

GARANTÍA DE INDEMNIDADE E TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA. UNHA PROPOSTA DE ESTUDO DENDE O DEREITO 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

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

* A presente publicación insérese no marco do Proxecto de Investigación (Plan Nacional) "Retos do Dereito do Traballo español ante a doutrina do Tribunal de Xustiza en materia de política social e dereitos fundamentais" (RTI2018-097917-B-100).

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.

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 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.

1. A TUTELA XUDICIAL EFECTIVA E A GARANTÍA DE INDEMNIDADE: Á PROPÓSITO DA EFECTIVIDADE DOS DEREITOS FUNDAMENTAIS

O recoñecemento dun dereito fundamental adoita estar acompañado, en todo ordenamento xurídico, dunha serie de garantías e dereitos de carácter funcional dirixidos especialmente a asegurar a aplicación, eficacia e efectividade dos mesmos dereitos e que adoitan configurarse, á vez, como dereitos fundamentais en se mesmos. A principal destas garantías é a recoñecida no dereito á tutela xudicial efectiva. Con este dereito quérese referir ao conxunto de mecanismos xurídicos establecidos co fin de que toda persoa, no exercicio dos seus dereitos e intereses lexítimos, sexa tutelada de maneira efectiva por parte de xuíces e tribunais e sexa por tanto evitada, por todos os medios, unha situación de indefensión. A presenza de cláusulas deste tipo son esenciais en sistema xurídicos onde a efectividade práctica dos dereitos é tan ou máis importante que a súa formalización nas normas de máis alto rango xerárquico.

No ordenamento xurídico español, así como na maioría dos ordenamentos xurídicos da nosa contorna¹, a súa colocación estratéxica no texto constitucional (art. 24 CE) serve para que se cumpra a súa función de canle de entrada para o procedemento de reparación efectiva ante a vulneración dun dereito fundamental. O dereito á tutela xudicial efectiva, por tanto, representa a clave de bóveda da enteira estrutura xurídica e, tal e como se recoñece na doutrina "máis que un dereito unitario é unha suma de dereitos, regras técnicas e esixencias procedementais reunidos baixo unha mesma denominación en razón de exercitarse nun mesmo ámbito, o da administración de xustiza"². Neste sentido, sen ben a súa existencia e funcionalidade están ligadas á esfera procesual, a súa capacidade de atracción é tal que practicamente en todos os supostos de vulneración de dereitos fundamentais se acaba, nalgún momento do recurso, facendo referencia directa ao dereito á tutela xudicial efectiva. Isto, especialmente, débese, no sistema xurídico español, á intención do Tribunal Constitucional (TC) de recoñecer, progresivamente, unha variedade e extensión de contido do dereito á tutela xudicial efectiva co fin de aumentar significativamente o impacto e capacidade de acción do recurso de amparo en si mesmo. O art. 24 CE, entón, dende as súas primeiras manifestacións, serviu como porta de acceso para a análise da actuación dos tribunais

¹ Na Constitución portuguesa, por exemplo, o dereito á tutela xudicial efectiva está previsto no art. 20, mentres que na Constitución alemá pódese atopar unha norma similar no art. 19.4. Na Constitución italiana este dereito colocouse no art. 24 e o lexislador recoñéceo como un dereito inviolable e universal, atribuíndolle a función de ser o punto de apoio de todo sistema democrático. Entre outros, véxase a suxestiva lectura que se propón desta cuestión en Omaggio V., "Individuo, persona e Costituzione", en *Rivista trimestrale dei 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.

ordinarios cada vez que estes tiñan a tarefa de aplicar e tutelar os dereitos fundamentais garantidos na Constitución. Desta maneira, o control constitucional podía penetrar no sistema xudicial e reparar as eventuais lesións de dereitos provocadas, non tanto (ou non só) na relación entre privados, senón, especialmente, na actuación dos órganos xudiciais chamados a intervir, en primeiras instancias, para emendar a vulneración mesma³. A garantía do dereito, así configurada, articúlase, por tanto, en diferentes niveis e dende distintas perspectivas: a xurídico-formal, por unha banda, cun recoñecemento do dereito en toda relación, sexa horizontal ou vertical⁴; a procesual, por outro, a través dun procedemento que lexítima o acceso á tutela xurisdiccional nun dobre nivel, xurisdición ordinaria e recurso de amparo. Se se analiza o dereito á tutela xudicial efectiva na súa concreción por parte do art. 24 CE pódese ver como a súa natureza de "dereito de prestación"⁵, de configuración legal

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

⁴ Sobre a importancia de que os dereitos fundamentais teñan unha eficacia horizontal e non sexan, por tanto, de exclusiva aplicación na relación entre os individuos e o Estado (ou os demais poderes públicos), así como que esta eficacia horizontal sexa inmediata, é dicir que, a pesar de non ser autosuficiente para poder alcanzar a súa eficacia, é preexistente á intervención do legislador véxase: Igartua Mirou, 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 ben se indica en Baylos Grau, A. – Birgillito, M. L. – Castelli N., "Tutela xudicial efectiva", en Monereo Pérez, J.J. – Álvarez Cortés, J. C. – Vila Tierno F. (coords.), *Derechos fundamentales inespecíficos*, Comares Editorial, Selecta, (en curso de publicación) : "Trátase de tutela xudicial, é dicir, do acceso a "todo tipo de procesos" que se tramiten ante os órganos do Estado encargados de administrar xustiza, de xulgar e executar o xulgado (art. 117.3 CE), o que implica considerar así mesmo unha vertente institucional do dereito que comprende o sistema xudicial en canto "axencia institucional" que se estrutura nun sistema determinado de órganos xurisdiccionais aos que se asigna a tarefa de administrar xustiza e que permite configurar o dereito recoñecido no art. 24.1 CE non só como dende a posición activa dos titulares dos dereitos e intereses exercitados, senón como un dereito prestacional que

e, sobre todo, de contido complexo”⁶ se traduce nun dispositivo articulado en dúas partes. No dispositivo habería en efecto, unha primeira parte, encargada de establecer un dereito (xeral) ao acceso á xustiza (tutela xudicial efectiva *strictu sensu*) e unha segunda parte (máis específica) na que se detallan certas situacións xurídicas subxectivas, entre as cales claramente predominan as relacionadas co proceso penal, pero na que encaixarían tamén as que teñen cabida no procedemento propio das ordes xurisdiccionais civil, contencioso administrativo ou social. Esta última parte, dedicada en definitiva ao dereito a un proceso equitativo, completaría a primeira, aclarando que o ordenamento, non soamente ten que establecer mecanismos dirixidos a favorecer o acceso á xustiza de toda persoa que vise vulnerado un dereito ou un interese lexítimo, senón que este acceso ten que darse en presenza de certas garantías fundamentais, sen as cales a reparación da lesión acaba sendo unha quimera⁷.

A posible aplicación do dereito á tutela xudicial efectiva ao ámbito das relacións laborais ten, por tanto, especial importancia no sistema xurídico español. Non hai que esquecer que este é o contexto onde a desigualdade estrutural das forzas contrapostas determina a existencia dun vínculo contractual de carácter especial, cuxas peculiaridades transcenden a mera “lei do contrato” e acaban condicionando aspectos variados da súa definición normativa, substantiva e procesual. E é neste contexto onde o choque entre o poder privado do empresario, tendencialmente libree de expresión unilateral, co núcleo esencial dos dereitos fundamentais do traballador ao seu cargo adquire unha especial dimensión, dende o punto de

require a organización da actividade xurisdiccional polo Estado (art. 149.1 5ª CE) e que por tanto repousa sobre condicionamentos materiais e económicos que necesariamente teñen que ser funcionais ao mellor funcionamento da administración de xustiza para os cidadáns e á efectividade da tutela xudicial.”

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

vista da teoría xeral dos dereitos fundamentais como da procedimentalización da súa tutela.

No que á primeira cuestión se refire, hai que lembrar que as categorías dogmáticas como a da "cidadanía na empresa"⁸ ou a dos "dereitos laborais inespecíficos"⁹ operan en relación directa co dereito á tutela xudicial efectiva. Aínda que non é intención deste traballo profundar no gran debate que houbo e hai sobre estes conceptos, é oportuno lembrar que con estes termos se adoita facer referencia ao fenómeno que determina a presenza de certas limitacións ao poder empresarial, orixinadas no recoñecemento, aplicación e tutela dos dereitos fundamentais dos traballadores *dentro da* empresa e co recoñecemento do traballador como suxeito de pleno dereito na relación laboral. Á relación de traballo, en efecto, acábanselle incrustando os dereitos fundamentais, cualificándoa e matizándoa á luz de todos aqueles dereitos que, en canto persoa e como cidadán, achega o traballador. O mesmo espazo, a empresa, termina, por tanto por facerse permeable a unha nova dimensión do traballo, entendido na súa indisolubilidadade co ser humano portador destes dereitos, converténdose nun espazo, á súa vez, de recoñecemento, gozo e tutela de dereitos¹⁰.

A conexión entre o dereito á tutela xudicial efectiva e a relación de traballo ten, tamén, outra consecuencia e é a inevitable reinterpretación conceptual de todo o procedemento laboral á luz do art. 24 CE¹¹, xa que, no

⁸ Para unha análise dese concepto véxase: 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.

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, Selecta (en curso de publicación).

mesmo, teñen que incorporarse e desenvolverse todos os aspectos previstos no precepto constitucional. Isto permite a tradución, no plano da efectividade, dun dereito de acceso á xurisdición que, doutra maneira, corre o perigo de ser puramente formal. E é alí onde o labor dos tribunais, especialmente do Tribunal Constitucional, revelouse fundamental. A ampla doutrina do TC nesta materia serviu para labrar, entre as sinuosidades do proceso laboral, o contido real e concreto deste dereito e é, neste ámbito onde se xestou e desenvolveu a doutrina da “garantía de indemnidade”.

A garantía de indemnidade defínese como unha consecuencia lóxica do recoñecemento e aplicación do dereito á tutela xudicial efectiva. Concretamente, pretende dar unha resposta a todos os supostos nos que, fronte á activación da tutela xudicial como consecuencia dunha vulneración dun dereito fundamental ou un interese lexitimo por parte do traballador, se producen unha serie de represalias por parte do empresario co fin de disuadir e penalizar a defensa do dereito lesionado. Nun primeiro momento, a xurisprudencia interpreta esta garantía relacionándoa co acto de retorsión empresarial típico, o despedimento do traballador demandante a causa e consecuencia da demanda mesma, pero, pouco a pouco, esta doutrina vaise expandindo co fin de dar cobertura a situacións máis heteroxéneas nas que, ou ben os actos de represalias se van facendo máis sofisticados e variados, ou ben se estende esta tutela, non só ao suxeito que exercese a acción xudicial, senón a todas aquelas persoas que o asistisen ou participasen, dalgunha forma, no mesmo¹².

¹² Isto permite propoñer unha “tutela de carácter universal, que protexe ao traballador litigante contra todo tipo de actos represivos (non só o despedimento) e con independencia do motivo da reclamación que desencadea a reacción empresarial, e que outorga ao traballador inmunidade plena, pois obriga a repoñer ao traballador represaliado na integridade do seu dereito, declarando nula e sen efectos a medida empresarial disuasoria do acceso á xurisdición”. En Álvarez Alonso, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Bomarzo ed., 2005, p. 27.

Esta forza catalizadora e á vez expansiva da garantía de indemnidade, produto dunha reiterada xurisprudencia do TC inaugurada coa famosa STC 14/1993, do 18 de xaneiro¹³, baséase nunha construción rigorosa na que, como veremos, conflúen fontes legais e principios do ordenamento xurídico nacional e internacional, interpretados para conseguir unha "blindaxe sen fisuras"¹⁴ de carácter universal capaz de operar con plenitude.

Cabe resaltar, ademais, que é xustamente no marco da relación laboral onde esta garantía de indemnidade prosperou máis, a pesar de non ser un mecanismo de tutela especificadamente concibido para o contexto laboral¹⁵. Iso

¹³ Esta é a Sentencia do Tribunal Constitucional núm. 14/1993, de 18 xaneiro. En realidade, como ben relata a doutrina, conxuntamente con esta famosa sentenza houbo outra, no mesmo día e ano (STC núm. 7/1993, do 18 de xaneiro) que "nin sequera chamou a esta garantía polo seu nome", aínda que abría a porta á súa configuración xurisprudencial. Con esta sentenza, por unha banda, sentaban os seus fundamentos legais e xurisprudenciais, dentro e fóra do ordenamento xurídico español (art. 4 g) ET, art. 5 c) do Convenio 158 OIT e cita expresa da STC 38/1981). Doutra banda, nesta primeira Sentenza introdúcese e aplícanse "as peculiares regras de distribución da carga da proba nestes supostos, que foron e son a auténtica clave do recoñecemento ou non da vulneración da garantía de indemnidade (...)." 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.

¹⁵ De feito "a garantía de indemnidade do art. 24.1 CE, (...) é un dereito de carácter xeral, non específico do ámbito laboral, que potencialmente podería desprezar interesantes efectos nas relacións fronte á Administración ou nas de natureza mercantil" e así o expresou o mesmo Tribunal Constitucional en numerosas sentenzas sobre a materia. Só máis recentemente empezouse a trabar esta garantía fóra do contexto da relación laboral, abrindo así vías novas de expansión (por exemplo: STC 186/2003, do 27

débese, unha vez máis, ás peculiaridades propias da relación de traballo, en función das cales a situación de dependencia ou subordinación do traballador respecto do empresario propicia a aparición de actos de represalias e demais condutas represivas do empresario que, en situación de superioridade e aproveitándose do seu poder de dirección, podería “vingarse” do traballador ou traballadores que abrisen un procedemento legal de tutela de dereitos.

Isto permitiu ademais, conectar a garantía de indemnidade a outros dereitos fundamentais, cuxo exercicio se apoiaría, grazas a esta extensión, en certas garantías engadidas produto desta relación conceptual. Ese é o caso, por exemplo, da liberdade sindical, para a cal o Tribunal Constitucional modulou unha especial garantía de indemnidade que determina a prohibición (e consecuente nulidade) de diferenzas de trato ou prexuízos ligados á afiliación ou actividade sindical dos traballadores ou dos seus representantes¹⁶. Nestes supostos, o Tribunal Constitucional avanza na súa tarefa de protección efectiva dos dereitos e procede a matizar a garantía en función do contacto e interacción desta cos demais dereitos fundamentais¹⁷. Esta interesantísima operación de amplificación e extensión do contido da garantía de indemnidade permite ir máis aló dos límites estritos do art. 24 CE e demostrar, en certo sentido, a forza deste mecanismo xurisprudencial de efectividade dos dereitos¹⁸.

de outubro, 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 e ss.

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

¹⁸ Nese sentido hai unha abundante xurisprudencia á cal poder acudir, así como existen importantes análises doutriniais dirixidos a comentar e profundar esta cuestión. Entre outros véxase: 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

O marco da relación de traballo, unha vez máis, é un espazo no que a tutela dos dereitos fundamentais ten que ser garantido de maneira especial. Se o dereito á tutela xudicial efectiva funciona como porta de acceso para estender a xudiciabilidade dos dereitos ao espazo da empresa e ao ámbito da relación de traballo, a garantía de indemnidade permite que esa porta sexa transitable e a tutela xudicial poida operar cara á reparación da lesión de maneira eficaz. Por iso é polo que a conexión instrumental entre a garantía de indemnidade, de orixe e desenvolvemento fundamentalmente xurisprudencial, e o dereito á tutela xudicial efectiva, de orixe e desenvolvemento legal-constitucional, constitúe un elemento esencial na construción teórico-práctica do sistema de recoñecemento e tutela dos dereitos fundamentais. É, por tanto, no funcionamento desta conexión onde, moitas veces, se materializa a verdadeira protección do ordenamento xurídico fronte a toda vulneración de dereitos¹⁹.

2. A GARANTÍA DE INDEMNIDADE ENTRE DESENVOLVEMENTO LEGAL E DOUTRINA

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 del 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;

¹⁹ Neste sentido e dende este punto de vista a garantía de indemnidade serviría para “pechar o círculo” dos instrumentos básicos postos ao servizo da efectividade da tutela xudicial “cuxo núcleo o forman o dereito á execución das resolucións xudiciais e as medidas cautelares, pero que resultaría incompleto sen a interdicción de eventuais represalias por razón do exercicio da acción xudicial”, en Álvarez Alonso, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, op. cit., p. 54.

XURISPRUDENCIAL: UNHA REFERENCIA ESPECÍFICA AO PAPEL DO DEREITO SOCIAL EUROPEO E DO TXUE

A particular conexión existente entre o dereito, regulamentado e constitucionalizado, de tutela xudicial efectiva, coa presenza, instrumental complexa, dun "dereito xurisprudencial" a unha protección específica fronte a represalias e demais actos represivos que atopen a súa motivación en facer uso do dereito mesmo, mantense no ordenamento xurídico español a través dun peculiar equilibrio. A garantía de indemnidade, fóra da referencia constitucional, marcada polo art. 24 CE, na que, como se viu anteriormente, se incrusta grazas ao labor do TC, susténtase en norma específicas, dentro e fóra do sistema xurídico nacional e pode verse afectada pola acción directa e indirecta de tribunais supranacionais. A forma na que se constrúe o contido e alcance da garantía de indemnidade, na súa conexión orixinal e orixinaria co art. 24 CE, é sen dúbida fundamental para expor unha aproximación crítica ao mecanismo obxecto de estudo nestas páxinas e pasa por profundar na acción conxunta operada polo marco teórico normativo co empuxe práctico das decisións xudiciais. É á luz dese estudo que nos podemos dar conta, de maneira máis clara e desenvolvendo así unha das principais hipóteses deste traballo de investigación, que a garantía de indemnidade necesita ser analizada dende unha perspectiva que valorice a súa relación con outros principios ou dereitos do ordenamento xurídico. Especialmente aqueles que teñen un suficiente desenvolvemento normativo no noso ordenamento e que poden servir como elementos "dentro do sistema" para a súa ancoraxe e desenvolvemento máis aló do espazo xurisprudencial. Concretamente, neste caso, propónse estudar e valorar a conexión existente entre a garantía de indemnidade e o dereito á igualdade de trato, desenvolvido pola tutela antidiscriminatoria. É, efectivamente, a través da relación con este dereito que se conseguiron certos avances no dereito positivo nesta materia.

En primeiro lugar, púidose ampliar dunha maneira especialmente interesante o contido da garantía de indemnidade, dende o dereito da Unión Europea (UE) e a

través dun ordenamento xurídico nacional totalmente permeable. En segundo lugar, como se dicía anteriormente, logrouse introducir na lexislación nacional certos dispositivos legais que poden servir de substrato para o dereito xurisprudencial á tutela do traballador fronte a toda represalia empresarial.

Ademais, en consideración da importancia que tivo no noso ordenamento a xurisprudencia sobre este tema, non hai que obviar as resolucións do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE) xa que nos serven para conseguir dous obxectivos deste traballo: corroborar, nunha perspectiva práctica, a relación existente entre o dereito á tutela xudicial efectiva, a garantía de indemnidade e a tutela antidiscriminatoria e para expor, en última instancia, un debate sobre as debilidades e fortalezas do modelo español de garantía de indemnidade así como a súa posible inserción formal no sistema xurídico de fontes.

2.1. O DEREITO INTERNO E AS FONTES INTERNACIONAIS: GARANTÍA DE INDEMNIDADE E TUTELA LEGAL ANTIDISCRIMINATORIA

Co fin de empezar a procura dun fundamento legal para a garantía de indemnidade no plan específico do ordenamento xurídico nacional, é esencial comezar citando o art. 4.2.g) do Estatuto dos traballadores (ET). Neste artigo indícase que os traballadores “teñen dereito ao exercicio individual das accións derivadas do seu contrato de traballo”. Con esta norma prodúcese, por tanto, a transposición no contrato de traballo do dereito constitucional á tutela xudicial efectiva proclamado no art. 24 CE. Esta disposición complétase con outras disposicións orientadas, máis especificamente, a regular medios de tutela concretos fronte a eventuais represalias empresariais, sen en cambio definir esta indemnidade con carácter xeral e previo. Neste sentido pódese ler o art. 53.4 ET ou o art. 55.5 ET, que se encargan, respectivamente, de relatar as formas e efectos da extinción do contrato de traballo por causas obxectivas así como do despedimento disciplinario. En cada un destes supostos, o lexislador preocúpase de sancionar coa nulidade o suposto máis grave e común de represalia, é dicir o

despedimento orixinado nunha violación dos dereitos fundamentais e liberdades públicas do traballador, onde o dereito violado sería a posibilidade efectiva de reclamar a tutela dun dereito tal e como está regulada no art. 24 CE. Certamente estes dispositivos non representan unha regulamentación explícita e xeral da garantía de indemnidade pero, sen dúbida, representan unha opción, regulada, para a aplicación práctica desta nuns supostos concretos de represalia empresarial. Agora ben, se se quere ir un pouco máis aló e atopar máis camiños para apuntalar a estrutura central do dereito á tutela xudicial efectiva ao que está incrustada a garantía de indemnidade hai que empezar indo cara a normas que se sitúan no nivel xurídico internacional e supranacional.

Concretamente hai que recorrer, en primeiro lugar á normativa da Organización Internacional do Traballo (OIT), especialmente á Recomendación nº 119 sobre a terminación da relación de traballo²⁰ e ao Convenio nº 158 sobre a terminación da relación de traballo. Neste último caso, o art. 5 c) do Convenio establece que non constituirá causa xustificada para a terminación da relación de traballo “presentar unha queixa ou participar nun procedemento establecido contra un empregador por supostas violacións de leis ou regulamentos, ou recorrer ante as autoridades administrativas competentes”. Este precepto xogou un papel esencial na configuración da doutrina constitucional da garantía de indemnidade. Nun primeiro momento, porque serviu de base para a elaboración do derogado art. 32 c) do Real decreto-lei 17/1997, do 4 de marzo, sobre relacións de traballo e contribuíu á configuración no ordenamento xurídico español dunha tipoloxía concreto de despedimento, o “despedimento en represalia”, pertencente á categoría xeral dos entón definidos como “despedimentos

²⁰ A Recomendación, posteriormente substituída pola Recomendación nº 166, no seu art. 3 c) e en referencia ás “causas inxustificadas para a terminación da relación de traballo” di literalmente que constituirá causa inxustificada “presentar de boa fe unha queixa ou participar en procedementos establecidos contra un empregador por razón de violacións alegadas da lexislación”.

discriminatorios”²¹. E, nun segundo momento, porque, despois da derogación daquel artigo, funcionou como inspiración e apoio para o TC na elaboración da súa doutrina, especialmente nas primeiras sentenzas nas que o Convenio aparece citado de forma directa²².

As normas internacionais que se ocupan de regular a garantía de indemnidade, a pesar de ter un elevado valor xurídico por representar un fundamento legal forte á configuración da garantía de indemnidade, teñen certas limitacións que non poden ser ignoradas e que, en certa maneira, se trasladan aos (escasos) dispositivos legais que temos no ordenamento xurídico do Estado español.

Sen intención de abordar a análise pormenorizada desta cuestión e co fin último de lembrar como foi posible superalas, as normas internacionais citadas seguen interpretando unha tutela formalmente limitada xa que a referencia explícita de protección é fronte a certos actos represivos, é dicir, fundamentalmente fronte ao

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

²² Concretamente na STC 14/1993, do 18 de xaneiro utilízase a referencia ao Convenio para fortalecer os argumentos a favor da vulneración do dereito fundamental á tutela xudicial efectiva e tamén como “trampolín” para empezar a estender a tutela do art. 24 CE máis aló dos “despedimentos en represalia”. Concretamente no Fundamento Xurídico 2 pódese ler o seguinte: “A medida disciplinaria do despedimento como resposta ao exercicio de acción xudicial aparece expresamente proscriba no art. 5 c) do Convenio núm. 158 da OIT, ratificado por España (BOE/BOE, 29 xuño 1985) ao excluír das causas válidas de terminación do contrato: “expor unha queixa ou participar nun procedemento establecido contra un empregador por supostas violacións de leis ou regulamentos ou presentar un recurso ante as autoridades administrativas competentes”. Pero tal restrición ha de facerse extensiva así mesmo a calquera outra medida dirixida a impedir, coartar ou represaliar o exercicio da tutela xudicial, e iso polo respecto que merecen o recoñecemento e a protección dos dereitos fundamentais, non podendo anoarse ao exercicio dun destes dereitos, outra consecuencia que a reparación *in natura* cando iso sexa posible, é dicir, sempre que caiba rehabilitar ao traballador prexudicado na integridade do seu dereito.”

despedimento. Ao mesmo tempo, no art. 5 c) do Convenio nº 158 OIT, a reparación do dano derivado da vulneración, alá onde esta se recoñeza, aparece tendencialmente insuficiente. Concretamente, aínda que no ordenamento interno os arts. 54 e 55 ET establecen a nulidade do despedimento nestes supostos, en sintonía ademais con canto se prevé nos demais supostos de conduta empresarial lesiva de dereito fundamental, a formulación internacional é sen dúbida insuficiente. No Convenio nº 158 da OIT déixase certa marxe para que nos ordenamentos xurídicos nacionais se poidan establecer mecanismos reparadores alternativos, respecto á declaración de nulidade do despedimento e consecuente readmisión do traballador, consistentes no pago de indemnizacións ou calquera "outra reparación que se considere apropiada"²³.

Estas limitacións tradúcense nunha formal restrición da garantía de indemnidade nas normas que toman inspiración dos instrumentos internacionais ou que das mesmas toman inspiración constrúen desta forma unha dimensión legal da garantía de indemnidade tendencialmente limitada e posiblemente insuficiente.

O mesmo Tribunal Constitucional, dende que empezou o camiño cara á consagración xurisprudencial da doutrina da garantía de indemnidade, tentou superar estas limitacións formais. Este ,en efecto, chegou pronto á conclusión que, se os dereitos fundamentais teñen que ser protexidos (e deben selo de forma especial) na relación laboral, había que forzar o (escaso) marco legal a través dunha creativa interpretación xudicial. En primeiro lugar, aclarando que todo acto inxustificado, dirixido a reducir ou eliminar o gozo

²³ Art. 10, Convenio nº 158 OIT: "Se os organismos mencionados no artigo 8 do presente Convenio chegan á conclusión de que a terminación da relación de traballo é inxustificada e se en virtude da lexislación e a práctica nacionais non estivesen facultados ou non considerasen posible, dadas as circunstancias, anular a terminación e eventualmente ordenar ou propoñer a readmisión do traballador, terán a facultade de ordenar o pago dunha indemnización adecuada ou outra reparación que se considere apropiada."

e exercicio dun dereito fundamental tiña que ser sancionado garantindo, desta forma, un acceso igualitario á xustiza de toda vítima. En segundo lugar, afirmando que a consecuencia dunha vulneración de dereitos fundamentais non podía ser outra que a anulación total dos efectos da represalia e o restablecemento, na medida do posible, da situación precedente. E, finalmente, dogmatizando a idea que “do exercicio da acción xudicial ou dos seus actos preparatorios ou previos, non podían seguirse consecuencias prexudiciais no ámbito das relacións públicas ou privadas para a persoa que os realiza”²⁴.

A este gran traballo do Tribunal Constitucional, con todo, cabe engadir a referencia a outro gran labor de caracterización da protección legal fronte ás represalias empresariais, esta vez promovida dentro do mesmo sistema xurídico formal, grazas á penetración dunha interpretación legal e xurisprudencial, de derivación supranacional, da tutela antidiscriminatoria. O consolidado nexo existente entre o dereito á tutela xudicial efectiva e a garantía de indemnidade, matízase e complementa grazas á intervención do dereito social da Unión Europea en materia de igualdade de trato e non discriminación así como na súa interesantísima e fundamental interpretación xurisprudencial por parte do TXUE.

As históricas Directivas sobre igualdade de trato trataban, de maneira directa, a problemática da protección do traballador reclamante fronte a posibles actos de represalias empresariais. Concretamente xa as Directivas dos anos setenta –a Directiva 75/117/CEE²⁵ e a Directiva 76/2017/CEE²⁶ nos arts. 2 e 6, respectivamente – falaban

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 do Consello, do 10 de febreiro de 1975, relativa á aproximación das lexislacións dos Estados membros que se refiren á aplicación do principio de igualdade de retribución entre os traballadores masculinos e femininos (Diario Oficial núm. L 45, do 19 de febreiro de 1975).

²⁶ Directiva 76/207/CEE do Consello, do 9 de febreiro de 1976, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre homes

da necesidade de que os traballadores estivesen protexidos, por parte dos ordenamentos dos Estados membros, contra calquera despedimento que constituíse “unha reacción do empresario a unha queixa formulada a nivel de empresa ou unha acción xudicial encamiñada a facer respectar o principio de igualdade”. Nestas Directivas, aínda que se segue falando de “despedimentos en represalia”, ábrese o campo da dimensión da tutela, acción que se completa, á súa vez, grazas aos dispositivos contidos na Directiva 2000/43/CE²⁷, a Directiva 2000/78/CE²⁸ e a Directiva 2002/73/CE²⁹.

Na redacción destas tres Directivas se amplía o contido da garantía de indemnidade chegando, finalmente, a superar, non só xurisprudencialmente senón tamén normativamente, a definición limitada de “actos represivos”, incluíndo nestes, ademais do despedimento, “calquera outro trato desfavorable adoptado por parte do empresario”. Da mesma maneira, o dereito da UE evoluciona, non sen certo “empuxe” pola xurisprudencia do TXUE –o Asunto Coote, como veremos seguidamente, ten moito que ver con esta

e mulleres no que se refire ao acceso ao emprego, á formación e á promoción profesionais, e ás condicións de traballo (Diario Oficial núm. L 39, do 14 de febreiro de 1976).

²⁷ Directiva 2000/43/CE do Consello, do 29 de xuño de 2000, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato das persoas independentemente da súa orixe racial ou étnica (Diario Oficial núm. L 180, do 19 de xullo de 2000).

²⁸ Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro de 2000, relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de trato no emprego e a ocupación (Diario Oficial núm. L 303, do 2 de decembro de 2000).

²⁹ Directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de setembro de 2002, que modifica a Directiva 76/207/CEE do Consello relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no que se refire ao acceso ao emprego, á formación e á promoción profesionais, e ás condicións de traballo (Diario Oficial núm. L 269, do 5 de agosto de 2002). Actualmente esta Directiva atópase derrogada e substituída pola Directiva de refundición 2006/54/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de xullo de 2006 (Diario Oficial núm. L 204, do 26 de xullo de 2006).

nova modificación do marco legal-, superando outra das grandes limitacións do sistema formal e legal de garantía de indemnidade: o ámbito subxectivo de aplicación da tutela. A previsión dunha protección ampla para todo traballador e traballadora, especialmente no suposto de representantes dos traballadores, fronte a calquera conduta represiva utilizada como forma de represalia fronte a actos dirixidos a esixir a aplicación do principio de igualdade, insírese, primeiro no art. 7 da Directiva 2002/73/CE e logo no art. 24 da Directiva 2006/54/CE³⁰, como elemento central do funcionamento da mesma tutela antidiscriminatoria. Desta forma a protección fronte ás represalias empresariais, en aplicación do principio de igualdade e non discriminación no marco do dereito da Unión Europea, acaba incluíndo calquera acción de represalia do empresario en resposta a (case) calquera invocación do dereito de igualdade. Ben sexa na empresa a través de queixas ou ben sexa nos tribunais a través da acción xudicial específica. Ben sexa por parte do mesmo traballador afectado ou ben sexa por parte de calquera outro traballador que active o sistema protector do dereito á igualdade de trato a favor de terceiros. O principio de igualdade, por tanto, cumpre un importante efecto catalizador da enteira problemática e permite, neste sentido, encher progresivamente certos baleiros legais do dereito interno que a doutrina do TC sobre garantía de indemnidade só en parte resolvera a golpe de sentenza.

Concretamente, como consecuencia do deber de transposición ao dereito nacional do contido das Directivas antidiscriminatorias á que se acaba de facer referencia, o 30 de decembro de 2003, apróbase a Lei 62/2003 de medidas fiscais, administrativas e da orde social. Concretamente no art. 37 desta Lei introdúcense unha serie de modificacións ao Estatuto dos traballadores que teñen como finalidade cambiar o contido da garantía de indemnidade no ordenamento xurídico español (ademais de modificar

³⁰ Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de xullo de 2006, relativa á aplicación do principio de igualdade de oportunidades e igualdade de trato entre homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación (refundición; Diario Oficial núm. L 204 do 26 de xullo de 2006).

directamente o art. 4 ET, apartados c) e e) e o art. 16.2 ET). Trátase da reforma do art. 17.1 ET e especialmente da introdución neste artigo dun último inciso no que se afirma que “serán igualmente nulas as decisións do empresario que supoñan un trato desfavorable dos traballadores como reacción ante unha reclamación efectuada na empresa ou ante unha acción xudicial destinada a esixir o cumprimento do principio de igualdade de trato e non discriminación”. Desta forma acábase trasladando ao dereito interno a conexión entre principio de igualdade e garantía de indemnidade.

Aínda que hai quen en doutrina criticou que non se aproveitase esta ocasión de maneira máis incisiva para dar unha verdadeira e plena recepción legal á doutrina do TC sobre a garantía de indemnidade³¹, o art. 17.1 ET representa a primeira disposición que recoñece, formalmente e por escrito, esta protección máis aló do disposto en caso de despedimento, estendendo ademais a garantía a todo acto represivo, sempre que, iso si, se dese no marco dunha vulneración e sucesiva reivindicación do principio de igualdade. Os outros supostos –nos cales o acto empresarial de represalia se dá fronte á formulación de accións por parte do traballador relacionadas coa vulneración doutros dereitos e intereses lexítimos e que non sexan cualificables como despedimentos– quedaría aínda á espera dunha regulación legal e seguirían, por tanto, amparados na formulación universal e plena, aínda que exclusivamente xurisprudencial, da garantía de indemnidade na doutrina do TC. O plano legal e xurisprudencial da garantía de indemnidade parecería, por

³¹ Mesmo se expón que o art. 17.1 ET parece ignorar completamente a doutrina do TC e, en certa medida, poñela en dúbida favorecendo unha lectura extremadamente ríxida do dispositivo que excluíría da tutela todo aquilo que non estea directamente incluído (é dicir toda represalia que non é consecuencia directa dunha acción ou reclamación dirixida a esixir o cumprimento do principio de igualdade de trato e de non discriminación). Así en Álvarez Alonso, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, op. cit., p.24-25.

tanto e a pesar de todo, aínda situado en dous niveis diferentes.

Para completar o panorama lexislativo hai que ter en conta que, sempre no marco do dereito antidiscriminatorio, aparece no 2007 unha nova referencia á "indemnidade das vítimas" e é a que está regulada polo art. 9 da Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes (LOI). O art. 9 afirma o seguinte: "tamén se considerará discriminación por razón de sexo *calquera* trato adverso ou efecto negativo que se produza nunha persoa como consecuencia da presentación *pola súa banda* de queixa, reclamación, denuncia, demanda ou recurso, *de calquera tipo*, destinados a impedir a súa discriminación e a esixir o cumprimento efectivo do principio de igualdade de trato entre mulleres e homes". Unha vez máis queda clara a amplitude do concepto "represalias" a efectos legais, así como as consecuencias destas cara ao suxeito que as sofre (é dicir, a nulidade derivada da aplicación da tutela de dereitos fundamentais). Non obstante, dende o punto de vista do contido das accións que serían causa do acto represivo empresarial e ao ámbito subxectivo de aplicación da tutela prevista parece ser que o art. 9 LOI segue mantendo certas limitacións. En relación á primeira cuestión parece claro que neste artigo se pretende dotar de especiais garantías antirrepresalia toda acción ligada, de maneira específica, á aplicación e cumprimento do principio de igualdade por razón de sexo³². En relación co ámbito subxectivo, en cambio, podería parecer que este podería estenderse non só ás persoas que fosen vítimas directas de vulneración do dereito á igualdade de trato entre mulleres e homes senón tamén, non con certo esforzo interpretativo, a todas aquelas persoas que esixan o cumprimento do principio de igualdade de trato a través da presentación de "actos de calquera tipo", é dicir, tamén de todos aqueles actos que operan como elementos auxiliares, aínda que esenciais, nun procedemento de tutela antidiscriminatoria,

³² De feito no suposto do art. 9 LOI o campo é aínda máis limitado xa que se restrinxiría ao principio de igualdade e non discriminación por sexo.

como serían os testemuños ofertados en todas as formas e modalidades.

Unha vez máis por tanto e a pesar deste último esforzo extensivo, estaríamos lonxe de introducir no ordenamento xurídico español unha garantía de indemnidade de carácter xeral e xeneralizado. Con todo, se se analizan, en termos doutrinais, os variados mecanismos de protección fronte ás represalias empresariais desenvolvidos no dereito antidiscriminatorio da Unión Europea e/ou derivados da súa transposición, é posible especificar certos matices respecto da garantía de indemnidade derivada da doutrina do TC e que, aínda hoxe, segue sen verse reflectida nunha norma xurídica específica no ordenamento xurídico. Trataríase, por tanto, de reflexionar sobre o que a academia tradicionalmente describiu para diferenciar “a indemnidade en sentido lato” ou “indemnidade xenérica” de “a indemnidade en sentido estrito”³³.

Co primeiro concepto adóitase facer referencia a unha noción ampla na que ten cabida a protección fronte ás reaccións represivas desencadeadas polo exercicio dunha acción contra a vulneración dun dereito fundamental. Así entendida, a garantía de indemnidade acompañaría todos e cada un dos dereitos fundamentais así como todas aquelas disposicións legais que, no marco dunha relación laboral protexen o traballador das represalias, especialmente dos “despedimentos en represalia”³⁴. Desta forma non habería

³³ Esta diferenciación aparece, entre outros 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 e ss.

³⁴ É o caso, por exemplo, das garantías establecidas para os representantes sindicais e unitarios, da protección da muller traballadora no momento do embarazo e maternidade, das relacionadas cos dereitos de conciliación da vida persoal, familiar e laboral ou das que derivan da Lei de prevención de riscos laborais en supostos de risco grave e inminente para a vida ou saúde do traballador. Así en Álvarez Alonso, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, op. cit., pp. 39-40.

un concepto xeral de garantía de indemnidade senón tantas garantías como dereitos fundamentais aos cales ancoralas³⁵. Segundo esta interpretación, o art. 24 CE perdería así a súa centralidade e habería que buscar no contido explícito ou implícito do dereito fundamental, legalmente regulado, un espazo concreto para a configuración da indemnidade específica, entendéndoa desta maneira como parte do contido esencial do mesmo dereito fundamental protexido e presuntamente violado.

A garantía de indemnidade “en sentido estrito”, en cambio, utilizaríase para definir algo moito máis concreto e explicar así o termo utilizado, predominantemente, polo TC cando se refire a esta materia. A garantía de indemnidade sería aquel mecanismo orientado a protexer o exercicio de accións xudiciais da utilización de calquera forma de represalia, orientada a punir aquel traballador que esixise ou tentase esixir a protección xudicial do seu dereito. Esta garantía non se edificaría a medida do dereito fundamental lesionado e non reparado, senón que, como se resaltaba nas primeiras páxinas deste traballo, se arraigaría, exclusivamente, no dereito á tutela xudicial efectiva e concretamente na súa vertente de dereito de libre acceso á xurisdición. Esta garantía funcionaría por tanto como unha barreira para a inhibición –a través de medidas coactivas, impeditivas ou disuasorias– da vítima dunha vulneración dun dereito fundamental ou interese lexítimo. O suxeito lesionado, de non existir esta garantía, acabaría silenciándose e achicándose diante das inxustizas cometidas ao seu dano, ante a perspectiva de que acudir á vía xudicial poida acabar empeorando a súa situación.

A teorización da “garantía de indemnidade en sentido lato” foi utilizada tradicionalmente para explicar –en certa medida e non sen certas resistencias doutrinais– algunhas tipoloxías de indemnidade como, por exemplo, é o caso da “garantía de indemnidade sindical”, á cal o mesmo TC fixo nalgunha

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.

ocasión referencia directa³⁶. Esta garantía de indemnidade tería a súa orixe e fundamento no dereito á liberdade sindical e na súa consagración e protección no art. 28 CE, é dicir o suxeito que vise vulnerado o seu dereito á liberdade sindical necesitaría, ademais do dereito para acceder aos procedementos de tutela, un recoñecemento de certa protección específica para que a queixa ou demanda non se volva na súa contra, baixo a forma de actos empresariais de represalias cara ao traballador ou a traballadora "máis litixiosa". O mesmo poderíase dicir respecto do dereito á igualdade de trato e non discriminación: a garantía de indemnidade, que se configura legalmente nos supostos de activación da tutela antidiscriminatoria, representaría unha especial manifestación do mesmo art. 14 CE na súa tradución específica do dereito (xeral) á tutela xudicial efectiva establecido, á súa vez, polo art. 24 CE. Desta forma estableceríase unha triangulación extraordinariamente eficaz entre o dereito á tutela xudicial efectiva, a garantía de indemnidade e a tutela antidiscriminatoria, sobre a cal se volverá a razoar no seguinte apartado.

Agora ben, a forma na que funcionan e se relacionan entre si os diferentes conceptos de garantía de indemnidade constitúe, sen dúbida, un exemplo interesantísimo de desdobramento dos planos de tutela, onde a dimensión xurisprudencial e a normativa discorren en secuencias diferentes pero interconectadas. Para tentar profundar nestas interrogacións podería ser interesante reflexionar brevemente sobre uns asuntos concretos, presentados e resoltos polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea.

Nos asuntos obxecto de análises, o TXUE aproveita a bagaxe de regulación e xurisprudencia desenvolvido en relación á tutela antidiscriminatoria para estender o contido da garantía de indemnidade e consagrar así o dereito á tutela xudicial efectiva. Trátase por unha banda, da STXCE do 22 de setembro de 1998 (C-185/97), Asunto Coote, no que o TXUE, razoando sobre a legalidade dunha limitación temporal da garantía de indemnidade ao momento de

³⁶ STC 100/2014, do 23 de xuño; STC 179/2008, do 22 de decembro; STC 161/2006 do 22 de maio (entre outras).

vixencia do contrato de traballo, expón en termos teóricos a posible relación existente entre tutela antidiscriminatoria, tutela xudicial efectiva e garantía de indemnidade, así como as súas consecuencias prácticas para a efectividade dos dereitos fundamentais. Doutra banda, farase referencia á STXUE do 20 de xuño de 2019, Asunto Hakelbracht e outros (C-404/18) no que a garantía de indemnidade se aplica como consecuencia dunha vulneración do principio de igualdade e non discriminación nun suposto no que a vítima de represalia non é a persoa á que se lle vulnerou o dereito á igualdade de trato, senón a traballadora que, dalgunha maneira, apoiou e colaborou na denuncia da lesión.

2.2. A GARANTÍA DE INMUNIDADE E O TRIBUNAL DE XUSTIZA DA UNIÓN EUROPEA: ESPECIAL REFERENCIA AO ASUNTO COOTE E AO ASUNTO HAKELBRACHT E OUTROS

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea tratou o tema da garantía de indemnidade de maneira directa en dúas ocasións. Nos dous supostos fíxoo relacionándoo coa protección fronte ás represalias empresariais orixinadas na vulneración do dereito á igualdade de trato, na marco da tutela antidiscriminatoria.

No primeiro suposto, o Asunto Coote (STXCE do 22 de setembro de 1998, C-185/97), resolve unha decisión prexudicial sobre a interpretación do artigo 6 da Directiva 76/207/CEE do Consello, do 9 de febreiro de 1976³⁷, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no que se refire ao acceso ao emprego, á formación e promoción profesionais, e ás condicións de traballo. A cuestión que se expón ao Tribunal é a seguinte: a negativa dun empresario a proporcionar referencias sobre unha antiga traballadora súa que, durante a vixencia da súa relación laboral, estableceu accións xudiciais por tratamento

³⁷ O art. 6 establece o seguinte: "Os Estados membros introducirán no seu ordenamento xurídico interno as medidas necesarias para que calquera persoa que se considere prexudicada pola non aplicación do principio de igualdade de trato no sentido dos artigos 3, 4 e 5 poida facer valer os seus dereitos por vía xurisdiccional despois de recorrer, eventualmente, a outras autoridades competentes."

discriminatorio, está ou non incluída dentro do ámbito de aplicación da Directiva? Para contestar a esta cuestión, o TXUE céntrase directamente nas garantías xudiciais que deben existir no momento no que un traballador ou traballadora decida emprender accións xudiciais derivadas do contrato de traballo e esas orixinan actos de represalias por parte do empresario. É dicir, sinálase directamente cara á garantía de inmunity na súa relación específica co principio de igualdade de trato e non discriminación.

No asunto en cuestión, a señora Coote prestaba os seus servizos na empresa británica "Granada Hospitality Ltd." nun centro de traballo situado en territorio español. Despois dun tempo na empresa a traballadora é despedida e en contra deste despedimento a traballadora procede a presentar unha demanda por discriminación contra a súa empresa alegando que fora despedida polo seu embarazo. O litixio resolveuse cunha transacción e a relación laboral quedou definitivamente extinguida de mutuo acordo o 7 de setembro de 1993. Posteriormente á regularización da extinción contractual, a Sra. Coote emprende a procura dun novo emprego e empeza a contactar con diferentes axencias de colocación. Nunha destas axencias pídenlle que facilite certas referencias por parte dos seus anteriores empregadores ao fin de completar o seu perfil e mellorar a súa capacidade de emprego. A Sra. Coote pide ao "Selecta Hospitality Ltd." que lle proporcione as ditas referencias. Ante a negativa da empresa, en xullo de 1994 a señora Coote procedeu a demandar novamente á empresa, invocando neste caso a norma inglesa que regula a discriminación que se manifesta en forma de represalias, concretamente o artigo 4 da Sex Discrimination Act de 1975 (SDA). A traballadora consideraba que a negativa da empresa constituía un acto de represalia como resposta a á súa "elevada conflitividade" mantida coa empresa durante a vixencia do seu contrato. A demanda foi desestimada por parte do xuíz británico porque o prexuízo alegado produciuse unha vez extinguida a relación laboral polo que, segundo o Tribunal, non quedaba comprendido dentro do ámbito de aplicación da Lei británica. Con todo, o órgano xurisdiccional británico encargado de resolver o recurso de

apelación, ante as dúbidas que lle expuña a aplicación (restritiva) da SDA, presentou unha cuestión prexudicial ao TXCE sobre o alcance do art. 6 da Directiva 76/207/CEE, do 9 de febreiro de 1976.

O TXUE, despois de resolver cuestións preliminares como as relacionadas coas, obrigadas, referencias á doutrina do mesmo tribunal sobre a aplicación entre particulares das Directivas europeas e sobre o principio de primacía do dereito europeo para validar a capacidade de penetración do dereito da UE no ordenamento xurídico interno, entrou a valorar directamente a compatibilidade da norma interna contida no SDA co art. 6 da Directiva 76/207/CEE, do 9 de febreiro de 1976. O TXUE subliñou que neste artigo se configuraba a obriga para os Estados membros de "adoptar medidas de eficacia *suficiente* para alcanzar o obxectivo da Directiva e a facelo de tal maneira que as persoas afectadas poidan invocar *efectivamente* os dereitos así conferidos ante os tribunais nacionais"³⁸. Neste sentido, seguía o TXUE, o control xurisdiccional incorporado polo art. 6 representaría a expresión dun principio xeral do Dereito que é básico nas tradicións constitucionais comúns aos Estados membros e que estaría igualmente consagrado polo artigo 6 do "Convenio Europeo para a Protección dos Dereitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, do 4 de novembro de 1950". O dereito á tutela xudicial efectiva fronte aos supostos de discriminación, por tanto, non podía ser anulado por unha omisión ou mala transposición do dereito europeo ao ordenamento xurídico nacional, xa que desta forma o obxectivo principal da Directiva podería verse anulado.

En liña con este razoamento, o Tribunal consideraba o dereito á tutela xudicial efectiva nos supostos de discriminación "un elemento indispensable para alcanzar o obxectivo fundamental da igualdade de trato entre homes e mulleres" e "un dos dereitos humanos fundamentais cuxo respecto debía garantir o Tribunal de Xustiza"³⁹.

³⁸ Ap. 20, STXCE do 22 de setembro de 1998, C-185/97.

³⁹ Ap. 23, STXCE do 22 de setembro de 1998, C-185/97.

O Tribunal ademais consideraba que o dereito á protección contra toda represalia era parte esencial da tutela, xa que o temor a ser vítimas de actos represivos podería levalas a sufrir unha dobre vulneración: unha, inicial, relativa ao principio de igualdade de trato e non discriminación, e outra, posterior, relativa aos actos represivos coa consecuente inacción xudicial do suxeito. É desta maneira, por tanto, como o Tribunal configura a triangulación existente entre as tres dimensións da tutela efectiva dos dereitos fundamentais. O instrumento da garantía de inmunidade, en canto defensor e custodio da porta de acceso á tutela xudicial constituiría, segundo o Tribunal de Xustiza, a ponte necesaria para garantir que unha das manifestacións do obxectivo principal da Directiva, é dicir a defensa *procesual* do dereito á igualdade de trato, non se converta nun obxecto de represalias empresariais.

Só cando quedou asentada a relación entre tutela do dereito fundamental lesionado, dereito fundamental á tutela xudicial efectiva e protección fronte ás represalias, o Tribunal procedeu a desmontar os argumentos do Goberno Británico sobre a oportunidade de limitar a garantía de indemnidade á vixencia do contrato de contrato⁴⁰. Segundo o TXUE era imprescindible que a protección fronte ás represalias non se limitase ao que podía pasar durante a vixencia do contrato de traballo senón tamén despois, xa que o “despedimento en represalia” representaba só unha das posibles formas que podía adquirir a resposta

⁴⁰ O argumento basicamente fundamentábase na previsión contida no art. 7 da Directiva 76/207/CEE, do 9 de febreiro de 1976, na que se prevé unha tutela específica fronte ao despedimento en represalia (“calquera despedimento que constituía unha reacción do empresario a unha acción xudicial encamiñada a facer respectar o principio de igualdade de trato”), xa que non se pode deducir que a intención do lexislador consistise en limitar a protección do traballador contra as medidas de represalia decididas polo empresario unicamente ao despedimento, que, aínda que constitúe unha medida de especial gravidade, non é, con todo, a única que pode disuadir eficazmente a un traballador de facer uso do seu dereito á protección xurisdiccional. Ap. 27, STXUE do 22 de setembro de 1998, C-185/97.

empresarial e que por tanto limitar a tutela a esta dimensión debilitaba, no ordenamento interno, a consecución efectiva da igualdade de trato e por tanto do obxectivo principal da norma europea antidiscriminatoria.

No outro Asunto, a sentenza do TXUE do 20 de xuño de 2019, Asunto Hakelbracht e outros (C-404/18), o Tribunal, en cambio, trata o tema dunha traballadora que dá o seu testemuño nun expediente aberto a partir da negativa da súa empresa a contratar a unha candidata por estar embarazada e que é despedida como consecuencia da súa participación nese asunto. Esta vez o TXUE céntrase no art. 24 da Directiva 2006/54/CE do Parlamento europeo e do Consello do 5 de xullo de 2006, relativo á aplicación do principio de igualdade de oportunidades e igualdade de trato entre homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación (refundición)⁴¹. Neste caso tiñamos a unha encargada de tenda, a Sra. Vandebon, empregada por unha marca de roupa belga, WTG Retail, que o 25 de xullo de 2015, celebraba unha entrevista de traballo á Sra. Hakelbracht para a súa contratación como vendedora a partir do 1 de agosto de 2015. Nesa entrevista, a Sra. Hakelbracht indicaba que estaba embarazada de tres meses. A encargada, unha vez concluído todo o procedemento de selección, manifestaba a súa intención de contratar á Sra. Hakelbracht, pero a empresa, por correo electrónico, transmitíalle a súa negativa a contratar esa candidata xustificando a súa decisión no embarazo da Sra. Hakelbracht. Feito que, no mesmo día de recibir o correo electrónico, a Sra. Vandebon, avergonzada e indignada pola postura da empresa, transmitía á candidata, manifestando á mesma a súa desconformidade coa

⁴¹ No art. 24, como se dixo no apartado anterior, regúlase a obriga para os Estados membros de introducir nos seus ordenamentos xurídicos nacionais as medidas que resulten necesarias para protexer os traballadores, incluídos os que sexan representantes dos traballadores segundo as leis e/ou prácticas nacionais, contra o despedimento ou calquera outro trato desfavorable do empresario como reacción ante unha reclamación efectuada na empresa ou ante unha acción xudicial destinada a esixir o cumprimento do principio de igualdade de trato”.

actuación da empresa. Acto seguido, a Sra. Hakelbracht púxose en contacto con WTG Retail para abordar o tema da súa non contratación, indicándolle que pretendía presentar unha reclamación ante os organismos correspondentes se a empresa se mantiña firme na súa conduta discriminatoria. A demanda materializouse, finalmente, o 26 de setembro de 2015 ante a intención de WTG Retail de non modificar a súa postura. Poucos días despois de que á empresa se lle comunicase o comezo do procedemento, á Sra. Vandebon, nun encontro coa responsable da empresa, se lle reprochou “ser a causa da reclamación presentada pola Sra. Hakelbracht”⁴² e o 6 de abril de 2016 a empresa rescindía o seu contrato.

Neste suposto estaríamos por tanto diante de “un despedimento en represalia” –é dicir un das actos de represalias máis tradicionais– pero neste caso a persoa despedida non sería a vítima da vulneración do dereito fundamental á igualdade de trato, que ademais nunca foi parte dun contrato de traballo xustamente por ser discriminada en razón do seu embarazo, senón outra traballadora, a encargada do proceso de selección, que, ao decatarse a empresa de que revelara á candidata a intención da empresa de non contratala debido ao seu embarazo, se convertía en obxecto dun despedimento “aparentemente” motivado nunha inadecuación da traballadora ao seu posto de traballo⁴³. A Sra. Vandebon acabou por impugnar o despedimento asistida polo seu sindicato e, unha vez finalizado o procedemento relativo á Sra. Hakelbracht no que quedaba acreditada a vulneración do principio de igualdade de trato e as indemnizaba cunha cantidade equivalente a uns seis meses de salario, a impugnación fundamentábase invocando, concretamente, a protección de testemuñas contra as medidas de represalia, prevista no artigo 22.9, da “Lei de Xénero” belga (Belgisch

⁴² Ap. 14 STXUE do 20 de xuño de 2019 (Asunto C-404/18).

⁴³ O despedimento comunícase á traballadora o 6 de abril de 2016 e motívase, en particular, alegando “a execución incorrecta das tarefas confiadas, o incumprimento das consignas de seguridade, o mantemento insuficiente da tenda e a falta de orde”. Ap. 17 STXUE do 20 de xuño de 2019 (Asunto C-404/18).

Staatsblad", do 10 de maio de 2007)⁴⁴. O órgano xurisdiccional belga acababa denegando a aplicación da tutela en cuestión por cuestións esencialmente formais xa que segundo el non se cumprían os requisitos para que o testemuño da encargada sexa considerado tal a efectos da inclusión na protección da lexislación belga, "dado que a Sra. Vandenbon non podía presentar ningún *documento datado e asinado* relativo ao seu testemuño"⁴⁵. A pesar de todo, o Tribunal do Laboral de Anveres tiña a dúbida de que a restrición da protección outorgada pola Lei de Xénero exclusivamente ás "testemuñas oficiais" non puidese considerarse conforme ao dereito europeo e procedeu así a levantar unha cuestión prexudicial na que se chamou a intervir o TXUE.

O tribunal europeo, sen demasiados rodeos, chega directamente ao núcleo esencial da cuestión, é dicir á análise do ámbito subxectivo do art. 24 da Directiva 2006/54/CE do Parlamento europeo e do Consello do 5 de xullo de 2006. Nese sentido o TXUE aclara que "a categoría de traballadores que poden acollerse á protección prevista no mesmo debe entenderse en sentido amplo e inclúe a todos os traballadores que poidan ser obxecto de medidas de represalia tomadas polo empresario como reacción a unha reclamación presentada por unha discriminación baseada no sexo, sen que por outra banda se delimite tal categoría"⁴⁶. Isto é moi importante xa que o TXUE termina ampliando, sen reticencias, o ámbito subxectivo de aplicación do art. 24 da Directiva, incluíndo na protección non só as vítimas ou os seus representantes, nin ás meras

⁴⁴ O art. 22.9 establece o seguinte: "A protección mencionada no presente artigo será igualmente aplicable ás persoas que actúen en calidade de testemuñas ao poñer en coñecemento da persoa ante a que se presenta a reclamación mencionada no apartado 3, no marco da investigación da devandita reclamación, mediante un documento asinado e datado, os feitos que elas mesmas viron ou oíron e que están relacionados coa situación que constitúe o obxecto da reclamación, ou ben ao comparecer como testemuñas nun procedemento xudicial".

⁴⁵ Ap. 20 STXUE do 20 de xuño de 2019 (Asunto C-404/18).

⁴⁶ Ap. 27 STXUE do 20 de xuño de 2019 (Asunto C-404/18).

“testemuñas oficiais”, senón tamén a todos aquelas persoas que apoien, dunha maneira ou doutra, a vítima na súa reclamación. O órgano xurisdiccional da UE fundamenta o seu argumento tamén no art. 32 da Directiva 2006/54/CE do Parlamento europeo e do Consello do 5 de xullo de 2006 no que se afirma que un “empregado que defenda ou testifique a favor dunha persoa amparada por (esa) Directiva debe ter dereito a idéntica protección” que a persoa protexida, mesmo tras o cesamento da relación laboral. O que resultaría determinante, por tanto, seguindo co razoamento do TXUE, para aclarar a inclusión ou exclusión dos suxeitos en cuestión do marco de protección outorgado pola norma, non sería o cumprimento de criterios formais, senón a análise do “papel que puidesen desempeñar eses traballadores en favor da persoa protexida e que puidese conducir ao empresario en cuestión a tomar medidas desfavorables na súa contra”⁴⁷. Despois de recalcar o razoamento xurídico que conecta a tutela do dereito fundamental lesionado co dereito fundamental á tutela xudicial efectiva e, á súa vez, coa protección fronte ás represalias (lembrando o que se dixo na xa analizada STXUE Coote) e despois de desmontar o argumento da empresa en defensa do art. 22.9 da “Lei de Xénero” belga, sobre a base do feito que co mesmo se pretendería “establecer un réxime en materia de proba sinxelo e equilibrado en relación coa existencia e a data dos testemuños” e non restrinxir a tutela en materia de represalias ás testemuñas, o TXUE acaba, neste suposto tamén, declarando a incompatibilidade da normativa belga co dereito da UE.

A capacidade do TXUE de estender o ámbito de aplicación da garantía de indemnidade, unha vez máis, parece extremadamente suxestiva xa que, sen entrar a valorar o tema do dereito á tutela xudicial efectiva, recoñecido nas Constitucións nacionais, e a través da análise aplicativa da garantía de indemnidade específica regulada en aplicación da tutela antidiscriminatoria nos supostos de vulneración do dereito de igualdade de trato, chega a consolidar a protección e remarcar a súa necesidade. Isto resulta moi

⁴⁷ Ap. 29 STXUE do 20 de xuño de 2019 (Asunto C-404/18).

interesante se se relaciona coa forma, por exemplo, coa que o TC tratou o tema da protección das testemuñas destinatarias de actos de represalia empresarial. Sen querer entrar a analizar no detalle os elementos do caso, no asunto do ano 1998, STC 197/1998 do 13 de outubro, o Tribunal Constitucional non outorgaba a protección ás testemuñas en función da tradicional doutrina da garantía de indemnidade amparada no art. 24 CE, senón que o acaba facendo, non sen certas críticas, invocando o art. 20 CE (dereito de información), entendendo que a garantía de indemnidade “debe permanecer ligada en estrita técnica constitucional ao dereito que lle dá amparo e, por tanto, ante o exercicio polo *propio traballador* de accións xudiciais ou actos previos necesarios para o acceso ao proceso”⁴⁸. Desta forma a doutrina do TC en materia de garantía de indemnidade pechaba as portas de maneira categórica á posibilidade de ampliar directamente o seu ámbito subxectivo de aplicación a suxeitos cuxa participación na maioría dos casos é esencial á comprobación da vulneración do delito e que, nalgúns supostos, é obrigatoria para evitar unha declaración de complicidade do traballador co mal facer do empresario. Aínda que é certo que a cuestión se resolve polo Tribunal Constitucional a través do recurso a outro dispositivo constitucional, este tema puido traer, ou podería facelo no futuro, certos problemas ao lexislador español na configuración dunha garantía de indemnidade efectiva nos supostos de aplicación e desenvolvemento da tutela antidiscriminatoria. E estamos a pensar concretamente, por exemplo, no disposto no art. 17.1 ET ou no art. 9 LOI, cuxa interpretación non pode ir desligada do que en materia de igualdade e non discriminación se diga e lexisle a nivel supranacional polo dereito da UE e a xurisprudencia do TXUE. Sen dúbida, a vía aberta polo TXUE reforzaría a idea de que a protección fronte ás represalias ten que derivar necesariamente do dereito á tutela xudicial efectiva en relación directa coa aplicación da tutela antidiscriminatoria e podería expor certas opcións interesantes cara ao futuro.

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

3. CONCLUSIÓN E PROPOSTAS PARA UNHA CONFIGURACIÓN LEGAL DA GARANTÍA DE INDEMNIDADE

A análise da garantía de indemnidade, trazada ao longo deste estudo, leva a expor, como conclusións, unhas reflexións de carácter xeral que pretenden funcionar como ideas para o debate.

Considerada a actual dualidade de plans, xurisprudencial e normativo, na que opera o instrumento da garantía de indemnidade, así como a complexidade derivada da súa inclusión, inevitable, nun constitucionalismo multinivel no que os ordenamentos internos e supranacionais se entrecruzan, matizan e condicionan mutuamente, cabe debuxar, ao meu entender, dúas posibles perspectivas para o futuro da configuración dunha tutela efectiva dos traballadores fronte a episodios de represalias empresariais nos supostos de defensa procesual dos dereitos fundamentais.

Resulta evidente, tal e como se tentou explicar nos apartados anteriores, que a configuración no ordenamento español da garantía de indemnidade, presenta certas debilidades estruturais. Estas son unha combinación, por unha banda, da (escasa e) limitada regulación legal con, doutra banda, o (amplo e) controvertido espazo deixado á aplicación da doutrina do TC. A dimensión legal da garantía limítase a configurar supostos concretos de represalias (o definido como "despedimento en represalia") en relación con dereitos fundamentais específicos (o dereito á igualdade de trato e non discriminación), mentres que a doutrina do TC, a pesar de manexar un concepto máis sofisticado de garantía de indemnidade, acaba sendo de aplicación só a aqueles supostos que transcendan o espazo *fáctico* da empresa para trasladarse ao espazo *ficticio* do tribunal, é dicir, só a aqueles supostos que contan, de base, cunha capacidade efectiva da vítima de reclamar os seus dereitos en sede procesual. Prerrogativa, esta última, cada vez máis escasa se se pensa no panorama actual das relacións laborais da posmodernidade.

Nese sentido, cabería, por tanto, unha primeira opción que é a que pretende normativizar a garantía de indemnidade nun dispositivo legal de ampla marxe e aplicación no que se aproveite a ampla bagaxe na materia proporcionado pola doutrina do Tribunal Constitucional, o empuxe do Tribunal de Xustiza da Unión Europea nestes temas a través da súa especial perspectiva e o contido do dereito europeo no seu conxunto, tanto na súa dimensión supranacional como na súa lectura comparada. Respecto diso podería ser interesante aproveitar futuras leis de transposición do dereito da UE, como podería ser o caso específico da recentemente aprobada Directiva relativa á protección das persoas que informen sobre infraccións do Dereito da Unión en ocasión da cal se podería resolver, dende o dereito á tutela xudicial efectiva, o suposto da protección das testemuñas en procedementos de tutela de dereitos fundamentais. Esta opción, sen dúbida, tería as súas vantaxes, especialmente se se analiza dende o punto de vista da seguridade xurídica, pero non hai que esquecer o risco intrínseco que supón unha "lexislación errada ou *soft*" que determinaría non poder establecer unha definición de garantía de indemnidade suficientemente ampla e transversal. Desta forma a fragmentación da tutela, no canto de desaparecer, complicaríase.

Outra opción ten que ver con confiar, unha vez máis, na capacidade expansiva da xurisprudencia nacional na materia. Baixo a influencia da xurisprudencia supranacional podería imaxinarse o desenvolvemento dun labor fundamental do TC dirixido a incorporar á súa doutrina, de maneira cada vez máis significativa, a conexión entre o principio de igualdade de trato e non discriminación co dereito á tutela xudicial efectiva. A transversalidade deste principio, así como a súa cada vez máis ampla aplicación, poderían facilitar a ruptura dos límites estruturais da garantía de indemnidade e convertela no principal instrumento para a efectividade dos dereitos no espazo empresarial. Cabe preguntarse se deixar esta tarefa á alta corte, sen ningunha indicación lexislativa máis aló das xa configuradas no ordenamento xurídico actual, representa un compromiso demasiado arriscado, tendo en conta que o que

está en xogo é o enteiro equilibrio da tutela dos dereitos fundamentais na relación de traballo.

Iso, por tanto, é xusto o que haberá que debater, sen perder de vista que garantir un acceso efectiva á tutela xudicial no complexo e desigual espazo da empresa pasa, necesaria e indubidablemente, por configurar unha protección ampla e real fronte ás represalias empresariais xa que, de non facelo co debido coidado, o recoñecemento da cidadanía na empresa e a defensa da dignidade da persoa seguirían sendo unhas trampas formais sobre cuxo contido baleiro acabarían derrubándose, inclusive, as máis poderosas e sofisticadas arquitecturas xurídicas.

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.