

GARANTÍA DE INDEMNIDAD Y TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA. UNA PROPUESTA DE ESTUDIO DESDE EL DERECHO SOCIAL EUROPEO

GUARANTEE OF INDEMNITY AND ANTIDISCRIMINATORY
GUARDIAN. A STUDY PROPOSAL FROM THE EUROPEAN
SOCIAL LAW

MILENA BOGONI*

Profesora Ayudante Doctora
Universidad de Castilla-La Mancha
milena.bogoni@uclm.es

RESUMEN

El presente artículo pretende profundizar, desde una perspectiva concreta, el tema de la garantía de indemnidad, es decir la protección del trabajador frente a las represalias empresariales derivadas de la activación de procedimientos de tutela de derechos fundamentales. En el momento en el que se analiza el contexto jurídico en el que se desarrolla la conexión entre la tutela judicial efectiva y la garantía de indemnidad, aparece claro que la dimensión propia de la tutela antidiscriminatoria (evolucionada, en gran medida, al amparo del derecho de la Unión Europea) funciona como un elemento central de matización y definición. En ese sentido, el estudio de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente del Asunto Coote (1998) y del Asunto Hakelbrecht y otros (2019), puede proporcionar una lectura interpretativa de la configuración, normativa y jurisprudencial, de la garantía de indemnidad en un contexto de un ordenamiento jurídico multinivel como el

* La presente publicación se inserta en el marco del Proyecto de Investigación (Plan Nacional) "Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales" (RTI2018-097917-B-100).

actual. Eso llevará a plantear, para concluir, una serie de propuestas para su futura y posible regulación al margen o fuera del exclusivo espacio jurisprudencial, entendido como el espacio natural en el que se ha desarrollado de manera preponderante en nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Garantía de indemnidad; igualdad de trato; tutela antidiscriminatoria; derecho social de la UE, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

ABSTRACT

This article aims to deepen, from a specific perspective, the issue of the "indemnity guarantee", that means to speak about the protection of workers against retaliatory measures. When analyze the legal context in which the connection between "effective judicial protection" and the "indemnity guarantee" is developed, it is clear that the dimension of the anti-discriminatory guardianship (evolved, especially, under the protection of the European Union social law) functions as a central element of qualification and definition. In that sense, the study of the judgments of the Court of Justice of the European Union, especially of the Coote Case (1998) and of the Hakelbracht and others Case (2019), can provide an interpretative reading of the configuration, normative and jurisprudential, of the "indemnity guarantee" in a modern context of a multilevel legal system. That will lead to silver, to conclude, a series of proposals for its future and possible regulation out of tribunals reality.

Keywords: Indemnity guarantee; equal treatment; anti-discriminatory guardianship; European social law; Court of Justice of the European Union.

RESUMO

O presente artigo pretende profundar, dende unha perspectiva concreta, o tema da garantía de indemnidade, é dicir a protección do traballador fronte ás represalias empresariais derivadas da activación de procedementos de tutela de dereitos fundamentais. No momento no que se analiza o contexto xurídico no que se desenvolve a conexión entre a tutela xudicial efectiva e a garantía de indemnidade,

aparece claro que a dimensión propia da tutela antidiscriminatoria (evolucionada, en gran medida, ao amparo do dereito da Unión Europea) funciona como un elemento central de matización e definición. Nese sentido, o estudo das sentenzas do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, especialmente do Asunto Coote (1998) e do Asunto Hakelbrecht e outros (2019), pode proporcionar unha lectura interpretativa da configuración, normativa e xurisprudencial, da garantía de indemnidade nun contexto dun ordenamento xurídico multinivel como o actual. Iso levará a formular, para concluír, unha serie de propostas para a súa futura e posible regulación á marxe ou fóra do exclusivo espazo xurisprudencial, entendido como o espazo natural no que se desenvolveu de maneira preponderante no noso ordenamento xurídico.

Palabras chave: Garantía de indemnidade; igualdade de trato; tutela antidiscriminatoria; dereito social da UE, Tribunal de Xustiza da Unión Europea.

1. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD: A PROPÓSITO DE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El reconocimiento de un derecho fundamental suele estar acompañado, en todo ordenamiento jurídico, de una serie de garantías y derechos de carácter funcional dirigidos especialmente a asegurar la aplicación, eficacia y efectividad de los mismos derechos y que suelen configurarse, a la vez, como derechos fundamentales en si mismos. La principal de esta garantía es la reconocida en el derecho a la tutela judicial efectiva. Con este derecho se quiere referir al conjunto de mecanismos jurídicos establecidos con el fin de que toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sea tutelada de manera efectiva por parte de jueces y tribunales y sea por tanto evitada, por todos los medios, una situación de indefensión. La presencia de cláusulas de este tipo son esenciales en sistema jurídicos donde la efectividad práctica de los derechos es tan o más importante que su formalización en las normas de más alto rango jerárquico.

En el ordenamiento jurídico español, así como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno¹, su colocación estratégica en el texto constitucional (art. 24 CE) sirve para que se cumpla su función de canal de entrada para el procedimiento de reparación efectiva ante la vulneración de un derecho fundamental. El derecho a la tutela judicial efectiva, por tanto, representa la clave de bóveda de la entera estructura jurídica y, tal y como se reconoce en la doctrina “más que un derecho unitario es una suma de derechos, reglas técnicas y exigencias procedimentales reunidos bajo una misma denominación en razón de ejercitarse en un mismo ámbito, el de la administración de justicia”². En este sentido, sin bien su existencia y funcionalidad están ligadas a la esfera procesal, su capacidad de atracción es tal que prácticamente en todos los supuestos de vulneración de derechos fundamentales se acaba, en algún momento del recurso, haciendo referencia directa al derecho a la tutela judicial efectiva. Esto, especialmente, se debe, en el sistema jurídico español, a la intención del Tribunal Constitucional (TC) de reconocer, progresivamente, una variedad y extensión de contenido del derecho a la tutela judicial efectiva con el fin de aumentar significativamente el impacto y capacidad de acción del recurso de amparo en sí mismo. El art. 24 CE, entonces, desde sus primeras manifestaciones, ha servido como

¹ En la Constitución portuguesa, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva está previsto en el art. 20, mientras que en la Constitución alemana se puede encontrar una norma similar en el art. 19.4. En la Constitución italiana este derecho se colocó en el art. 24 y el legislador lo reconoce como un derecho inviolable y universal, atribuyéndole la función de ser el fulcro de todo sistema democrático. Entre otros, véase la sugerente lectura que se propone de esta cuestión en Omaggio V., “Individuo, persona e Costituzione”, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.1, 2014, pp. 77-99.

² Rodríguez-Piñero Royo M., “Artículo 24: derecho a la tutela judicial efectiva”, en Baylos Grau A. – Cabeza Pereiro J. – Cruz Villalón J. – Valdés Dal-Re F. (coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, La Ley-Wolters Kluwer ed., 2015, p. 817.

puerta de acceso para el análisis de la actuación de los tribunales ordinarios cada vez que éstos tenían la tarea de aplicar y tutelar los derechos fundamentales garantizados en la Constitución. De esta manera, el control constitucional podía permear en el sistema judicial y reparar las eventuales lesiones de derechos provocadas, no tanto (o no sólo) en la relación entre privados, sino, especialmente, en la actuación de los órganos judiciales llamados a intervenir, en primeras instancias, para enmendar la vulneración misma³. La garantía del derecho, así configurada, se articula, por tanto, en diferentes niveles y desde distintas perspectivas: la jurídico-formal, por un lado, con un reconocimiento del derecho en toda relación, horizontal o vertical que sea⁴; la procesal, por otro, a través de un procedimiento que legitima el acceso a la tutela jurisdiccional en un doble nivel, jurisdicción ordinaria y recurso de amparo.

Si se analiza el derecho a la tutela judicial efectiva en su concreción por parte del art. 24 CE se puede ver como su naturaleza de "derecho de prestación"⁵, de configuración

³ Casas Baamonde, "25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Persona y derecho*, n.54, 2006, p. 37 y ss.

⁴ Sobre la importancia de que los derechos fundamentales tengan una eficacia horizontal y no sean, por tanto, de exclusiva aplicación en la relación entre los individuos y el Estado (o los demás poderes públicos), así como que esta eficacia horizontal sea inmediata, es decir que, pese a no ser autosuficiente para poder alcanzar su eficacia, es preexistente a la intervención del legislador véase: Igartua Miró, M.T., *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*, Consejo Económico y Social ed., Madrid, 2008, pp. 9-16.

⁵ Como bien se indica en Baylos Grau, A. – Birgillito, M. L. – Castelli N., "Tutela judicial efectiva", en Monereo Pérez, J.J. – Álvarez Cortés, J. C. – Vila Tierno F. (coords.), *Derechos fundamentales inespecíficos*, Comares Editorial, Granada, (en curso de publicación) : "Se trata de tutela judicial, es decir, del acceso a "todo tipo de procesos" que se sustancien ante los órganos del Estado encargados de administrar justicia, de juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), lo que implica considerar asimismo una vertiente institucional del derecho que comprende el sistema judicial en cuanto "agencia institucional" que se estructura

legal y, sobre todo, de contenido complejo⁶ se traduce en un dispositivo articulado en dos partes. En el dispositivo habría en efecto, una primera parte, encargada de establecer un derecho (general) al acceso a la justicia (tutela judicial efectiva *strictu sensu*) y una segunda parte (más específica) en la que se detallan ciertas situaciones jurídicas subjetivas, entre las cuales claramente predominan las relacionadas con el proceso penal, pero en la que encajarían también las que tienen cabida en el procedimiento propio de los órdenes jurisdiccionales civil, contencioso administrativo o social. Esta última parte, dedicada en definitiva al derecho a un proceso equitativo, completaría la primera, aclarando que el ordenamiento, no solamente tiene que establecer mecanismos dirigidos a favorecer el acceso a la justicia de toda persona que haya visto vulnerado un derecho o un interés legítimo, sino que este acceso tiene que darse en presencia de ciertas garantías fundamentales, sin las cuales la reparación de la lesión acaba siendo una quimera⁷.

La posible aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva al ámbito de las relaciones laborales tiene, por tanto, especial importancia en el sistema jurídico español. No hay que olvidar que este es el contexto donde la desigualdad estructural de las fuerzas contrapuestas determina la existencia de un vínculo contractual de carácter especial, cuyas peculiaridades trascienden la mera "ley del contrato" y acaban condicionando aspectos variados de su definición

en un sistema determinado de órganos jurisdiccionales a los que se asigna la tarea de administrar justicia y que permite configurar el derecho reconocido en el art. 24.1 CE no sólo como desde la posición activa de los titulares de los derechos e intereses ejercitados, sino como un derecho prestacional que requiere la organización de la actividad jurisdiccional por el Estado (art. 149.1 5ª CE) y que por tanto reposa sobre condicionamientos materiales y económicos que necesariamente tienen que ser funcionales al mejor funcionamiento de la administración de justicia para los ciudadanos y a la efectividad de la tutela judicial."

⁶ Rodríguez-Piñero Royo, M., "Artículo 24: derecho a la tutela judicial efectiva", *op. cit.*, p. 817.

normativa, sustantiva y procesal. Y es en este contexto donde el choque entre el poder privado del empresario, tendencialmente libre y de expresión unilateral, con el núcleo esencial de los derechos fundamentales del trabajador a su cargo adquiere una especial dimensión, desde el punto de vista de la teoría general de los derechos fundamentales como de la procedimentalización de su tutela.

En lo que a la primera cuestión se refiere hay que recordar que las categorías dogmáticas como la de la "ciudadanía en la empresa"⁸ o la de los "derechos laborales inespecíficos"⁹ operan en relación directa con el derecho a la tutela judicial efectiva. Si bien no es intención de este trabajo, profundizar en el gran debate que ha habido y hay sobre estos conceptos, es oportuno recordar que con estos términos se suele hacer referencia al fenómeno que determina la presencia de ciertas limitaciones al poder empresarial, originadas en el reconocimiento, aplicación y tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores *dentro de* la empresa y con el reconocimiento del trabajador como sujeto de pleno derecho en la relación laboral. A la relación de trabajo, en efecto, acaban incrustándose los derechos fundamentales, calificándola y matizándola a la luz de todos aquellos derechos que, en cuanto persona y como ciudadano, aporta el trabajador. El mismo espacio, la empresa, termina, por tanto por permeabilizarse a una nueva dimensión del trabajo, entendido en su indisolubilidad con el ser humano portador de estos derechos, convirtiéndose en un espacio, a su vez, de reconocimiento, disfrute y tutela de derechos¹⁰.

⁸ Para una análisis de ese concepto véase: Cendón Torres, R., "Ciudadanía en la empresa", en Baylos Grau, A. - Florencio Thomé, C. - García Schwarz, R., *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant Lo Blanch, pp. 183-186.

⁹ Toscani Jimenez, D. - Valenciano Sal, A., *Derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores*, Bomarzo, 2016.

¹⁰ Gutiérrez Pérez, M., *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Laborum ed., 2011, pp. 24.

La conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la relación de trabajo tiene, también, otra consecuencia y es la inevitable reinterpretación conceptual de todo el procedimiento laboral a la luz del art. 24 CE¹¹ ya que, en el mismo, tienen que incorporarse y desarrollarse todos los aspectos previstos en el precepto constitucional. Esto permite la traducción, en el plano de la efectividad, de un derecho de acceso a la jurisdicción que, de otra manera, corre el peligro de ser puramente formal. Y es allí donde la labor de los tribunales, especialmente del Tribunal Constitucional, se ha revelado fundamental. La amplia doctrina del TC en esta materia ha servido para labrar, entre las sinuosidades del proceso laboral, el contenido real y concreto de este derecho y es, en este ámbito donde se ha gestado y desarrollado la doctrina de la "garantía de indemnidad".

La garantía de indemnidad se define como una consecuencia lógica del reconocimiento y aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva. Concretamente, pretende dar una respuesta a todos los supuestos en los que, frente a la activación de la tutela judicial a consecuencia de una vulneración de un derecho fundamental o un interés legítimo por parte del trabajador, se producen una serie de represalias por parte del empresario con el fin de disuadir y penalizar la defensa del derecho lesionado. En un primer momento, la jurisprudencia interpreta esta garantía relacionándola con el acto de retorsión empresarial típico, el despido del trabajador demandante a causa y consecuencia de la demanda misma, pero, poco a poco, esta doctrina se va expandiendo con el fin de dar cobertura a situaciones más heterogéneas en las que, o bien, los actos de represalias se van haciendo más sofisticados y variados, o bien se extiende esta tutela, no sólo al sujeto que haya ejercido la acción judicial, sino a todas aquellas personas que le hayan asistido o hayan participado, de alguna forma,

¹¹ Baylos Grau, A. – Birgillito, M. L. – Castelli N., "Tutela judicial efectiva", en Monereo Pérez, J.J. – Álvarez Cortés, J. C. – Vila Tierno F. (coords.), *Derechos fundamentales inespecíficos*, Comares Editorial, Granada (en curso de publicación).

en el mismo¹². Esta fuerza catalizadora y a la vez expansiva de la garantía de indemnidad, producto de una reiterada jurisprudencia del TC inaugurada con la famosa STC 14/1993, de 18 de enero¹³, se basa en una construcción rigurosa en la que, como veremos, confluyen fuentes legales y principios del ordenamiento jurídico nacional e internacional, interpretados para conseguir un "blindaje sin fisuras"¹⁴ de carácter universal capaz de operar con plenitud.

¹² Esto permite plantear una "tutela de carácter universal, que protege al trabajador litigante contra todo tipo de actos represivos (no sólo el despido) y con independencia del motivo de la reclamación desencadenante de la reacción empresarial, y que otorga al trabajador inmunidad plena, pues obliga a reponer al trabajador represaliado en la integridad de su derecho, declarando nula y sin efectos la medida empresarial disuasoria del acceso a la jurisdicción". En Álvarez Alonso, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Bomarzo ed., 2005, p. 27.

¹³ Esta es la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 14/1993, de 18 enero. En realidad, como bien relata la doctrina, conjuntamente con esta famosa sentencia hubo otra, en el mismo día y año (STC núm. 7/1993, de 18 de enero) que "ni siquiera llamó a esta garantía por su nombre", aunque abría la puerta a la configuración jurisprudencial de la misma. Con esta sentencia, por un lado, se sentaban los fundamentos legales y jurisprudenciales de la misma, dentro y fuera del ordenamiento jurídico español (art. 4 g) ET, art. 5 c) del Convenio 158 OIT y cita expresa de la STC 38/1981). Por otro lado, en esta primera Sentencia se introduce y aplican "las peculiares reglas de distribución de la carga de la prueba en estos supuestos, que han sido y son la autentica clave del reconocimiento o no de la vulneración de la garantía de indemnidad (...)." Así en Mella Méndez, L., "Garantía de indemnidad: sentencias clave en la progresiva configuración autónoma de la misma (1999-2010)", en Baylos Grau A. – Cabeza Pereiro J. – Cruz Villalón J. – Valdés Dal-Re F. (coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, La Ley-Wolters Kluwer ed., 2015, p. 844.

¹⁴ Expresión utilizada en Álvarez Alonso, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, op. cit., p. 30.

Cabe resaltar, además, que es justamente en el marco de la relación laboral donde esta garantía de indemnidad ha prosperado más, pese a no ser un mecanismo de tutela específicamente concebido para el contexto laboral¹⁵. Eso se debe, una vez más, a las peculiaridades propias de la relación de trabajo, en función de las cuales la situación de dependencia o subordinación del trabajador respecto al empresario propicia la aparición de actos de represalias y demás conductas represivas del empresario que, en situación de superioridad y aprovechándose de su poder de dirección, podría “vengarse” del trabajador o trabajadores que hayan abierto un procedimiento legal de tutela de derechos.

Esto ha permitido además, conectar la garantía de indemnidad a otros derechos fundamentales, cuyo ejercicio se apoyaría, gracias a esta extensión en ciertas garantías añadidas producto de esta relación conceptual. Ese es el caso, por ejemplo, de la libertad sindical, para la cual el Tribunal Constitucional ha modulado una especial garantía de indemnidad que determina la prohibición (y consecuente nulidad) de diferencias de trato o perjuicios ligados a la afiliación o actividad sindical de los trabajadores o sus representantes¹⁶. En estos supuestos, el Tribunal Constitucional avanza en su tarea de protección efectiva de los derechos y procede a matizar la garantía en función del contacto e interacción de esta con los demás derechos

¹⁵ De hecho “la garantía de indemnidad del art. 24.1 CE, (...) es un derecho de carácter general, no específico del ámbito laboral, que potencialmente podría desplegar interesantes efectos en las relaciones frente a la Administración o en las de naturaleza mercantil” y así lo ha expresado el mismo Tribunal Constitucional en numerosas sentencias sobre la materia. Sólo más recientemente se ha empezado a trabar esta garantía fuera del contexto de la relación laboral, abriendo así vías nuevas de expansión de la misma (por ejemplo: STC 186/2003, de 27 de octubre, ECLI:ES:TC:2003:186). En Álvarez Alonso, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, op. cit., p. 32.

¹⁶ Igartua Miró, M.T., *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*, op.cit., pp. 33 y ss.

fundamentales¹⁷. Esta interesantísima operación de amplificación y ensanchamiento del contenido de la garantía de indemnidad permite ir más allá de los límites estrictos del art. 24 CE y demostrar, en cierto sentido, la fuerza de este mecanismo jurisprudencial de efectividad de los derechos¹⁸.

El marco de la relación de trabajo, una vez más, es un espacio en el que la tutela de los derechos fundamentales tiene que ser garantizado de manera especial. Si el derecho a la tutela judicial efectiva funciona como puerta de acceso para extender la judicabilidad de los derechos al espacio de la empresa y al ámbito de la relación de trabajo, la garantía de indemnidad permite que esa puerta sea transitable y la tutela judicial pueda operar hacia la reparación de la lesión de manera eficaz. De ahí que la conexión instrumental entre la garantía de indemnidad, de origen y desarrollo fundamentalmente jurisprudencial, y el derecho a la tutela judicial efectiva, de origen y desarrollo legal-constitucional, constituye un elemento esencial en la construcción teórico-práctica del sistema de reconocimiento y tutela de los

¹⁷ Nicolás Franco, A., "La garantía de indemnidad: STC 13 noviembre 2000", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 4, 2000, p. 3048.

¹⁸ En ese sentido hay una abundante jurisprudencia a la cual poder acudir, así como existen importantes análisis doctrinales dirigidos a comentar y profundizar esta cuestión. Entre otros véase: Ballester Pastor, I., "Sobre la expansión sostenida de la garantía de indemnidad retributiva del liberado sindical", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 13, 2010, pp. 31-38; García Ninet, J. L., "Acerca de la garantía de indemnidad en clave sindical: algunas cuestiones en la doctrina del Tribunal Constitucional", en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n. 197, 2007, pp. 5-16; Nieto Rojas, P., "Crédito horario y garantía de indemnidad de los representantes legales. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2018", en *Revista de información laboral*, n. 8, 2018, pp. 153-166; Basterra Hernández, M., "El derecho a la huelga y la garantía de indemnidad del trabajador frente a la empresa principal de una contrata: entre el tribunal constitucional y la anomia", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 2, 2018, pp. 203-220;

derechos fundamentales. Es, por tanto, en el funcionamiento de esta conexión donde, muchas veces, se materializa la verdadera protección del ordenamiento jurídico frente a toda vulneración de derechos¹⁹.

2. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD ENTRE DESARROLLO LEGAL Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: UNA REFERENCIA ESPECÍFICA AL PAPEL DEL DERECHO SOCIAL EUROPEO Y DEL TJUE

La particular conexión existente entre el derecho, reglamentado y constitucionalizado, de tutela judicial efectiva, con la presencia, instrumental compleja, de un "derecho jurisprudencial" a una protección específica frente a represalias y demás actos represivos que encuentren su motivación en haber hecho uso del derecho mismo, se mantiene en el ordenamiento jurídico español a través de un peculiar equilibrio. La garantía de indemnidad, fuera de la referencia constitucional, marcada por el art. 24 CE, en la que, como se ha visto anteriormente, se incrusta gracias a la labor del TC, se sustenta en normas específicas, dentro y fuera del sistema jurídico nacional y puede verse afectada por la acción directa e indirecta de tribunales supranacionales. La forma en la que se construye el contenido y alcance de la garantía de indemnidad, en su conexión original y originaria con el art. 24 CE, es sin duda fundamental para plantear una aproximación crítica al mecanismo objeto de estudio en estas páginas y pasa por profundizar en la acción conjunta operada por el marco teórico normativo con el empuje práctico de las decisiones judiciales. Es a la luz de ese estudio que nos podemos dar cuenta, de manera más clara y desarrollando así una de las

¹⁹ En este sentido y desde este punto de vista la garantía de indemnidad serviría para "cerrar el círculo" de los instrumentos básicos puestos al servicio de la de la efectividad de la tutela judicial "cuyo núcleo lo forman el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales y las medidas cautelares, pero que resultaría incompleto sin la interdicción de eventuales represalias por razón del ejercicio de la acción judicial", en Álvarez Alonso, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, op. cit., p. 54.

principales hipótesis de este trabajo de investigación, que la garantía de indemnidad necesita ser analizada desde una perspectiva que valore su relación con otros principios o derechos del ordenamiento jurídico. Especialmente aquellos que tienen un suficiente desarrollo normativo en nuestro ordenamiento y que pueden servir como elementos "dentro del sistema" para su anclaje y desarrollo más allá del espacio jurisprudencial. Concretamente, en este caso, se propone estudiar y valorar la conexión existente entre la garantía de indemnidad y el derecho a la igualdad de trato, desarrollado por la tutela antidiscriminatoria. Es, efectivamente, a través de la relación con este derecho que se han conseguido ciertos avances en el derecho positivo en esta materia.

En primer lugar, se ha podido ampliar de una manera especialmente interesante el contenido de la garantía de indemnidad, desde el derecho de la Unión Europea (UE) y a través de un ordenamiento jurídico nacional totalmente permeable. En segundo lugar, como se decía anteriormente, se ha logrado introducir en la legislación nacional ciertos dispositivos legales que pueden servir de substrato para el derecho jurisprudencial a la tutela del trabajador frente a toda represalia empresarial.

Además, en consideración de la importancia que ha tenido en nuestro ordenamiento la jurisprudencia sobre este tema, no hay que obviar las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ya que las mismas nos sirven para conseguir dos objetivos de este trabajo: corroborar, en una perspectiva práctica, la relación existente entre el derecho a la tutela judicial efectiva, la garantía de indemnidad y la tutela antidiscriminatoria y para plantear, en última instancia, un debate sobre las debilidades y fortalezas del modelo español de garantía de indemnidad así como su posible inserción formal en el sistema jurídico de fuentes.

2.1. EL DERECHO INTERNO Y LAS FUENTES INTERNACIONALES: GARANTÍA DE INDEMNIDAD Y TUTELA LEGAL ANTIDISCRIMINATORIA

Con el fin de empezar la búsqueda de un fundamento legal para la garantía de indemnidad en el plan específico del ordenamiento jurídico nacional, es esencial comenzar citando el art. 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores (ET). En este artículo se indica que los trabajadores "tienen derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo". Con esta norma se produce, por tanto, la transposición *en* el contrato de trabajo, del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 CE. Esta disposición se completa con otras disposiciones orientadas, más específicamente, a regular medios de tutela concretos frente a eventuales represalias empresariales, sin en cambio definir esta indemnidad con carácter general y previo. En este sentido se puede leer el art. 53.4 ET o el art. 55.5 ET, que se encargan, respectivamente, de relatar las formas y efectos de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas así como del despido disciplinario. En cada uno de estos supuestos, el legislador se preocupa de sancionar con la nulidad el supuesto más grave y común de represalia, es decir el despido originado en una violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, donde el derecho violado sería la posibilidad efectiva de reclamar la tutela de un derecho tal y como está regulada en el art. 24 CE. Ciertamente estos dispositivos no representan una reglamentación explícita y general de la garantía de indemnidad pero, sin duda, representan una opción, regulada, para la aplicación práctica de ésta en unos supuestos concretos de represalia empresarial. Ahora bien, si se quiere ir un poco más allá y encontrar más caminos para apuntalar la estructura central del derecho a la tutela judicial efectiva al que está incrustada la garantía de indemnidad hay que empezar yendo hacia normas que se sitúan en el nivel jurídico internacional y supranacional. Concretamente hay que recurrir, en primer lugar a la normativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), especialmente a la Recomendación nº 119 sobre la

terminación de la relación de trabajo²⁰ y al Convenio nº 158 sobre la terminación de la relación de trabajo. En este último caso, el art. 5 c) del Convenio 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, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes". Este precepto ha jugado un papel esencial en la configuración de la doctrina constitucional de la garantía de indemnidad. En un primer momento porque ha servido de base para la elaboración del derogado art. 32 c) del Real Decreto-Ley 17/1997, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo y contribuido a la configuración en el ordenamiento jurídico español de una tipología concreto de despido, el "despido en represalia", perteneciente a la categoría general de los entonces definidos "despidos discriminatorios"²¹. Y en un segundo momento porque, después de la derogación de aquel artículo, funcionó como inspiración y apoyo para el TC en la elaboración de su doctrina, especialmente en las primeras sentencias en las que el Convenio aparece citado de forma directa²².

²⁰ La Recomendación, posteriormente sustituida por la Recomendación nº 166, en su art. 3 c) y en referencia a las "causas injustificadas para la terminación de la relación de trabajo" dice literalmente que constituirá causa injustificada "presentar de buena fe una queja o participar en procedimientos entablados contra un empleador por razón de violaciones alegadas de la legislación".

²¹ Álvarez Alonso, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, op. cit., p. 20.

²² Concretamente en la STC 14/1993, de 18 de enero se utiliza la referencia al Convenio para fortalecer los argumentos a favor de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y también como "trampolín" para empezar a extender la tutela del art. 24 CE más allá de los "despidos en represalia". Concretamente en el Fundamento Jurídico 2 se puede leer lo siguiente: "La medida disciplinaria del despido como respuesta al ejercicio de acción judicial aparece expresamente proscrita en el art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la OIT, ratificado por España (BOE, 29 junio 1985) al excluir de las causas válidas de terminación del contrato:

Las normas internacionales que se ocupan de regular la garantía de indemnidad, pese a tener un elevado valor jurídico por representar un fundamento legal fuerte a la configuración de la garantía de indemnidad, tienen ciertas limitaciones que no pueden ser ignoradas y que, en cierta manera, se trasladan a los (escasos) dispositivos legales que tenemos en el ordenamiento jurídico del Estado español.

Sin intención de abordar el análisis pormenorizado de esta cuestión y con el fin último de recordar cómo ha sido posible superarlas, las normas internacionales citadas siguen interpretando una tutela formalmente limitada ya que la referencia explícita de protección es frente a ciertos actos represivos, es decir fundamentalmente, frente al despido. Al mismo tiempo, en el art. 5 c) del Convenio nº 158 OIT, la reparación del daño derivado de la vulneración, allá donde esta se reconozca, aparece tendencialmente insuficiente. Concretamente, si bien en el ordenamiento interno los arts. 54 y 55 ET se establece la nulidad del despido en estos supuestos, en sintonía además con cuanto se prevé en los demás supuestos de conducta empresarial lesiva de derecho fundamental, la formulación internacional es sin duda insuficiente. En el Convenio nº 158 de la OIT se deja cierto margen para que en los ordenamientos jurídicos nacionales se puedan establecer mecanismos reparadores alternativos, respecto a la declaración de nulidad del despido y consecuente readmisión del trabajador, consistentes en el

"el haber planteado una queja o haber participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes". Pero tal restricción ha de hacerse extensiva, asimismo a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial, y ello por el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, no pudiendo anudarse al ejercicio de uno de estos derechos, otra consecuencia que la reparación in natura cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho."

pago de indemnizaciones o cualquier "otra reparación que se considere apropiada"²³.

Estas limitaciones se traducen en una formal restricción de la garantía de indemnidad en las normas que toman inspiración de los instrumentos internacionales o que de las mismas toman inspiración construyen de esta forma una dimensión legal de la garantía de indemnidad tendencialmente limitada y posiblemente insuficiente.

El mismo Tribunal Constitucional, desde que empezó el camino hacia la consagración jurisprudencial de la doctrina de la garantía de indemnidad, intentó superar estas limitaciones formales. Éste, en efecto, llegó pronto a la conclusión que, si los derechos fundamentales tienen que ser protegidos (y deben serlo de forma especial) *en* la relación laboral, había que forzar el (escaso) marco legal a través de una creativa interpretación judicial. En primer lugar, aclarando que todo acto injustificado, dirigido a reducir o eliminar el disfrute y ejercicio de un derecho fundamental tenía que ser sancionado garantizando, de esta forma, un acceso igualitario a la justicia de toda víctima. En segundo lugar, afirmando que la consecuencia de una vulneración de derechos fundamentales no podía ser otra que la anulación total de los efectos de la represalia y el restablecimiento, en la medida de lo posible, de la situación precedente. Y, finalmente, dogmatizando la idea que "del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a la misma, no podían seguirse consecuencias

²³ Art. 10, Convenio nº 158 OIT: "Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada."

perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los realiza”²⁴.

A este gran trabajo del Tribunal Constitucional, sin embargo, cabe añadir la referencia a otra gran labor de caracterización de la protección legal frente a las represalias empresariales, esta vez promovida dentro del mismo sistema jurídico formal, gracias a la penetración de una interpretación legal y jurisprudencial, de derivación supranacional, de la tutela antidiscriminatoria. El consolidado nexo existente entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía de indemnidad, se matiza y complementa gracias a la intervención del derecho social de la Unión Europea en materia de igualdad de trato y no discriminación así como en su interesantísima y fundamental interpretación jurisprudencial por parte del TJUE.

Las históricas Directivas sobre igualdad de trato trataban, de manera directa, la problemática de la protección del trabajador reclamante frente a posibles actos de represalias empresariales. Concretamente ya las Directivas de los años setenta – la Directiva 75/117/CEE²⁵ y la Directiva 76/207/CEE²⁶ en los arts. 2 y 6 respectivamente – hablaban de la necesidad que los trabajadores estuvieran protegidos, por parte de los ordenamientos de los Estados miembros, contra cualquier despido que constituyera “una reacción del empresario a una queja formulada a nivel de empresa o una acción judicial encaminada a hacer respetar

²⁴ Mella Méndez, L., “Garantía de indemnidad: sentencias clave en la progresiva configuración autónoma de la misma (1999-2010)”, *op. cit.*, p. 844-845.

²⁵ Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (Diario Oficial núm. L 45, de 19 de febrero de 1975).

²⁶ Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (Diario Oficial núm. L 39, de 14 de febrero de 1976).

el principio de igualdad". En estas Directivas, si bien se sigue hablando de "despidos en represalia", se abre el campo de la dimensión de la tutela, acción que se completa, a su vez, gracias a los dispositivos contenidos en la Directiva 2000/43/CE²⁷, la Directiva 2000/78/CE²⁸ y la Directiva 2002/73/CE²⁹.

En la redacción de estas tres Directivas se amplía el contenido de la garantía de indemnidad llegando, finalmente, a superar, no sólo jurisprudencialmente sino también normativamente, la definición limitada de "actos represivos" incluyendo en estos, además del despido, "cualquier otro trato desfavorable adoptado por parte del empresario". De la misma manera, el derecho UE evoluciona, no sin cierto "empuje" por la jurisprudencia del TJUE – el Asunto Coote, como veremos seguidamente, tiene mucho que ver con esta nueva modificación del marco legal -, superando otra de las grandes limitaciones del sistema formal y legal de garantía de indemnidad: el ámbito subjetivo de aplicación de la tutela. La previsión de una protección amplia para todo trabajador y trabajadora, especialmente en el supuesto de representantes de los trabajadores, frente a cualquier conducta represiva utilizada como forma de represalia frente a actos dirigidos a exigir la

²⁷ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Diario Oficial núm. L 180, de 19 de julio de 2000).

²⁸ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Diario Oficial núm. L 303, de 2 de diciembre de 2000).

²⁹ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (Diario Oficial núm. L 269, de 5 de agosto de 2002). Actualmente esta Directiva se encuentra derogada y sustituida por la Directiva de refundición 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 (Diario Oficial núm. L 204, de 26 de julio de 2006).

aplicación del principio de igualdad se inserta, primero en el art. 7 de la Directiva 2002/73/CE y luego en el art. 24 de la Directiva 2006/54/CE³⁰, como elemento central del funcionamiento de la misma tutela antidiscriminatoria. De esta forma la protección frente a las represalias empresariales, en aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el marco del derecho de la Unión Europea, acaba incluyendo cualquier acción de represalia del empresario en respuesta a (casi) cualquier invocación del derecho de igualdad. Bien sea en la empresa a través de quejas o bien sea en los tribunales a través de la acción judicial específica. Bien sea por parte del mismo trabajador afectado o bien sea por parte de cualquier otro trabajador que active el sistema protector del derecho a la igualdad de trato a favor de terceros. El principio de igualdad, por tanto, cumple un importante efecto catalizador de la entera problemática y permite, en este sentido, llenar progresivamente ciertos vacíos legales del derecho interno que la doctrina del TC sobre garantía de indemnidad sólo en parte había solventado a golpe de sentencia.

Concretamente, a raíz y consecuencia del deber de transposición al derecho nacional del contenido de las Directivas antidiscriminatorias a la que se acaba de hacer referencia, el 30 de diciembre de 2003, se aprueba la Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y del Orden Social. Concretamente en el art. 37 de esta Ley se introducen una serie de modificaciones al Estatuto de los Trabajadores que tienen como finalidad cambiar el contenido de la garantía de indemnidad en el ordenamiento jurídico español (además de modificar directamente el art. 4 ET, apartados c) y e) y el art. 16.2 ET). Se trata de la reforma al art. 17.1 ET y especialmente de la introducción en este artículo de un último inciso en el que se afirma que "serán igualmente nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como

³⁰ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición; Diario Oficial núm. L 204 de 26 de julio de 2006).

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". De esta forma se acaba trasladando al derecho interno la conexión entre principio de igualdad y garantía de indemnidad.

Si bien hay quien en doctrina ha criticado que no se haya aprovechado esta ocasión de manera más incisiva para dar una verdadera y plena recepción legal a la doctrina del TC sobre la garantía de indemnidad³¹, el art. 17.1 ET representa la primera disposición que reconoce, formalmente y por escrito, esta protección más allá de lo dispuesto en caso de despido, extendiendo además la garantía a todo acto represivo, siempre que, eso sí, se haya dado en el marco de una vulneración y sucesiva reivindicación del principio de igualdad. Los otros supuestos – en los cuales el acto empresarial de represalia se da frente al planteamiento de acciones por parte del trabajador relacionadas con la vulneración de *otros* derechos e intereses legítimos y que no sean calificables como despidos – quedaría aún a la espera de una regulación legal y seguirían, por tanto, amparados en el planteamiento universal y pleno, aunque exclusivamente jurisprudencial, de la garantía de indemnidad en la doctrina del TC. El plano legal y jurisprudencial de la garantía de indemnidad parecería, por tanto y pese a todo, aún situado en dos niveles diferentes.

Para completar el panorama legislativo hay que tener en cuenta que, siempre en el marco del derecho antidiscriminatorio, aparece en el 2007, una nueva

³¹ Incluso se plantea que el art. 17.1 ET parece ignorar completamente la doctrina del TC y, en cierta medida, ponerla en entredicho favoreciendo una lectura extremadamente rígida del dispositivo que excluiría de la tutela todo aquello que no esté directamente incluido (es decir toda represalia que no es consecuencia directa de una acción o reclamación dirigida a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de no discriminación). Así en Álvarez Alonso, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, op. cit., p.24-25.

referencia a la "indemnidad de las víctimas" y es la que está regulada por el art. 9 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI). El art. 9 afirma lo siguiente: "también se considerará discriminación por razón de sexo *cualquier* trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación *por su parte* de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, *de cualquier tipo*, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres". Una vez más queda clara la amplitud del concepto "represalias" a efectos legales, así como las consecuencias de las mismas hacia el sujeto que las sufre (es decir, la nulidad derivada de la aplicación de la tutela de derechos fundamentales). Sin embargo, desde el punto de vista del contenido de las acciones que serían causa del acto represivo empresarial y al ámbito subjetivo de aplicación de la tutela prevista parece ser que el art. 9 LOI sigue manteniendo ciertas limitaciones. En relación a la primera cuestión parece claro que en este artículo se pretende dotar de especiales garantías anti-represalia toda acción ligada, de manera específica, a la aplicación y cumplimiento del principio de igualdad por razón de sexo³². En relación con el ámbito subjetivo, en cambio, podría parecer que éste podría extenderse no sólo a las personas que hayan sido víctimas directas de vulneración del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres sino también, no con cierto esfuerzo interpretativo, a todas aquellas personas que exijan el cumplimiento del principio de igualdad de trato a través de la presentación de "actos de cualquier tipo", es decir también de todos aquellos actos que operan como elementos auxiliares, aunque esenciales, en un procedimiento de tutela antidiscriminatoria, como serían los testimonios ofertados en todas las formas y modalidades.

³² De hecho en el supuesto del art. 9 LOI el campo es aún más limitado ya que se restringiría al principio de igualdad y no discriminación por sexo.

Una vez más por tanto y pese a este último esfuerzo extensivo, estaríamos lejos de introducir en el ordenamiento jurídicos español una garantía de indemnidad de carácter general y generalizado. Sin embargo, si se analizan, en términos doctrinales, los variados mecanismos de protección frente a las represalias empresariales desarrollados en el derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea y/o derivados de la transposición del mismo, es posible individuar ciertos matices respecto a la garantía de indemnidad derivada de la doctrina del TC y que, aún hoy, sigue sin verse reflejada en una norma jurídica específica en el ordenamiento jurídico. Se trataría, por tanto, de reflexionar sobre lo que la academia ha tradicionalmente descrito para diferenciar "la indemnidad en sentido lato" o "indemnidad genérica" de "la indemnidad en sentido estricto"³³.

Con el primer concepto se suele hacer referencia a una noción amplia en la que tiene cabida la protección frente a las reacciones represivas desencadenadas por el ejercicio de una acción contra la vulneración de un derecho fundamental. Así entendida la garantía de indemnidad acompañaría a todos y cada uno de los derechos fundamentales así como todas aquellas disposiciones legales que, en el marco de una relación laboral protegen al trabajador de las represalias, especialmente de los "despidos en represalia"³⁴. De esta forma no habría un

³³ Esta diferenciación aparece, entre otros en: Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., "Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales" en Borrajo Dacruz, E. - Ramírez Martínez, J. M. - Sala Franco, T. (coords.), *Derecho vivo del Trabajo y Constitución*, La Ley/Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 649 y ss.

³⁴ Es el caso, por ejemplo, de las garantías establecidas para los representantes sindicales y unitarios, de la protección de la mujer trabajadora en el momento del embarazo y maternidad, de las relacionadas con los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral o de las que derivan de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en supuestos de riesgo grave e inminente para la vida o salud del trabajador. Así en Alvarez Alonso, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, op. cit., pp. 39-40.

concepto general de garantía de indemnidad sino tantas garantías como derechos fundamentales a los cuales anclarlas³⁵. Según esta interpretación el art. 24 CE perdería así su centralidad y habría que buscar en el contenido explícito o implícito del derecho fundamental, legalmente regulado, un espacio concreto para la configuración de la indemnidad específica, entendiéndola de esta manera como parte del contenido esencial del mismo derecho fundamental protegido y presuntamente violado.

La garantía de indemnidad "en sentido estricto", en cambio, se utilizaría para definir algo mucho más concreto y explicar así el término utilizado, predominantemente, por el TC cuando se refiere a esta materia. La garantía de indemnidad sería aquel mecanismo orientado a proteger el ejercicio de acciones judiciales de la utilización de cualquier forma de represalia, orientada a punir aquel trabajador que haya exigido o intentado exigir la protección judicial de su derecho. Esta garantía no se edificaría a medida del derecho fundamental lesionado y no reparado, sino que, como se resaltaba en las primeras páginas de este trabajo, se arraigaría, exclusivamente, en el derecho a la tutela judicial efectiva y concretamente en su vertiente de derecho de libre acceso a la jurisdicción. Esta garantía funcionaría por tanto como una barrera para la inhibición – a través de medidas coactivas, impeditivas o disuasorias – de la víctima de una vulneración de un derecho fundamental o interés legítimo. El sujeto lesionado, de no existir esta garantía, acabaría silenciándose y achicándose delante de las injusticias cometidas a su daño, ante la perspectiva de que acudir a la vía judicial pueda acabar empeorando su situación.

La teorización de la "garantía de indemnidad en sentido lato" ha sido utilizada, tradicionalmente para explicar – en cierta medida y no sin ciertas resistencias doctrinales – algunas tipologías de indemnidad como, por ejemplo, es el caso de la "garantía de indemnidad sindical", a la cual el

³⁵ Álvarez, Alonso, D., "¿Garantía o garantías de indemnidad?. Los diversos cauces de tutela del trabajador frente a represalias del empresario", en *Estudios financieros* n. 269-270, 2005, pp. 3-74.

mismo TC ha hecho en alguna ocasión referencia directa³⁶. Esta garantía de indemnidad tendría su origen y fundamento en el derecho a la libertad sindical y en su consagración y protección a razón del art. 28 CE, es decir el sujeto que viera vulnerado su derecho a la libertad sindical necesitaría, además del derecho a acceder a los procedimientos de tutela, un reconocimiento de cierta protección específica para que la queja o demanda no se vuelva en su contra, bajo la forma de actos empresariales de represalias hacia el trabajador o la trabajadora "más litigiosa". Lo mismo se podría decir respecto al derecho a la igualdad de trato y no discriminación: la garantía de indemnidad, que se configura legalmente en los supuestos de activación de la tutela antidiscriminatoria, representaría una especial manifestación del mismo art. 14 CE en su traducción específica del derecho (general) a la tutela judicial efectiva establecido, a su vez, por el art. 24 CE. De esta forma se establecería una triangulación extraordinariamente eficaz entre el derecho a la tutela judicial efectiva, la garantía de indemnidad y la tutela antidiscriminatoria, sobre la cual se volverá a razonar en el siguiente apartado.

Ahora bien, la forma en la que funcionan y se relacionan entre sí los diferentes conceptos de garantía de indemnidad constituye, sin duda, un ejemplo interesantísimo de desdoblamiento de los planos de tutela, donde la dimensión jurisprudencial y la normativa discurren en secuencias diferentes pero interconectadas. Para intentar ahondar en esas interrogaciones podría ser interesante reflexionar brevemente sobre unos asuntos concretos, presentados y resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En los asuntos objeto de análisis, el TJUE aprovecha el bagaje de regulación y jurisprudencia desarrollado relativamente a la tutela antidiscriminatoria para extender el contenido de la garantía de indemnidad y consagrar así el derecho a la tutela judicial efectiva. Se trata por un lado, de la STJCE de 22 de septiembre de 1998 (C-185/97), Asunto

³⁶ STC 100/2014, de 23 de junio; STC 179/2008, de 22 de diciembre; STC 161/2006 de 22 de mayo (entre otras).

Coote, en el que el TJUE, razonando sobre la legalidad de una limitación temporal de la garantía de indemnidad al momento de vigencia del contrato de trabajo, plantea en términos teóricos la posible relación existente entre tutela antidiscriminatoria, tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad, así como sus consecuencias prácticas para la efectividad de los derechos fundamentales. Por otro lado, se hará referencia a la STJUE de 20 de junio de 2019, Asunto Hakelbracht y otros (C-404/18) en el que la garantía de indemnidad se aplica a consecuencia de una vulneración del principio de igualdad y no discriminación en un supuesto en el que la víctima de represalia no es la persona a la que se le ha vulnerado el derecho a la igualdad de trato, sino la trabajadora que, de alguna manera, ha apoyado y colaborado en la denuncia de la lesión.

2.2. LA GARANTÍA DE INMUNIDAD Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: ESPECIAL REFERENCIA AL ASUNTO COOTE Y AL ASUNTO HAKELBRACHT Y OTROS

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tratado el tema de la garantía de indemnidad de manera directa en dos ocasiones. En los dos supuestos lo ha hecho relacionándolo con la protección frente a las represalias empresariales originadas en la vulneración del derecho a la igualdad de trato, en la marco de la tutela antidiscriminatoria.

En el primer supuesto, el Asunto Coote (STJCE de 22 de septiembre de 1998, C-185/97), resuelve una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 6 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976³⁷, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, y a las

³⁷ El art. 6 establece lo siguiente: "Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de los artículos 3, 4 y 5 pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes."

condiciones de trabajo. La cuestión que se plantea al Tribunal es la siguiente: ¿la negativa de un empresario a proporcionar referencias sobre una antigua trabajadora suya que, durante la vigencia de su relación laboral, entabló acciones judiciales por tratamiento discriminatorio, está o no incluida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva? Para contestar a esta cuestión, el TJUE se centra directamente en las garantías judiciales que deben existir en el momento en el que un trabajador o trabajadora decida emprender acciones judiciales derivadas del contrato de trabajo y esas originan actos de represalias por parte del empresario. Es decir, se señala directamente hacia la garantía de inmunidad en su relación específica con el principio de igualdad de trato y no discriminación.

En el asunto en cuestión, la señora Coote prestaba sus servicios en la empresa británica "Granada Hospitality Ltd." en un centro de trabajo situado en territorio español. Después de un tiempo en la empresa la trabajadora es despedida y en contra de este despido la trabajadora procede a presentar una demanda por discriminación contra su empresa alegando que había sido despedida por su embarazo. El litigio se resolvió con una transacción y la relación laboral quedó definitivamente extinguida de mutuo acuerdo el 7 de septiembre de 1993. Posteriormente a la regularización de la extinción contractual, la Sra. Coote emprende la búsqueda de un nuevo empleo y empieza a contactar con diferentes agencias de colocación. En una de estas agencias le piden que facilite ciertas referencias por parte de sus anteriores empleadores al fin de completar su perfil y mejorar su capacidad de empleo. La Sra. Coote pide al "Granada Hospitality Ltd." que le proporcione dichas referencias. Ante la negativa de la empresa, en julio de 1994, la señora Coote procedió a demandar nuevamente a la empresa, invocando en este caso la norma inglesa que regula la discriminación que se manifiesta en forma de represalias, concretamente el artículo 4 de la Sex Discrimination Act de 1975 (SDA). La trabajadora consideraba que la negativa de la empresa constituía un acto de represalia como respuesta a su "elevada conflictividad" mantenida con la empresa durante la

vigencia de su contrato. La demanda fue desestimada por parte del juez británico porque el perjuicio alegado se había producido una vez extinguida la relación laboral por lo que, según el Tribunal no quedaba comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Ley Británica. No obstante, el órgano jurisdiccional británico encargado de resolver el recurso de apelación, ante las dudas que le planteaba la aplicación (restrictiva) de la SDA, presentó una cuestión prejudicial al TJCE sobre el alcance del art. 6 de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976.

El TJCE, después de resolver cuestiones preliminares como las relacionadas con las, obligadas, referencias a la doctrina del mismo tribunal sobre la aplicación entre particulares de las Directivas europeas y sobre el principio de primacía del derecho europeo para validar la capacidad de penetración del derecho de la UE en el ordenamiento jurídico interno, entró a valorar directamente la compatibilidad de la norma interna contenida en el SDA con el art. 6 de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976. El TJCE subrayó que en este artículo se configuraba la obligación para los Estados miembros de “adoptar medidas de *eficacia suficiente* para alcanzar el objetivo de la Directiva y a hacerlo de tal manera que las personas afectadas puedan invocar *efectivamente* los derechos así conferidos ante los tribunales nacionales”³⁸. En este sentido, seguía el TJCE, el control jurisdiccional incorporado por el art. 6 representaría la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que estaría igualmente consagrado por el artículo 6 del “Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950”. El derecho a la tutela judicial efectiva frente a los supuestos de discriminación, por tanto, no podía ser anulado por una omisión o mala transposición del derecho europeo al ordenamiento jurídico nacional ya que de esta forma el objetivo principal de la Directiva podría verse anulado.

³⁸ Ap. 20, STJCE de 22 de septiembre de 1998, C-185/97.

En línea con este razonamiento el Tribunal consideraba el derecho a la tutela judicial efectiva en los supuestos de discriminación "un elemento indispensable para alcanzar el objetivo fundamental de la igualdad de trato entre hombres y mujeres" y "uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debía garantizar el Tribunal de Justicia"³⁹.

El Tribunal además consideraba que el derecho a la protección contra toda represalia era parte esencial de la tutela ya que el temor a ser víctimas de actos represivos podría llevarlas a sufrir una doble vulneración: una, inicial, relativa al principio de igualdad de trato y no discriminación y otra, posterior, relativa a los actos represivos con la consecuente inacción judicial del sujeto. Es de esta manera, por tanto, como el Tribunal configura la triangulación existente entre las tres dimensiones de la tutela efectiva de los derechos fundamentales. El instrumento de la garantía de inmunidad, en cuanto defensor y custodio de la puerta de acceso a la tutela judicial constituiría, según el Tribunal de Justicia, el puente necesario para garantizar que una de las manifestaciones del objetivo principal de la Directiva, es decir la defensa *procesal* del derecho a la igualdad de trato, no se convierta en un objeto de represalias empresariales. Sólo una vez quedara asentada la relación entre tutela del derecho fundamental lesionado, derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y protección frente a las represalias, el Tribunal procedía a desmontar los argumentos del Gobierno Británico sobre la oportunidad de limitar la garantía de indemnidad a la vigencia del contrato de contrato⁴⁰. Según el TJCE era imprescindible que la

³⁹ Ap. 23, STJCE de 22 de septiembre de 1998, C-185/97.

⁴⁰ El argumento básicamente se fundamentaba en la previsión contenida en el art. 7 de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, en la que se prevé una tutela específica frente al despido en represalia ("cualquier despido que constituya una reacción del empresario a una acción judicial encaminada a hacer respetar el principio de igualdad de trato"), ya que no se puede deducir que la intención del legislador consistiera en limitar la protección del trabajador contra las medidas de represalia decididas por el empresario únicamente al despido, que, si bien constituye una medida de especial gravedad, no es, sin embargo, la única que

protección frente a las represalias no se limitara a lo que podía pasar durante la vigencia del contrato de trabajo sino también después, ya el “despido en represalia” representaba sólo una de las posibles formas que podía adquirir la respuesta empresarial y que por tanto limitar la tutela a esta dimensión debilitaba, en el ordenamiento interno, la consecución efectiva de la igualdad de trato y por tanto del objetivo principal de la norma europea antidiscriminatoria.

En el otro Asunto, la sentencia del TJUE del 20 de junio de 2019, Asunto Hakelbracht y otros (C-404/18), el Tribunal, en cambio, trata el tema de una trabajadora que da su testimonio en un expediente abierto a partir de la negativa de su empresa a contratar a una candidata por estar embarazada y que es despedida a consecuencia de su participación en ese asunto. Esta vez el TJUE se centra en el art. 24 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativo a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)⁴¹. En este caso teníamos a una encargada de tienda, la Sra. Vandebon, empleada por una marca de ropa belga, WTG Retail, que el 25 de julio de 2015, celebraba una entrevista de trabajo a la Sra. Hakelbracht para su contratación como vendedora a partir del 1 de agosto de 2015. En esa entrevista, la Sra. Hakelbracht indicaba que estaba embarazada de tres meses. La encargada, una vez concluido todo el

puede disuadir eficazmente a un trabajador de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional. Ap. 27, STJUE de 22 de septiembre de 1998, C-185/97.

⁴¹ En el art. 24, como se ha dicho en el apartado anterior, se regula la obligación para los Estados miembros de introducir en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los que sean representantes de los trabajadores según las leyes y/o prácticas nacionales, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato”.

procedimiento de selección, manifestaba su intención de contratar a la Sra. Hakelbracht pero la empresa, por correo electrónico, le trasmitía su negativa a contratar esa candidata justificando su decisión en el embarazo de la Sra. Hakelbracht. Hecho que, en el mismo día de recibir el correo electrónico, la Sra. Vandenbon, abochornada e indignada por la postura de la empresa, transmitía a la candidata manifestando a la misma su disconformidad con la actuación de la empresa. Acto seguido, la Sra. Hakelbracht se puso en contacto con WTG Retail para abordar el tema de su no contratación, indicándole que pretendía presentar una reclamación ante los organismos correspondientes si la empresa se mantenía firme en su conducta discriminatoria. La demanda se materializó, finalmente, el 26 de septiembre de 2015 ante la intención de WTG Retail de no modificar su postura. Pocos días después que a la empresa se le comunicara el comienzo del procedimiento, a la Sra. Vandenbon, en un encuentro con la responsable de la empresa, fue reprochado "ser la causa de la reclamación presentada por la Sra. Hakelbracht"⁴² y el 6 de abril de 2016 la empresa rescindía su contrato.

En este supuesto estaríamos por tanto delante a "un despido en represalia" – es decir uno de los actos de represalias más tradicionales – pero en este caso la persona despedida no sería la víctima de la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de trato, que además nunca ha sido parte de un contrato de trabajo justamente por haber sido discriminada en razón de su embarazo, sino otra trabajadora, la encargada del proceso de selección, que, al enterarse la empresa que había revelado a la candidata la intención de la empresa de no contratarla debido a su embarazo, se convertía en objeto de un despido "aparentemente" motivado en una inadecuación de la trabajadora a su puesto de trabajo⁴³. La Sra. Vandenbon

⁴² Ap. 14 STJUE de 20 de junio de 2019 (Asunto C-404/18).

⁴³ El despido se comunica a la trabajadora el 6 de abril de 2016 y se motiva, en particular, alegando "la ejecución incorrecta de las tareas confiadas, el incumplimiento de las consignas de seguridad, el mantenimiento insuficiente de la tienda y la falta de orden". Ap. 17 STJUE de 20 de junio de 2019 (Asunto C-404/18).

acabó por impugnar el despido, asistida por su sindicato y, una vez finalizado el procedimiento relativo a la Sra. Hakelbracht en el que quedaba acreditada la vulneración del principio de igualdad de trato y se las indemnizaba con una cantidad equivalente a unos seis meses de salario, la impugnación se fundamentaba invocando, concretamente, la protección de testigos contra las medidas de represalia, prevista en el artículo 22.9, de la "Ley de Género" belga (*Belgisch Staatsblad*", de 10 de mayo de 2007)⁴⁴. El órgano jurisdiccional belga acababa denegando la aplicación de la tutela en cuestión por cuestiones esencialmente formales ya que según él no se cumplirían los requisitos para que el testimonio de la encargada sea considerado tal a efectos de la inclusión en la protección de la legislación belga, "dado que la Sra. Vandenbon no podía presentar ningún *documento fechado y firmado* relativo a su testimonio"⁴⁵. Pese a todo, el Tribunal de lo Laboral de Amberes tenía la duda que la restricción de la protección otorgada por la Ley de Género exclusivamente a los "testigos oficiales" no pudiera considerarse conforme al derecho europeo y procedió así a levantar una cuestión prejudicial en la que se llamó a intervenir el TJUE.

El tribunal europeo, sin demasiados rodeos, llega directamente al núcleo esencial de la cuestión, es decir al análisis del ámbito subjetivo del art. 24 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006. En ese sentido el TJUE aclara que "la categoría de trabajadores que pueden acogerse a la protección prevista en el mismo debe entenderse en sentido amplio e incluye a todos los trabajadores que puedan ser

⁴⁴ EL art. 22.9 establece lo siguiente: "La protección mencionada en el presente artículo será igualmente aplicable a las personas que actúen en calidad de testigos al poner en conocimiento de la persona ante la que se presenta la reclamación mencionada en el apartado 3, en el marco de la investigación de dicha reclamación, mediante un documento firmado y fechado, los hechos que ellas mismas han visto u oído y que están relacionados con la situación que constituye el objeto de la reclamación, o bien al comparecer como testigos en un procedimiento judicial".

⁴⁵ Ap. 20 STJUE de 20 de junio de 2019 (Asunto C-404/18).

objeto de medidas de represalia tomadas por el empresario como reacción a una reclamación presentada por una discriminación basada en el sexo, sin que por otra parte se delimite tal categoría⁴⁶. Esto es muy importante ya que el TJUE termina ampliando, sin reticencias, el ámbito subjetivo de aplicación del art. 24 de la Directiva, incluyendo en la protección no sólo las víctimas o sus representantes, ni a los meros "testigos oficiales", sino también a todas aquellas personas que apoyen, de una manera o de otra, la víctima en su reclamación. El órgano jurisdiccional de la UE fundamenta su argumento también en el art. 32 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 en el que se afirma que un "empleado que defienda o testifique a favor de una persona amparada por (esa) Directiva debe tener derecho a idéntica protección" que la persona protegida, incluso tras el cese de la relación laboral. Lo que resultaría determinante, por tanto, siguiendo con el razonamiento del TJUE, para aclarar la inclusión o exclusión de los sujetos en cuestión del marco de protección otorgado por la norma, no sería el cumplimiento de criterios formales, sino el análisis del "papel que hayan podido desempeñar esos trabajadores en favor de la persona protegida y que haya podido conducir al empresario de que se trate a tomar medidas desfavorables en su contra"⁴⁷. Después de recalcar el razonamiento jurídico que conecta la tutela del derecho fundamental lesionado con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, a su vez, con la protección frente a las represalias (recordando lo dicho en la ya analizada STJUE Coote) y después de desmontar el argumento de la empresa en defensa del art. 22.9 de la "Ley de Género" belga, sobre la base del hecho que con el mismo se pretendería "establecer un régimen en materia de prueba sencillo y equilibrado en relación con la existencia y la fecha de los testimonios" y no restringir la tutela en materia de represalias a los testigos, el TJUE acaba, en este supuesto

⁴⁶ Ap. 27 STJUE de 20 de junio de 2019 (Asunto C-404/18).

⁴⁷ Ap. 29 STJUE de 20 de junio de 2019 (Asunto C-404/18).

también, declarando la incompatibilidad de la normativa belga con el derecho de la UE.

La capacidad del TJUE de extender el ámbito de aplicación de la garantía de indemnidad, una vez más, parece extremadamente sugestiva ya que, sin entrar a valorar el tema del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en las Constituciones nacionales, y a través del análisis aplicativa de la garantía de indemnidad específica regulada en aplicación de la tutela antidiscriminatoria en los supuestos de vulneración del derecho de igualdad de trato, llega a consolidar la protección y remarcar su necesidad. Esto resulta muy interesante si se relaciona con la forma, por ejemplo, con la que el TC ha tratado el tema de la protección de los testigos destinatarios de actos de represalia empresarial. Sin querer entrar a analizar en el detalle los elementos del caso, en el asunto del año 1998, STC 197/1998 de 13 de octubre, el Tribunal Constitucional no otorgaba la protección a los testigos en función de la tradicional doctrina de la garantía de indemnidad amparada en el art. 24 CE sino que lo acaba haciendo, no sin ciertas críticas, invocando el art. 20 CE (derecho de información), entendiéndolo que la garantía de indemnidad "debe permanecer ligada en estricta técnica constitucional al derecho que le da cobijo y, por tanto, ante el ejercicio por el *propio trabajador* de acciones judiciales o actos previos necesarios para el acceso al proceso"⁴⁸. De esta forma la doctrina del TC en materia de garantía de indemnidad cerraba las puertas de manera categórica a la posibilidad de ampliar directamente su ámbito subjetivo de aplicación a sujetos cuya participación, en la mayoría de los casos es esencial a la comprobación de la vulneración del delito y que, en algunos supuestos, es obligatoria para evitar una declaración de complicidad del trabajador con el mal hacer del empresario. Si bien es cierto que la cuestión se resuelve por el Tribunal Constitucional a través del recurso a otro dispositivo constitucional, este tema podría haber traído o traer en futuro ciertos problemas al legislador español en la

⁴⁸ Igartua Miró, M.T., *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 92.

configuración de una garantía de indemnidad efectiva en los supuestos de aplicación y desarrollo de la tutela antidiscriminatoria. Y estamos pensando concretamente, por ejemplo, en lo dispuesto en el art. 17.1 ET o en el art. 9 LOI, cuya interpretación no puede ir desligada de lo que en materia de igualdad y no discriminación se diga y legisle a nivel supranacional por el derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE. Sin duda, la vía abierta por el TJUE reforzaría la idea que la protección frente a las represalias tiene que derivar necesariamente del derecho a la tutela judicial efectiva en relación directa con la aplicación de la tutela antidiscriminatoria y podría plantear ciertas opciones interesantes cara al futuro.

3. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS PARA UNA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

El análisis de la garantía de indemnidad, trazado a lo largo de este estudio, lleva a plantear, como conclusiones del mismo, unas reflexiones de carácter general que pretenden funcionar como ideas para el debate.

Considerada la actual dualidad de planes, jurisprudencial y normativo, en la que opera el instrumento de la garantía de indemnidad, así como la complejidad derivada de su inclusión, inevitable, en un constitucionalismo multinivel en el que los ordenamientos internos y supranacionales se entrecruzan, matizan y condicionan mutuamente, cabe dibujar, a mi entender, dos posibles perspectivas para el futuro de la configuración de una tutela efectiva de los trabajadores frente a episodios de represalias empresariales en los supuestos de defensa procesal de los derechos fundamentales.

Resulta evidente, tal y como se ha intentado explicar en los apartados anteriores, que la configuración en el ordenamiento español de la garantía de indemnidad, presenta ciertas debilidades estructurales. Estas son una combinación, por un lado, de la (escasa y) limitada regulación legal con, por otro lado, el (amplio y) controvertido espacio dejado a la aplicación de la doctrina del TC. La dimensión legal de la garantía se limita a

configurar supuestos concretos de represalias (el definido "despido en represalia") en relación con derechos fundamentales específicos (el derecho a la igualdad de trato y no discriminación), mientras que la doctrina del TC, pese a manejar un concepto más sofisticado de garantía de indemnidad, acaba siendo de aplicación sólo a aquellos supuestos que trasciendan el espacio *fáctico* de la empresa para trasladarse al espacio *ficticio* del tribunal, es decir sólo a aquellos supuestos que cuentan, de base, con una capacidad efectiva de la víctima de reclamar sus derechos en sede procesal. Prerrogativa, esta última, cada vez más escasa si se piensa al panorama actual de las relaciones laborales de la post-modernidad.

En ese sentido, cabría, por tanto, una primera opción que es la que plantea normativizar la garantía de indemnidad en un dispositivo legal de amplio margen y aplicación en el que se aproveche el amplio bagaje en la materia proporcionado por la doctrina del Tribunal Constitucional, el empuje del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en estos temas a través de su especial perspectiva y el contenido del derecho europeo en su conjunto, tanto en su dimensión supranacional como en su lectura comparada. Al respecto podría ser interesante aprovechar futuras leyes de transposición del derecho de la UE, como podría ser el caso específico de la recién aprobada Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión en ocasión de la cual se podría resolver, desde el derecho a la tutela judicial efectiva, el supuesto de la protección de los testigos en procedimientos de tutela de derechos fundamentales. Esta opción, sin duda, tendría sus ventajas, especialmente si se analiza desde el punto de vista de la seguridad jurídica, pero no hay que olvidar el riesgo intrínseco que conlleva una "legislación fallida o *soft*" que determinaría no poder establecer una definición de garantía de indemnidad suficientemente amplia y transversal. De esta forma la fragmentación de la tutela en vez de desaparecer se complicaría.

Otra opción, tiene que ver con confiar, una vez más, en la capacidad expansiva de la jurisprudencia nacional en la materia. Bajo la influencia de la jurisprudencia

supranacional podría imaginarse el desarrollo de una labor fundamental del TC dirigida a incorporar a su doctrina, de manera cada vez más significativa, la conexión entre el principio de igualdad de trato y no discriminación con el derecho a la tutela judicial efectiva. La transversalidad de este principio así como su cada vez más amplia aplicación podrían facilitar la ruptura de los límites estructurales de la garantía de indemnidad y convertirla en el principal instrumento para la efectividad de los derechos en el espacio empresarial. Cabe preguntarse si dejar esta tarea a la alta corte, sin ninguna indicación legislativa más allá de las ya configuradas en el ordenamiento jurídico actual, representa un compromiso demasiado arriesgado teniendo en cuenta que lo que está en juego es el entero equilibrio de la tutela de los derechos fundamentales en la relación de trabajo.

Eso, por tanto, es justo lo que habrá que debatir, sin perder de vista que garantizar un acceso efectiva a la tutela judicial en el complejo y desigual espacio de la empresa pasa, necesariamente e indudablemente, por configurar una protección amplia y real frente a las represalias empresariales ya que, de no hacerlo con el debido cuidado, el reconocimiento de la ciudadanía en la empresa y la defensa de la dignidad de la persona seguirían siendo unas trampas formales sobre cuyo contenido vacío acabarían derrumbándose, inclusive, las más poderosas y sofisticadas arquitecturas jurídicas.

4. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Alonso, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Bomarzo ed., 2005.

Álvarez, Alonso, D., "¿Garantía o garantías de indemnidad?. Los diversos cauces de tutela del trabajador frente a represalias del empresario", en *Estudios financieros* n. 269-270, 2005, pp. 3-74.

Ballester Pastor, I., "Sobre la expansión sostenida de la garantía de indemnidad retributiva del liberado sindical", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 13, 2010, pp. 31-38.

- Baylos Grau, A. – Birgillito, M. L. – Castelli N., “Tutela judicial efectiva”, en Monereo Pérez, J.J. – Álvarez Cortés, J. C. – Vila Tierno F. (coords.), *Derechos fundamentales inespecíficos*, Comares Ed., Granada (en curso de publicación)
- Basterra Hernández, M., “El derecho a la huelga y la garantía de indemnidad del trabajador frente a la empresa principal de una contrata: entre el tribunal constitucional y la anomia”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 2, 2018, pp. 203-220.
- Casas Baamonde, “25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Persona y derecho*, n. 54, 2006, pp. 23-40.
- Cendón Torres, R., “Ciudadanía en la empresa”, en Baylos Grau, A. - Florencio Thomé, C. - García Schwarz, R., *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant Lo Blanch, pp. 183-186.
- García Ninet, J. L., “Acerca de la garantía de indemnidad en clave sindical: algunas cuestiones en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n. 197, 2007, pp. 5-16.
- Gutiérrez Pérez, M., “La repercusión de la garantía de indemnidad en el marco de los derechos ciudadanos del trabajador”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n. 236-237, 2010, pp. 8-20.
- Gutiérrez Pérez, M., *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Laborum ed., 2011
- Igartua Miró, M.T., *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*, Consejo Económico y Social ed., Madrid, 2008.
- Mella Méndez, L., “Garantía de indemnidad: sentencias clave en la progresiva configuración autónoma de la misma (1999-2010)”, en Baylos Grau A. – Cabeza Pereiro J. – Cruz Villalón J. – Valdés Dal-Re F. (coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, La Ley-Wolters Kluwer ed., 2015, p. 841-873.

- Nicolás Franco, A., "La garantía de indemnidad: STC 13 noviembre 2000", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 4, 2000, pp. 3045-3050.
- Nieto Rojas, P., "Crédito horario y garantía de indemnidad de los representantes legales. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2018", en *Revista de información laboral*, n. 8, 2018, pp. 153-166.
- Omaggio V., "Individuo, persona e Costituzione", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.1, 2014, pp. 77-99.
- Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., "Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales" en Borrajo Dacruz, E. - Ramírez Martínez, J. M. - Sala Franco, T. (coords.), *Derecho vivo del Trabajo y Constitución*, La Ley/Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003
- Rodríguez-Piñero Royo M., "Artículo 24: derecho a la tutela judicial efectiva", en Baylos Grau A. - Cabeza Pereiro J. - Cruz Villalón J. - Valdés Dal-Re F. (coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, La Ley-Wolters Kluwer ed., 2015, p. 815-839.
- Toscani Jimenez, D. - Valenciano Sal, A., *Derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores*, Bomarzo, 2016.