 95; del mismo autor: «La incidencia de la institución familiar sobre la legislación laboral», cit., pág. 1.394; J. GORELLI HERNÁNDEZ: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 791; T. PÉREZ DEL RÍO: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 63; R. MOLINA GONZÁLEZ PUMARIEGA: «El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999», cit., págs. 87 y 88; A.M. BADIOLA SÁNCHEZ: *La nulidad en la extinción del contrato de trabajo*, cit., pág. 373; y M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., pág. 102.

²⁰⁴ Vid. J. CRUZ VILLALÓN: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», cit., pág. 95; del mismo autor: «La incidencia de la institución familiar sobre la legislación laboral», cit., pág. 1.394; J. GORELLI HERNÁNDEZ: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 791; T. PÉREZ DEL RÍO: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 63; y M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., págs. 102 y 103.

²⁰⁵ Vid. M. RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)», cit., pág. 48; J. CRUZ VILLALÓN: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», cit., pág. 95; del mismo autor: «La incidencia de la institución familiar sobre la legislación laboral», cit., pág. 1.394; y M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., pág. 103.

yan una represalia contra sus empleados ²⁰⁶, sino, más allá de ello, de ofrecer garantías suficientes de estabilidad real en el empleo a los trabajadores que pretendan compaginar sus responsabilidades familiares y profesionales, asegurando con ello la eficacia del contenido sustantivo de las normas sobre esta materia ²⁰⁷. No obstante, lo anterior no implica que estas causas de nulidad del despido no puedan ser consideradas también «garantías de indemnidad» en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, pues la finalidad de evitar las medidas empresariales de retorsión por el disfrute de tales derechos, obviamente, converge con aquellas otras más amplias que concurren en esta normativa.

En efecto, las medidas de protección contra el despido aquí comentadas constituyen «garantías de indemnidad específicas» ligadas a determinados derechos muy concretos. A diferencia de las que se han venido estudiando a lo largo de este trabajo, son garantías de configuración legal, sin perjuicio de una conexión más o menos indirecta con los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Ahora bien, la proyección de todas ellas sobre la institución del despido es muy similar –sin perjuicio de los matices apuntados–, y se traduce en la nulidad de las decisiones extintivas represivas y en la consiguiente imposición de la obligación de readmitir al trabajador despedido, eliminando así íntegramente los perjuicios sufridos como represalia por ejercer sus derechos.

Sin embargo, las garantías del ejercicio de los derechos de conciliación resultan incompletas, hasta el punto que cabría preguntarse si verdaderamente merecen ser consideradas garantías de *indemnidad*. Ocurre que, mientras que las restantes garantías que hemos venido considerando permiten predicar la nulidad de todo acto empresarial de respuesta o represalia que se desenvuelva contra el derecho de que se trate, las que se han abordado en este apartado se refieren sólo al despido (extinción por causas objetivas y despido disciplinario). Si bien no sería difícil extender esa protección a otros supuestos de extinción (por ejemplo, no renovación de un contrato temporal o desistimiento en período de prueba motivados por un ánimo represivo), es claro que quedan fuera de la cobertura otras medidas que pueden servir asimismo como instrumento para reprimir el ejercicio de los derechos de conciliación, entre las que cabría destacar las sanciones disciplinarias distintas del despido, las decisiones sobre movilidad geográfica y funcional, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y las postergaciones en la promoción profesional ²⁰⁸. Por otra parte, como se ha visto, la prohibición de despedir se establece por referencia a determinados períodos de tiempo (durante el embarazo, mientras se encuentra suspendido el contrato, cuando se esté disfrutando de los permisos parentales, etc.), pero nada se dice en la ley sobre un posible despido efectuado con posterior-

²⁰⁶ Vid. J. CRUZ VILLALÓN: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», cit., pág. 95; y, del mismo autor: «La incidencia de la institución familiar sobre la legislación laboral», cit., pág. 1.394.

²⁰⁷ En un sentido parecido, vid. A.V. SEMPERE NAVARRO: «La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 25; y M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ: «La protección frente al despido de los trabajadores con responsabilidades familiares», cit., pág. 620.

²⁰⁸ Vid. J.F. LOUSADA AROCHENA: «Las garantías del ejercicio de los derechos de conciliación de los trabajadores», cit., pág. 429; T. PÉREZ DEL RÍO: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., págs. 64 y 65; y M.B. CARDONA RUBERT: *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., págs. 134 y ss.

ridad a esos lapsos temporales pero motivado precisamente por la maternidad o por el disfrute en su momento de alguna de las facilidades de conciliación de lo familiar y lo profesional, de modo que las represalias diferidas en el tiempo escaparían del campo abarcado por aquella tutela legal.

Ciertamente, todas estas lagunas podrían cubrirse en algunos casos mediante la tutela antidiscriminatoria general, acudiendo a la prohibición de discriminación (principalmente, por razón de sexo) de los artículos 14 CE y 17 ET. Pero esta vía de solución plantea dos problemas. Uno de menor calado, referido al despido, es la rebaja de algún grado en la intensidad de protección, toda vez que habría que acudir al régimen general de los despidos discriminatorios y no al recogido en los artículos 53.4 y 55.5 ET que, como se ha dicho, es más favorable para el trabajador por eximirle de la presentación de indicios de discriminación y por reducir las alternativas del órgano judicial a la declaración de nulidad o de procedencia, con exclusión de la de improcedencia. Pero el mayor problema que se plantea es que la prohibición de discriminación por razón de sexo sirve, sin duda, para hacer frente a las represalias relacionadas con el embarazo y la maternidad, pero no –o, cuando menos, resulta dudoso– cuando el vínculo de la situación reprimida con el sexo del trabajador o trabajadora se presenta más difuso, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los permisos parentales. No obstante, es preciso señalar que algunos autores se muestran partidarios de una interpretación amplia y flexible tanto del marco legal al que se ha hecho referencia como de la propia noción de discriminación, en el sentido de entender que las conductas empresariales contrarias a los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral son, en general, discriminatorias, con independencia de que los trabajadores perjudicados sean de sexo femenino o masculino²⁰⁹. Y a ello subyace la idea, más o menos definida, de que es necesario avanzar hacia una nueva dimensión de la prohibición de discriminación vinculada no tanto o no tan directamente al sexo –femenino– como a la propia asunción de las responsabilidades familiares, bien entendido que la erradicación de la discriminación –de hombres y mujeres– por el ejercicio de dichas responsabilidades es presupuesto *sine qua non* para romper con el reparto tradicional de roles en la familia y en el trabajo, éste sí, verdadera discriminación por razón de sexo. Así, es cierto que la «discriminación» (en sentido no técnico-jurídico) de un hombre por acogerse a los permisos parentales no es fácilmente calificable como discriminación por razón de sexo, pero, en la medida en que, indudablemente, contribuye a la perpetuación de aquellos estereotipos sexistas, ¿no debería integrarse de algún modo en la noción jurídica de discriminación?²¹⁰

²⁰⁹ Así, por ejemplo, J. GORELLI HERNÁNDEZ considera que «[...] no es descartable que estos despidos [*relacionados con los derechos de conciliación*] tengan elementos de discriminación en su configuración; de hecho, probablemente en la mayoría de los casos haya un sustrato discriminatorio»; en consecuencia, afirma que, a pesar de que, en principio, queden fuera del marco legal de tutela, «[...] los despidos que se producen con posterioridad a los períodos protegidos y como represalia por el disfrute de estos derechos, deberán considerarse nulos por discriminación» (cfr. «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 791). Por su parte, J.F. LOUSADA AROCHENA se muestra especialmente partidario de cubrir las lagunas acudiendo a una noción amplia de discriminación, cfr. «Las garantías del ejercicio de los derechos de conciliación de los trabajadores», cit., págs. 429 y 431 y ss.

²¹⁰ En la línea de estas últimas reflexiones, J.F. LOUSADA AROCHENA se posiciona a favor de «una prohibición de discriminación por paternidad/maternidad» que «operaría como mecanismo de cierre» (esto es, ofreciendo su amparo allí donde no llegan las garantías legales de los derechos de conciliación), y que sería «una modalidad de discriminación no tanto por razón de sexo como por razón de género» (cfr. «Las garantías del ejercicio de los derechos de conciliación de los trabajadores», cit., págs. 429 y 433).

En cualquier caso, desde una perspectiva *de lege ferenda*, quizá lo más adecuado hubiera sido que, en vez de –o además de– estas garantías referidas únicamente al despido, el legislador hubiera establecido una garantía más general frente a todo tipo de conductas empresariales dirigidas a reprimir o entorpecer el ejercicio de los derechos de conciliación.

6. Garantías de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género.

Muy próximas a las garantías analizadas en el epígrafe anterior se encuentran las ligadas a los nuevos derechos laborales que la Ley de protección integral contra la violencia de género²¹¹ ha establecido recientemente a favor de las víctimas de dicha situación. Sería impropio, seguramente, considerar estas medidas en el marco de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, pues la lógica a ellas subyacente no es la de aquéllos, sino la de dar respuesta a las circunstancias específicas de quienes padecen dicha lacra social, y de ahí que se traten aquí por separado. Ahora bien, el legislador las ha incorporado sistemáticamente al mismo bloque normativo dentro del ET, de donde se sigue un evidente paralelismo en su contenido y estructura en relación con la regulación relativa a la protección de la maternidad y los derechos de conciliación, especialmente en lo que se refiere a las garantías frente al despido, que es lo que aquí interesa fundamentalmente²¹².

La Ley Orgánica 1/2004 pretende, entre otras cosas, asegurar la estabilidad y la compatibilidad del empleo de las víctimas de la violencia de género con la situación de sufrimiento y las necesidades asistenciales, de tratamiento psicológico e, incluso, de alejamiento físico del agresor que se derivan de dicha situación ominosa, mediante el reconocimiento de los siguientes derechos laborales: a) derecho a la reducción de jornada o a la reordenación del tiempo de trabajo²¹³; b) derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que

²¹¹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (BOE 29 de diciembre de 2004).

²¹² No se hará aquí, por tanto, un análisis exhaustivo del contenido social de la Ley Orgánica 1/2004. Para ello, cfr. A. MARTÍN VALVERDE: «Disposiciones laborales y sociales de la "Ley de protección integral contra la violencia de género"», *Derecho de los negocios*, núm. 174 (2005), págs. 55 y ss.; M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ: *La dimensión laboral de la violencia de género*, Bomarzo, 2005; C. MOLINA NAVARRETE: «Las dimensiones socio-laborales de la "lucha" contra la "violencia de género". A propósito de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género –BOE 29 de diciembre–», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 264 (2005), págs. 3 y ss.; I. GARCÍA NINET: «Medidas laborales y de Seguridad Social previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (consideraciones previas)», *Tribuna Social*. CEF. Núm. 169 (2005), págs. 5 y ss.; del mismo autor: «Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (II)», *Tribuna Social*, núm. 170 (2005), págs. 5 y ss.; también del mismo autor: «Medidas en materia de Seguridad Social previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (y III)», *Tribuna Social*, núm. 171 (2005), págs. 5 y ss.; J.F. LOUSADA AROCHENA: «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja», *AL*, núm. 7 (2005), págs. 748 y ss.; A. DE LA PUEBLA PINILLA: «Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», *RL*, núm. 6 (2005), págs. 87 y ss.; y M. SERRANO ARGÜESO: «Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas», *AS*, núm. 20 (2004), págs. 66 y ss.

²¹³ Artículo 21.1 de la Ley Orgánica 1/2004 y apartado 7 del artículo 37 ET, introducido por la disposición adicional 7.ª uno de la Ley Orgánica 1/2004.

la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo ²¹⁴; c) posibilidad de suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonarlo como consecuencia de ser víctima de la violencia de género ²¹⁵; d) posibilidad de extinción de la relación por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género ²¹⁶.

Junto a esos derechos de carácter *sustantivo*, la Ley de protección integral contra la violencia de género recoge algunas medidas de tutela *adjetiva* frente al despido. En primer lugar, añade al elenco de faltas de asistencia excluidas del cómputo para el despido objetivo por absentismo las «motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud» ²¹⁷. Pero, sobre todo, a los efectos de este estudio, interesa especialmente destacar la introducción de una nueva garantía del ejercicio de los derechos *sustantivos* antes enumerados frente al despido, análoga a las que se vienen estudiando a lo largo de estas páginas ²¹⁸. Se trata de la inclusión de un nuevo supuesto de nulidad del despido disciplinario en el artículo 55.5 b) ET ²¹⁹, según el cual, será nulo el despido de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral. Así pues, queda vedado el despido en represalia de las mujeres que se acojan a los derechos laborales legalmente reconocidos a las víctimas de violencia de género «en los términos y condiciones reconocidos en esta ley», según precisa el último inciso del precepto estatutario comentado.

Como puede verse, el nuevo supuesto de nulidad se regula conjuntamente con los relativos al despido de trabajadoras embarazadas o de trabajadores y trabajadoras que hayan ejercitado derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, estudiados ya en el apartado anterior. Sin perjuicio de que esta opción no parezca del todo acertada desde un punto de vista lógico-formal (pues se trata de situaciones bien distintas), autoriza a remitirse en parte a las consideraciones que allí se hicieron sobre esta garantía contra el despido. Vale la pena recordar aquí, resumidamente, que lo que hace el artículo 55.5 es reducir las alternativas de calificación del despido a dos, nulidad y procedencia, con exclusión de la de improcedencia. En efecto, en presencia de las circunstancias allí mencionadas,

²¹⁴ Artículo 21.1 Ley Orgánica 1/2004 y nuevo apartado 3 bis) del artículo 40 ET, introducido por la disposición adicional 7.ª dos de la Ley Orgánica 1/2004.

²¹⁵ Artículo 21.1 Ley Orgánica 1/2004 y artículos 45.1 n) y 48.6 ET, en la redacción introducida por la disposición adicional 7.ª tres y cuatro de la Ley Orgánica 1/2004.

²¹⁶ Artículo 21.1 Ley Orgánica 1/2004 y nueva letra m) del artículo 49.1 ET, introducida por la disposición adicional 7.ª cinco de la Ley Orgánica 1/2004.

Por otra parte, también para las funcionarias públicas se establecen ciertos derechos a la reducción o reordenación del tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica y a la excedencia, y se consideran justificadas las ausencias al trabajo motivadas por la violencia de género (arts. 24 y 25 y disposición adicional 9.ª de la LO 1/2004).

²¹⁷ Artículo 21.4 Ley Orgánica 1/2004 y artículo 52 d) ET, en la redacción dada a dicho precepto por la disposición adicional 7.ª seis de la Ley Orgánica 1/2004.

²¹⁸ De ahí que C. MOLINA NAVARRETE hable de «derecho de indemnidad» por el ejercicio de los derechos de «conciliación» de la protección como víctima de violencia de género con la actividad laboral (cfr. «Las dimensiones socio-laborales de la "lucha" contra la "violencia de género". A propósito de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género –BOE 29 de diciembre–», cit., págs. 37 y 38).

²¹⁹ Modificación introducida por la disposición adicional 7.ª siete de la Ley Orgánica 1/2004.

debe declararse la nulidad del despido «salvo que [...] se declare la procedencia del mismo por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados», como dice el párrafo final de la norma objeto de comentario. Ello supone, como se dijo anteriormente, una objetivación de la declaración de nulidad que se aparta notablemente de lo que ocurre en los casos de nulidad derivada de violación de derechos fundamentales ²²⁰.

Parece lógico pensar que este régimen jurídico es también el predicable del despido de las trabajadoras que hubieran disfrutado de los derechos que les corresponden en virtud de la condición de víctimas de violencia de género. No obstante, nótese que, en una evidente falta de técnica legislativa, ese último párrafo apenas transcrito del artículo 55.5 no ha sido modificado por la Ley Orgánica 1/2004, por lo que subsiste inmodificada la referencia al embarazo, los permisos y las excedencias, que encaja mal con los nuevos motivos de nulidad ligados al tema de la violencia de género. Ello podría dar pie a interpretaciones tendentes a diferenciar la regulación de estos últimos, excluyendo la aplicabilidad de la regla sobre la salvedad de la procedencia. Así, podría entenderse que en este caso se trata de una objetivación absoluta de la nulidad que no admitiría justificación alguna para desvirtuar tal calificación. O bien, atendiendo a la redacción literal de la nueva letra b) del precepto (que habla del despido de las víctimas de violencia de género «por el ejercicio de los derechos [...]»), cabría pensar que la nueva causa de nulidad escapa de la mencionada objetivación y remite a la demostración de un nexo causal entre el disfrute del derecho por la trabajadora y la medida empresarial que se pretende represiva de aquél, como ocurriría en el caso de la garantía de indemnidad *stricto sensu* y, en general, en los casos de violación de derechos fundamentales. Así, la trabajadora debería probar (aunque fuera mediante indicios) que la conducta empresarial es efectivamente una respuesta contra ejercicio del derecho, y, por su parte, el empresario podría evitar la declaración de nulidad demostrando que su actuación es ajena al propósito de la retorsión, aun cuando no llegase a quedar acreditada la procedencia del despido ²²¹. Con todo, parece más aconsejable una interpretación sistemática del precepto en el sentido de entender que el régimen jurídico de la nueva causa de nulidad por represalia contra las víctimas de violencia de género coincide con el de las restantes recogidas en el artículo 55.5 ET, esto es, la reducción de las opciones de calificación del despido a la alternativa entre nulidad y procedencia ²²².

Por otra parte, provoca cierta perplejidad que esta garantía frente al despido se limite al disciplinario, sin referencia alguna a la extinción por causas objetivas, a diferencia de lo que ocurre en relación con el embarazo y los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral (art. 53.4 ET) ²²³. Y, más allá de ello, resulta criticable que la protección se ciña al despido, dejando al margen otras posi-

²²⁰ Vid. *supra* III.5.

²²¹ Esta interpretación es la que parece hacer I. GARCÍA NINET en «Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (II)», cit., pág. 9.

²²² Así parece entenderlo también A. DE LA PUEBLA PINILLA: «Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», cit., pág. 100.

²²³ Vid. J.F. LOUSADA AROCHENA: «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja», cit., pág. 753; y A. DE LA PUEBLA PINILLA: «Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», cit., pág. 100.

bles medidas de retorsión distintas. De todos modos, la nulidad de estas otras formas de represalia podría fundarse en su carácter discriminatorio por razón de sexo o género e, incluso, indirectamente lesivo de los derechos fundamentales a la integridad física y moral o a la libertad personal ²²⁴.

7. La garantía de indemnidad en la paralización de trabajos por riesgo grave e inminente de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Otra posible «garantía de indemnidad» específica y de configuración legal podría encontrarse en la LPRL, a propósito de la paralización de trabajos por riesgo grave e inminente, contemplada en el artículo 21 de dicha norma. Para estos casos de peligro especialmente cualificado, en paralelo a una serie de importantes obligaciones a cargo del empresario (art. 21.1 LPRL), se establece el derecho de los trabajadores a paralizar la actividad laboral, bien por decisión individual, bien mediante un acuerdo de sus representantes. Así, en primer lugar, el apartado segundo del mencionado artículo 21 consagra el derecho de cualquier trabajador «a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud». Y, en segundo lugar, el apartado tercero del precepto regula el derecho de paralizar la actividad de los afectados por la situación de riesgo mediante acuerdo adoptado por la representación unitaria o por los delegados de prevención de conformidad con ciertas reglas allí recogidas, que podrá entrar en juego –subsidiariamente, cabría decir– en caso de que el empresario no adopte o no permita adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores ²²⁵.

Pues bien, ambos derechos, individual y colectivo, cuentan a su favor con una garantía frente a eventuales represalias empresariales, ya que el apartado cuarto del artículo 21 LPRL señala que

²²⁴ Vid. C. MOLINA NAVARRETE: «Las dimensiones socio-laborales de la "lucha" contra la "violencia de género". A propósito de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género –BOE 29 de diciembre–», cit., pág. 38.

²²⁵ Vid. T. SALA FRANCO y F. ARNAU NAVARRO: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 94 y ss.; A.V. SEMPERE NAVARRO, J. GARCÍA BLASCO, M. GONZÁLEZ LABRDA y M. CARDENAL CARRO: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 187 y ss.; S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, págs. 138 y ss.; J.I. GARCÍA NINET y A. VICENTE PALACIO: «Derechos y obligaciones del empresario», en VV.AA. (J.I. GARCÍA NINET, Dir.), *Manual de Prevención de Riesgos Laborales (Seguridad, Higiene y Salud en el Trabajo)*, Atelier, Barcelona, 2002, págs. 172 y ss.; J. GÁRATE CASTO: «Artículo 21. Riesgo grave e inminente», en VV.AA. (J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, Coord.), *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Comares, Granada, 1998, págs. 99 y ss.; J. LÓPEZ GANDÍA y J.F. BLASCO LAHOZ: *Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 70 y ss.; L. HERNÁNDEZ MARCOS: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, Dykinson, Madrid, 1996, págs. 101 y ss.; M.T. IGARTÚA MIRÓ: *Compendio de prevención de riesgos laborales*, Laborum, Murcia, 2000, págs. 157 y ss.; R. BODAS MARTÍN: «Derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios en la Ley de prevención de riesgos laborales. Especial consideración de la situación de riesgo grave e inminente», en VV.AA. (J. AGUSTÍ JULIÁ, Dir.), *Estudio de la prevención de riesgos laborales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 379 y ss.; e I. SAGARDOY DE SIMÓN: «Artículo 21. Riesgo grave e inminente», en VV.AA. (M. IGLESIAS CABERO, Coord.), *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 117 y ss.

«los trabajadores o sus representantes no podrán sufrir perjuicio alguno derivado de la adopción de las medidas a que se refieren los apartados anteriores, a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave». Algún autor considera esta protección «obvia e innecesaria, puesto que todo derecho correctamente ejercido debe ser respetado y en modo alguno puede acarrear consecuencias negativas»²²⁶. Pero, aunque no carecen de lógica esas palabras, lo cierto es que expresan más un encomiable *desideratum* que una realidad de nuestro ordenamiento laboral, en el que, como se viene demostrando a lo largo de todo este trabajo, ocurre exactamente lo contrario, es decir, que para que las normas sustantivas se cumplan y los derechos del trabajador alcancen efectividad real, ha sido necesario ir estableciendo diversas garantías frente a represalias en torno a su ejercicio, garantías que son de carácter parcial y fragmentario, según se ha ido viendo, y no una garantía general en el sentido apuntado por el citado autor. Por ello, se estima un acierto la inclusión de esta tutela antirrepresiva en el artículo 21.4 LPRL, sobre todo, teniendo en cuenta que la situación a que se refiere podría resultar conflictiva en la práctica, dada la radical oposición subyacente entre los intereses empresariales y del trabajador.

El fundamento directo de esta garantía es, claro está, la disposición legal que ahora se comenta, si bien, más indirectamente, podría fundarse, como *ultima ratio*, en el derecho a la vida y a la integridad física reconocidos en el artículo 15 CE, algo que, por lo demás, podría predicarse de toda esta normativa de protección de la vida y la salud de los trabajadores²²⁷.

En cuanto a la conducta tutelada, salta a la vista que se trata de una protección ceñida a un ámbito muy concreto y específico, quedando perfectamente definida la situación protegida en los términos de la redacción de los diversos apartados del artículo 21 LPRL. Cabe destacar que es presupuesto inexcusable para que operen los derechos de paralización y, por consiguiente, la garantía que los acompaña que se dé realmente la situación de *riesgo grave e inminente*, que aparece definida en el artículo 4 LPRL²²⁸. Asimismo, debe ponerse de relieve que estos derechos tienen un límite establecido en el propio artículo 21.4 LPRL, que excluye de la tutela frente a represalias los casos en que el trabajador o los representantes hubieran «obrado de mala fe o cometido negligencia grave». En estos supuestos el trabajador sí podrá ser sancionado, pero sólo cuando quede debidamente acre-

²²⁶ Cfr. L. HERNÁNDEZ MARCOS: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, cit., pág. 107.

²²⁷ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, J. GARCÍA BLASCO, M. GONZÁLEZ LABRDA y M. CARDENAL CARRO: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, cit., pág. 195; J.I. GARCÍA NINET y A. VICENTE PALACIO: «Derechos y obligaciones del empresario», en VV.AA. (J.I. GARCÍA NINET, Dir.), *Manual de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 174; J. GARATE CASTO: «Artículo 21. Riesgo grave e inminente», cit., págs. 103 y 104; M.T. IGARTÚA MIRÓ: *Compendio de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 161; y R. BODAS MARTÍN: «Derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios en la Ley de prevención de riesgos laborales. Especial consideración de la situación de riesgo grave e inminente», cit., pág. 385.

²²⁸ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, J. GARCÍA BLASCO, M. GONZÁLEZ LABRDA y M. CARDENAL CARRO: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, cit., págs. 189 y 190; S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 139; M.T. IGARTÚA MIRÓ: *Compendio de prevención de riesgos laborales*, cit., págs. 157 y 158; R. BODAS MARTÍN: «Derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios en la Ley de prevención de riesgos laborales. Especial consideración de la situación de riesgo grave e inminente», cit., págs. 382 y 383; e I. SAGARDOY DE SIMÓN: «Artículo 21. Riesgo grave e inminente», cit., pág. 119.

ditada su falta de buena fe o su negligencia, que deberá ser –conviene subrayarlo– grave, sin que el mero error en la valoración del riesgo legitime la sanción. En todo caso, la carga de la prueba sobre estos extremos recae sobre el empresario ²²⁹.

En lo que toca a las conductas de represalia vedadas, el precepto comentado señala, con contundencia, que «los trabajadores o sus representantes *no podrán sufrir perjuicio alguno*». Así pues, se garantiza efectivamente la indemnidad del trabajador, que queda a cubierto con respecto a cualquier tipo de medida de retorsión, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las garantías de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral y de las víctimas de violencia de género, que se limitan a proteger frente al despido, según ya se ha visto. Y esta prohibición de todo perjuicio implica también que al trabajador no se le podrá privar del derecho al salario por haber paralizado su actividad y abandonado el puesto de trabajo, obviamente, salvo en caso de mala fe o negligencia grave ²³⁰.

Por último, sobre las consecuencias jurídicas de la infracción de esta garantía, de nuevo, la taxativa redacción de la norma no deja lugar a dudas: si de la paralización del trabajo no puede derivarse perjuicio alguno, ello significa que el remedio jurídico a adoptar ante las medidas empresariales infractoras de esta norma debe suponer la anulación de todo menoscabo o efecto perjudicial ocasionado al trabajador. Y esto implica que, en caso de despido, la calificación que procede otorgarle es la de nulidad, con la consiguiente obligación de readmisión ²³¹. Por otra parte, si se tiene en cuenta que esta garantía tiene su fundamento último en los derechos a la vida y a la integridad física del trabajador (art. 15 CE), no puede sino ratificarse la anterior conclusión, toda vez que las conductas empresariales –entre ellas el despido– contrarias de la garantía del artículo 21.4 LPRL serían al mismo tiempo lesivas de aquel derecho fundamental y, por consiguiente, deben ser declaradas nulas y sin efecto alguno ²³².

²²⁹ Vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, J. GARCÍA BLASCO, M. GONZÁLEZ LABRDA y M. CARDENAL CARRO: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, cit., pág. 194; J. GÁRATE CASTO: «Artículo 21. Riesgo grave e inminente», cit., pág. 104; J.I. GARCÍA NINET y A. VICENTE PALACIO: «Derechos y obligaciones del empresario», en VV.AA. (J.I. GARCÍA NINET, Dir.), *Manual de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 177; L. HERNÁNDEZ MARCOS: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, cit., pág. 107; M.T. IGARTÚA MIRÓ: *Compendio de prevención de riesgos laborales*, cit., págs. 168 y 169; y R. BODAS MARTÍN: «Derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios en la Ley de prevención de riesgos laborales. Especial consideración de la situación de riesgo grave e inminente», cit., págs. 384 y 385.

²³⁰ Vid. T. SALA FRANCO y F. ARNAU NAVARRO: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 100; A.V. SEMPERE NAVARRO, J. GARCÍA BLASCO, M. GONZÁLEZ LABRDA y M. CARDENAL CARRO: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, cit., pág. 195; S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., págs. 142 y 144; J. GÁRATE CASTO: «Artículo 21. Riesgo grave e inminente», cit., pág. 104; J. LÓPEZ GANDÍA y J.F. BLASCO LAHOZ: *Curso de prevención de riesgos laborales*, cit., págs. 72 y 73; M.T. IGARTÚA MIRÓ: *Compendio de prevención de riesgos laborales*, cit., págs. 167 y 168; R. BODAS MARTÍN: «Derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios en la Ley de prevención de riesgos laborales. Especial consideración de la situación de riesgo grave e inminente», cit., pág. 385; e I. SAGARDOY DE SIMÓN: «Artículo 21. Riesgo grave e inminente», cit., pág. 123.

²³¹ Vid. T. SALA FRANCO y F. ARNAU NAVARRO: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 195; J. GÁRATE CASTO: «Artículo 21. Riesgo grave e inminente», cit., pág. 104; y R. BODAS MARTÍN: «Derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios en la Ley de prevención de riesgos laborales. Especial consideración de la situación de riesgo grave e inminente», cit., pág. 385.

²³² Vid. T. SALA FRANCO y F. ARNAU NAVARRO: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 195; y J. GÁRATE CASTO: «Artículo 21. Riesgo grave e inminente», cit., pág. 104.

8. Garantías del carácter bilateral y voluntario de los pactos individuales sobre el tiempo de trabajo.

La descripción del panorama de garantías frente a conductas empresariales de represalia debe completarse, por último, con la referencia a ciertas medidas de tutela de origen puramente legal y de carácter sumamente específico, relacionadas con el trabajo a tiempo parcial y con la duración máxima del tiempo de trabajo. Todas ellas tienen en común que, mediante la prohibición de represalias, el objetivo último perseguido es reforzar o asegurar el carácter verdaderamente voluntario para el trabajador de determinados pactos individuales, tratando de impedir que su consentimiento se vea forzado por el temor a la pérdida del empleo o a otro tipo de perjuicios.

La más acabada de estas garantías se encuentra en el artículo 12.4 e) ET²³³, en el contexto de la regulación del trabajo a tiempo parcial. Según dicho precepto, «la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo». Y a ello se añade, en un último inciso, que «el trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52 c) de esta ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción». Se da con ello satisfactoria transposición a la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre, que acoge el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, CEEP y CES, donde se establece que «el rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa, no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido, sin perjuicio de la posibilidad de realizar despidos, de conformidad con las legislaciones, los convenios colectivos y prácticas nacionales, por otros motivos tales como los que pueden derivarse de las necesidades de funcionamiento del establecimiento considerado» (Cláusula 5.2). La norma estatutaria va más allá, incluso, puesto que no sólo se refiere al despido sino también a cualquier «otro tipo de sanción o efecto perjudicial», asegurando al trabajador una protección completa en su negativa a la conversión propuesta por el empleador.

Además de por su operatividad frente a toda medida de retorsión, la garantía aquí comentada se asemeja al esquema tipo de las «garantías de indemnidad» (en sentido amplio) por su carácter eminentemente causal, puesto que sólo entrará en juego cuando se acredite que la medida empresarial de que se trate es efectivamente una reacción al rechazo de la conversión por parte del trabajador. De esta forma, no se bloquea la posición jurídica del trabajador frente al lícito ejercicio de los poderes empresariales justificado por otras razones, como, por lo demás, se desprende claramente de la referencia final a los artículos 51 y 52 c) ET. Cabría añadir en este punto que la prueba del carácter represivo de la conducta empresarial podría resultar problemática, toda vez que en este caso

²³³ La inclusión de esta garantía es el resultado de la modificación del precepto estatutario operada por Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo, en relación con el trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad.

no están en juego derechos fundamentales y, por consiguiente, no son de aplicación las reglas sobre traslación de la carga probatoria, aunque sí podría acudir, naturalmente, a las reglas generales sobre prueba de presunciones.

Por otra parte, el paralelismo con las demás garantías que se han estudiado también es dudoso en el plano de las consecuencias jurídicas de la infracción de la norma. Un despido en represalia por la negativa a la conversión ¿debe ser declarado nulo o, simplemente, improcedente? Los términos taxativos en que está formulado el artículo 12.4 e) ET, de indudable carácter imperativo e indisponible, llevan a inclinarse por lo primero, pero no hay que olvidar que no existe ningún apoyo legal expreso a la calificación de nulidad en este supuesto, al que no es extrapolable la doctrina constitucional sobre los despidos lesivos de derechos fundamentales, por no hallarse ninguno de ellos implicado.

En cuanto al sentido último de esta regulación, de la propia redacción del precepto se infiere que de lo que se trata es de asegurar el carácter voluntario para el trabajador de la conversión, y que la garantía allí recogida responde sobre todo a una finalidad preventiva, tratando de conjurar los temores a posibles represalias como única forma de garantizar la libertad real del trabajador en el momento de aceptar o rechazar la propuesta empresarial de transformación del contrato.

En segundo lugar, pareja a la del artículo 12.4 e) ET se encuentra la garantía recogida en el 12.5 h) a propósito de las horas complementarias ²³⁴. En caso de incumplimiento por el empresario de lo establecido en el Estatuto o, en su caso, en los convenios colectivos sobre los requisitos y régimen jurídico de las horas complementarias, el trabajador podrá negarse a su realización, y tal negativa «no constituirá conducta sancionable». Lógicamente, es requisito previo para la operatividad de esta regla el que exista un incumplimiento de la normativa por el empleador, en cuyo caso se concede legalmente al trabajador una suerte de *ius resistentiae* de ámbito limitado. Por otro lado, en este caso, más que de una especie de «garantía de indemnidad», se trata simplemente de una exclusión o prohibición expresa de ejercicio del poder disciplinario sobre el trabajador que, en las condiciones señaladas, se niegue a hacer horas complementarias, pero la literalidad del precepto («no será conducta sancionable») deja abierta la posibilidad de adopción de otras medidas que no sean de naturaleza propiamente disciplinaria.

En tercer lugar, la Directiva 2003/88/CE, sobre ordenación del tiempo de trabajo ²³⁵, como es sabido, contiene ciertas previsiones sobre la duración máxima del tiempo de trabajo semanal (art. 6) que, sin embargo, pueden ser excepcionadas en cada Estado miembro en determinadas condiciones (art. 22), situándose como vía última de escape a la normativa limitativa el consentimiento prestado libremente por el trabajador [art. 22.1 a)]. Ahora bien, aun admitida la posibilidad de pactar un trabajo situado por encima de los límites temporales establecidos con carácter general en la directiva, se impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar

²³⁴ Introducida también por el Real Decreto-Ley 15/1998.

²³⁵ Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

que «ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo» [art. 22.1 b)]. Se trata, claramente, de una exigencia de tutela frente a represalias por la negativa a aceptar un pacto de ampliación del tiempo de trabajo más allá de los límites de referencia, una especie de «garantía de indemnidad» cuya función no es otra que garantizar que, en su caso, dicha ampliación sea efectivamente fruto de un acuerdo verdaderamente libre y voluntario.

De esa misma lógica participa, en parte, nuestra regulación de las horas extraordinarias, cuando establece que «la prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo [...]» (art. 35.4 ET). Sin embargo, el Estatuto no ofrece una garantía frente a represalias que garantice plenamente dicha voluntariedad de las horas extraordinarias asegurando la indemnidad del trabajador que se niegue a su realización. En este sentido, conviene poner de relieve que la calificación que nuestros tribunales derivan del despido a consecuencia de tal negativa viene siendo la de improcedencia, que abre paso a la extinción indemnizada del contrato²³⁶. Con ello se resquebraja la naturaleza supuestamente voluntaria de las horas extraordinarias, ya que –aunque indemnizado– el despido y, con él, el efecto represivo pretendido acaban golpeando la esfera jurídica del trabajador.

Por último, cabría señalar que la introducción de este tipo de garantías de la voluntariedad y la bilateralidad reales de los pactos individuales en relación con el tiempo de trabajo responden bien a la llamada (eufemística e ideológicamente) política de la «flexiseguridad», esto es, aquella tendencia tan de moda últimamente que aboga por la «agilización» de la gestión de la mano de obra mediante la flexibilización de la normativa laboral y la apertura de un mayor espacio a la autonomía individual, ofreciendo a cambio determinadas formas concretas de protección de la esfera individual del trabajador frente a abusos o discriminaciones. De ello puede verse un buen reflejo en la propuesta de reforma de la directiva sobre tiempo de trabajo a que se acaba de hacer referencia, actualmente en tramitación²³⁷. Dicho texto, que dejaría subsistente la garantía frente a represalias aquí comentada en los mismos términos, incluye nuevas posibilidades de flexibilización junto a nuevas medidas tendentes precisamente a reforzar y asegurar el carácter consensual y voluntario de los pactos tendentes a ampliar el tiempo de trabajo más allá de la norma general. Así, por ejemplo, para evitar las presiones propias de ese contexto, se dice que el consentimiento prestado a tal efecto en el momento de la firma del contrato individual de trabajo o durante el período de prueba deberá considerarse nulo y sin efecto alguno²³⁸. Ello, por cierto, contrasta con lo establecido en el artículo 35.4 ET para las horas extraordinarias, donde, en una lógica diametralmente opuesta, se señala que «la prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que su realización se haya pactado [...] en contrato individual de trabajo». Teniendo en cuenta la posición del trabajador en el momento de la contratación de la que se hace eco el legislador comunitario, quizá la aparentemente contradictoria

²³⁶ STSJ Madrid de 24 de septiembre de 1992 (AS 4475); STSJ Baleares de 22 de noviembre de 1996 (AS 3842); y STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2002 (Ar. 190723).

²³⁷ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, COM (2004) 607 final.

²³⁸ Según el nuevo artículo 22.1 bis que se propone.

y desafortunada redacción literal del precepto estatutario no sea tan errónea, pues la voluntariedad real de determinados pactos puede ser ciertamente muy relativa cuando está en juego el acceso al puesto de trabajo.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES: ¿HACIA UNA GARANTÍA DE INDEMNIDAD DEL TRABAJADOR DE CARÁCTER GLOBAL?

A lo largo de las páginas precedentes se ha tratado de analizar con cierto grado de profundidad el fundamento y el contenido de la garantía de indemnidad del artículo 24.1 CE y de otras instituciones de tutela del trabajador más o menos afines, procurando poner de relieve las semejanzas y diferencias entre ellas. Llegados a este punto, procede esbozar alguna reflexión de conjunto, retomando alguno de los interrogantes que se planteaban ya al comienzo de este trabajo.

Así, en la introducción se planteaba si esas diversas medidas protectoras tienen un carácter aislado o si todas ellas forman parte de un concepto amplio de garantía de indemnidad. En este sentido, algún sector doctrinal maneja ya una acepción extensiva de la expresión «garantía de indemnidad»²³⁹, referida no sólo a la del artículo 24.1 CE sino, más en general, a la que llevan aparejada todos aquellos derechos fundamentales susceptibles de desplegar algún efecto en la relación laboral, puesto que, como ya se dijo, a todos ellos es consustancial la prohibición de cualquier perjuicio o menoscabo que se infiera por parte del empresario como consecuencia del lícito ejercicio de aquéllos por el trabajador²⁴⁰. Y, en la construcción de esa hipotética noción amplia de garantía de indemnidad, aún cabría agregar a ese conjunto, por la afinidad de la tutela dispensada, los diversos instrumentos de tutela estudiados en el epígrafe III de este trabajo²⁴¹.

²³⁹ Un sector doctrinal engloba dentro del concepto de garantía de indemnidad no sólo la vinculada al artículo 24.1 CE, sino también la garantía de indemnidad sindical y, más en general, la prohibición de represalias que acompaña al ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. En este sentido, *vid.* A. NICOLÁS FRANCO en «La garantía de indemnidad. Breve comentario con ocasión de la STC 265/2000, de 13 de noviembre», cit., págs. 35 y ss.; también J. GIL PLANA: «Un supuesto de indemnidad: retribución por objetivos como instrumento de represalia», AS, núm. 12 (2001), pág. 47. De forma más matizada, esto es, barajando un sentido amplio y otro más restringido de la expresión «garantía de indemnidad», referido este último a la especial «indemnidad por litigiosidad», tal y como se hace también en este trabajo, *vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», cit., págs. 637 y ss.

²⁴⁰ *Id.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER: «La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo», cit., pág. 211.

²⁴¹ De hecho, algunos autores no dudan en utilizar el nombre de «garantía de indemnidad» para referirse a estas garantías. Así, por ejemplo, para las garantías de los representantes frente a despidos, sanciones y perjuicios económicos, *cfr.* T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, cit., pág. 227; y G. BARREIRO GONZÁLEZ: «Garantías de los representantes del personal», cit., pág. 203; en relación con la protección frente al despido de embarazadas o motivado por el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, *cfr.* I. ALBIOL MONTESINOS: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., pág. 112; J.F. LOUSADA AROCHENA: «Las garantías del ejercicio de los derechos de conciliación de los trabajadores», cit., pág. 428; y T. PÉREZ DEL RÍO: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 65; y, recientemente, en referencia a la protección frente al despido vinculada a los derechos laborales de la víctima de violencia de género, *cfr.* C. MOLINA NAVARRETE: «Las dimensiones socio-laborales de la "lucha" contra la "violencia de género". A propósito de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género –BOE 29 de diciembre–», cit., págs. 37 y 38.

Sin embargo, a resultas de lo visto hasta aquí, cabría decir que, aunque todas esas garantías presentan elementos comunes, también existen importantes divergencias entre ellas, por lo que quizá sea excesivo pretender englobarlas todas en una noción general de garantía de indemnidad, al menos, desde el punto de vista técnico-jurídico. No obstante, todas ellas forman parte de una suerte de cadena orientada a la protección del empleado frente a represalias empresariales, como eslabones distintos en cuanto a su fundamento jurídico, su estructura y su contenido concreto, pero con una lógica de fondo compartida.

En efecto, a todas esas garantías legales y jurisprudenciales subyace un mismo presupuesto: la posición subordinada y dependiente que ocupa el trabajador en la relación laboral y su consiguiente vulnerabilidad ante una posible utilización de los poderes empresariales para reprimir los derechos del trabajador. Todas ellas tienen, pues, como *ultima ratio*, la protección de la esfera individual del trabajador en el correcto ejercicio de sus derechos, bien entendido que, dada la posición que ocupan cada uno de los sujetos de la relación laboral, en definitiva, una relación de «poder-subordinación», la efectividad real de aquellos derechos requiere medidas eficaces de interdicción del uso represivo de sus facultades por parte del empresario.

De lo que se acaba de decir se desprende otra semejanza fundamental entre las garantías analizadas, a saber, que no se trata de derechos sustantivos, sino de derechos adjetivos que acompañan a otros derechos cuyo disfrute se quiere garantizar frente a posibles injerencias empresariales. De este modo, podría hablarse de «derechos secundarios» al servicio de otros «derechos primarios» que les sirven de base, pues lo que se pretende con aquéllos es precisamente asegurar la plena eficacia de estos últimos. Ello responde a una orientación –no nueva, pero sí retomada con algo más de fuerza últimamente– del Derecho del Trabajo en el sentido de que la finalidad tuitiva del trabajo asalariado no se satisface con el establecimiento de meros «catálogos teóricos» de derechos del trabajador, sino que, tanto o más necesarias son las medidas adjetivas de garantía que pretenden evitar que el respeto a la normativa sustantiva quede al albur de la voluntad de los empresarios. Esa tendencia se refleja en la introducción de nuevas garantías frente a represalias y de ciertos mecanismos procesales en algunas de las normas laborales más recientes, por ejemplo, como se ha visto, en las directivas comunitarias sobre igualdad, en la reciente reforma del artículo 17 ET o en la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral. Y lo que se pretende es, en último término, combatir el defecto clásicamente achacado al ordenamiento laboral: su escasa efectividad en la práctica.

Por otra parte, todas esas garantías adjetivas coinciden también en situarse al servicio de derechos e intereses básicos del trabajador, bien derechos fundamentales propiamente dichos (tutela judicial efectiva, libertad sindical, libertad de información), bien otros que conectan indirectamente con los derechos fundamentales o que, en cualquier caso, son relevantes para el trabajador en cuanto persona cuya existencia no puede ser total y absolutamente mercantilizada mediante el contrato de trabajo (por ejemplo, garantías de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral). De esta forma, todas estas garantías entroncan, de manera más o menos directa, con la tutela de la dignidad de la persona del trabajador y con la vieja aspiración de humanizar el trabajo asalariado, poniendo a salvo determinados bienes personales que no deberían sufrir daños con ocasión de la prestación de servicios, es decir, que deben gozar de intangibilidad o, dicho con la palabra recurrente de este trabajo, de indemnidad.

Es desde esa perspectiva desde la que puede comprenderse cabalmente otro de los elementos comunes a la generalidad de las garantías estudiadas, esta vez sí, en cuanto a su estructura y contenido jurídicos. La mayoría de ellas –cada una en su ámbito– determinan la nulidad de las medidas empresariales de represalia y la total anulación de sus efectos perjudiciales, sin que baste una mera reparación pecuniaria o una sanción al empresario, pues de lo que se trata es precisamente de garantizar la intangibilidad o la indemnidad del trabajador en relación con el ejercicio de ciertos derechos. Y, cuando ello no es así, se ha venido poniendo de manifiesto la imperfección o escasa utilidad de la medida de tutela en cuestión, evitando conscientemente el recurso a la expresión «garantía de indemnidad».

Por otro lado, esa lógica de fondo es también la que permite establecer una línea de separación entre la mayoría de las garantías aquí analizadas y las que pertenecen al ámbito del Derecho colectivo del Trabajo, a las que, no obstante, también se ha dedicado alguna atención. En efecto, mientras que en la garantía de indemnidad sindical o en las garantías de los representantes, aun concurriendo con la tutela de lo individual, prima la finalidad de reforzar los mecanismos de defensa colectiva de intereses laborales, las que han ocupado la mayor parte de esta investigación pretenden exclusivamente la protección de intereses fundamentales del trabajador considerado *uti singuli*, abstracción hecha de todo aspecto colectivo.

En este sentido, cabría situar el cada vez mayor interés del ordenamiento por el establecimiento de «garantías de indemnidad» del trabajador individualmente considerado en el contexto de eso que se ha dado en llamar «individualización del Derecho del Trabajo», expresión con la que, como es sabido, se viene haciendo referencia a un paulatino decaer de los aspectos colectivos y un paralelo o correlativo resurgir de lo individual de la relación contractual de trabajo. Para algunos, dicha individualización no sólo implicaría un reforzamiento del papel de la autonomía individual en la regulación del trabajo –en detrimento de las fuentes colectivas–, sino también una «mayor "sensibilidad" a los intereses individuales» y una «revalorización del perfil subjetivo del contrato de trabajo» que explicaría el redoblado énfasis en la protección de los derechos fundamentales del trabajador que se viene manifestando en las últimas décadas²⁴². Pues bien, el reciente «descubrimiento» de las diversas «garantías de indemnidad» estudiadas, la mayoría de ellas vinculadas a derechos fundamentales, bien podría considerarse una vuelta de tuerca más dentro de esa tendencia.

En fin, a la vista de estas reflexiones, puede concluirse que, aunque las diversas garantías que se han estudiado presentan notables diferencias entre ellas y, por ello, sería prematuro pretender agruparlas en un concepto jurídico unitario de garantía de indemnidad, todas ellas avanzan, con una misma lógica, en una misma dirección: el progresivo establecimiento de una esfera cada vez mayor

²⁴² Cfr. S. SIMITIS, cfr. «Il Diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo», *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, núm. 45 (1990), págs. 87 y ss.; S. DEL REY GUANTER: «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», cit., págs. 26 y ss.; M. MAGNANI: «Diritti della persona e contratto di lavoro. L'esperienza italiana», *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, núm. 15 (1994), págs. 47 y 48; e I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN: «Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador», *DS*, núm. 4 (1998), pág. 26.

de intangibilidad o indemnidad del trabajador en el ejercicio de sus derechos. Esa esfera de indemnidad aún no es completa, pues, en estos momentos, nuestro ordenamiento no contiene sino garantías parciales en torno a tal o cual derecho, y no una garantía general u «omnicomprensiva». Pero, cada una en su terreno, todas las formas de tutela a que se ha hecho referencia en este trabajo, tanto las surgidas de la jurisprudencia como las que, poco a poco, van incluyendo nuestras leyes más modernas, abren camino paso a paso hacia la consolidación de la idea de que el trabajador no puede ser perjudicado por el *legítimo* ejercicio de sus derechos. Quizá pueda parecer extraño que lo anterior no sea ya un principio general de nuestro Derecho Laboral, pero lo cierto es que el carácter parcial de las garantías frente a represalias estudiadas viene a corroborar la impresión de que se trata de una máxima aún por confirmar.

En efecto, como se ha venido viendo, en nuestro Derecho ha sido necesario ir estableciendo diversas garantías frente a represalias, más o menos específicas, en torno al ejercicio de algunos concretos derechos del trabajador, pero se trata siempre de garantías parciales. Así, la garantía de indemnidad ampara el ejercicio de acciones judiciales, la garantía de indemnidad sindical la afiliación y el desempeño de actividades sindicales, las garantías de los derechos de conciliación el ejercicio de los permisos parentales, la garantía del 21.4 LPRL, la paralización del trabajo por riesgo grave e inminente, etc. Pero no existe una garantía general que proteja genéricamente el ejercicio –correcto y legítimo– de cualquier derecho laboral. Quizá podría haberse aprovechado la reciente reforma del ET por la Ley 62/2003 para establecer una garantía de este tipo, mas, en lugar de ello, dicha reforma ha supuesto la inclusión en el artículo 17 del ejemplo señero de la parcialidad de las garantías de indemnidad: una garantía que ampara las reclamaciones y acciones judiciales *relacionadas con la igualdad de trato*, con exclusión, por tanto, de las no relacionadas con ese tema (afortunadamente cubiertas por el manto de la garantía de indemnidad del 24.1 CE). Y a lo anterior aún cabría añadir que, incluso en sus ámbitos respectivos, no todas esas garantías (parciales de por sí) son completas, pues, por ejemplo, las garantías propias de la conciliación de la vida familiar y laboral protegen contra el despido, pero no contra otras medidas de represalia posibles.

Cabría traer de nuevo a colación las palabras ya citadas de algún autor que, a propósito de la garantía establecida en el artículo 21.4 LPRL ²⁴³, señalaba que dicha protección resulta «obvia e innecesaria, puesto que todo derecho correctamente ejercido debe ser respetado y en modo alguno puede acarrear consecuencias negativas» ²⁴⁴. Sin duda, se trata de una afirmación sumamente razonable, pero no cierta, a la vista de lo que se acaba de decir, más descriptiva de lo que debería ser que de lo que es el estado actual de cosas. Mas, ¿por qué no convertir ese buen deseo en una realidad? ¿Qué razones podrían oponerse al establecimiento de una garantía general de indemnidad en el *legítimo* ejercicio de sus derechos por el trabajador? Ciertamente, como se ha venido diciendo, las medidas de tutela que se han tratado en estas páginas se van aproximando a ese objetivo, pero es claro que, debido a su parcialidad, aún queda trecho por recorrer. Y si se comparte que dicho objetivo es

²⁴³ Vid. *supra*. III.7.

²⁴⁴ Cfr. L. HERNÁNDEZ MARCOS: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, cit., pág. 107.

justo y conveniente –sin que pueda entenderse por qué no habría de compartirse esta idea–, posiblemente el camino más corto para llegar al final del trayecto sería una solución *de lege ferenda*, quizá mediante la inclusión en el ET de una prohibición *general* (no parcial) de represalias por el lícito ejercicio de derechos. De todas formas, seguramente sea más probable que los avances más significativos hacia una hipotética noción general de indemnidad del trabajador vengan por vía jurisprudencial, sobre todo teniendo en cuenta el eco que está teniendo la garantía de indemnidad del artículo 24.1 CE en la práctica de nuestros tribunales laborales. En todo caso, el tema está abierto –y de moda, podría decirse–, por lo que cabe esperar novedades en su tratamiento.