

La protección “refleja” de la garantía de indemnidad.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *Se vulnera la garantía de indemnidad cuando no se renueva el contrato temporal de la persona trabajadora que reclama judicialmente su fijeza (indefinido no fijo), aunque la falta de renovación haya afectado al conjunto de personas trabajadoras temporales.*

Palabras clave: *Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Garantía de indemnidad. Contratación temporal fraudulenta. Protección de los derechos fundamentales “por asociación”. Empleo público.*

Abstract: *The guarantee of indemnity is violated when the temporary contract of a worker who has judicially demanded the fixity (indefinite non-fixed term) of her employment relationship, based on successive fraudulent temporary contracts, is not renewed, even though the lack of renewal affects all temporary workers and not only the one who filed the complaint. Retaliation by association as a violation of the guarantee of indemnity. Invalid dismissal.*

Keywords: *Fundamental right to effective judicial protection. Guarantee of indemnity. Retaliation. Fraudulent temporary labor contrac. Protection of fundamental rights “by association”. Public employment.*

I. Introducción

La garantía de indemnidad tradicionalmente se ha configurado como una vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que impide que las personas trabajadoras puedan sufrir una represalia por el hecho de interponer acciones (judiciales, pero también otras necesarias o preparatorias de éstas) para la defensa de sus derechos (sean o no fundamentales). Lo normal es que la represalia afecte exclusivamente a quien ha ejercido sus derechos frente a la empresa, pues en tal caso puede apreciarse la conexión entre la acción de reclamación y la reacción de represalia empresarial. La novedad de la sentencia que se comenta consiste en que parece extrapolar la doctrina del TJUE sobre la “discriminación por asociación”, con el objetivo de considerar que cabe apreciar también la vulneración de la garantía de indemnidad cuando la acción empresarial se proyecta sobre todo el colectivo que pudiera verse beneficiado por las reclamaciones realizadas sólo por alguno de sus miembros, descartando así la existencia de una causa válida que neutralice la vulneración aducida.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: STS (Sala 4ª) núm. 1242/2021, de 9 de diciembre de 2021

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 92/2019.

ECLI:ES:TS:2021:4703

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La trabajadora venía prestando sus servicios al Concello de Amens como profesora de lenguaje musical de la Escuela Municipal de Música mediante sucesivos contratos de duración determinada, por obra o a tiempo parcial, celebrados desde 2008 hasta el último celebrado para el periodo de 19 de septiembre de 2016 a 23 de junio de 2017. Presentó en 2015 una demanda frente al Concello reclamando la declaración de la relación laboral como personal indefinido no fijo (PINF) discontinuo que fue admitida a trámite. En mayo de 2017 interpuso otras dos demandas, una de reconocimiento de servicios prestados (antigüedad/trienios), admitida a trámite, y posteriormente otra por complementos retributivos. El 15 de septiembre de 2017, el Interventor Municipal del Concello de Ames emitió informe sobre la contratación temporal de los profesores de la Escuela Municipal de Música del curso 2017/2018, considera que no se acredita la temporalidad en la actividad prestada por los contratados temporales y que por tratarse de un servicio permanente se deberían crear las plazas mediante la oportuna modificación de la RPT, valorando los puestos de trabajo, para que en el momento que, de acuerdo con la oferta de empleo público, resultase posible se procediese a su cobertura definitiva de acuerdo con un proceso selectivo adecuado. Se declara probado que ni la actora ni ningún otro profesor de música de la Escuela Municipal de Música, fue contratado para el curso 2017-2018. El 28 de septiembre de 2017 se emitió Decreto de Alcaldía acordando la aprobación de un contrato menor para la prestación del servicio de la Escuela Municipal de Música del Concello de Ames, adjudicando la prestación del servicio a la empresa a D. Pedro Miguel con una duración máxima del contrato de 1 mes (octubre a noviembre 2017).

Rechazada la reclamación administrativa previa interpuesta por la trabajadora, la demanda, sin embargo, es estimada por el Juzgado de lo Social. Considera la sentencia que, al tratarse de una sucesión de contratos fraudulentos, la relación ha devenido indefinida desde el principio y que, por ello, la no renovación constituye en puridad un despido que califica, no obstante, de improcedente, pero no nulo como pretendía la trabajadora, al haberse extinguido todos los contratos temporales y no haberse renovado ninguno de ellos para adaptarse a la legalidad. La sentencia se confirma en suplicación donde se descarta la vulneración del artículo 55.5 ET (nulidad por vulneración de derechos fundamentales) porque la decisión empresarial de no renovar el contrato a la actora no ha ido dirigida exclusivamente a ella, sino que ha afectado a todos los trabajadores en su misma situación como consecuencia del Informe mencionado, lo que excluye el carácter discriminatorio de dicha actuación y permite validar las razones alegadas por el Concello.

La trabajadora interpone recurso de casación para la unificación de doctrina aportando una sentencia contradictoria relativa a otro trabajador de la misma escuela, que también interpuso una reclamación de fijeza (pero en abril de 2017) y otra posterior de complementos salariales, en la que la causa de que no se le volviera a

contratar al demandante residía en el mismo informe del Interventor, habiéndose extendido la no renovación a la totalidad del Profesorado de la Escuela. La sentencia de contraste argumenta que la forma de acabar con el fraude no fue adecuada ya que debió haberse procedido a un despido objetivo y declara que la no renovación está claramente vinculada con las previas reclamaciones ya que el dato de que se haya hecho lo mismo con el resto de la plantilla “en modo alguno neutraliza el indicio de represalia, pues los demás ceses también pueden ser nulos”.

IV. Posición de las partes

- *De la trabajadora demandante*

Solicita la nulidad del despido por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su proyección de garantía de indemnidad pues entiende que la no renovación se debió a la interposición de reclamaciones relativas a la naturaleza indefinida de su relación con el Consello.

2. De la parte empresarial (Corporación municipal)

Considera que la extinción es conforme a Derecho porque la renovación resultaba imposible tras el reparo legal manifestado en los Informes de la Intervención y de la Secretaría.

3. Del Ministerio Fiscal

Cuestiona la concurrencia de la contradicción porque la proximidad temporal entre las reclamaciones presentadas por las personas trabajadoras en cada caso y su cese no es la misma (la de la demandante en 2015, tres años antes de la no renovación; la de contraste el mismo año). De manera subsidiaria, informa en contra del recurso porque la actora fue contratada de nuevo tras su primera reclamación y el cese afectó a la totalidad del profesorado de la Escuela, estando basado en los Informes emitidos por el Interventor y la Secretaría del Ayuntamiento, y no en propósito discriminatorio alguno.

V. Normativa aplicable al caso

Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada

Además, son de aplicación el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el derecho al ejercicio individual de su contrato de trabajo (art. 4.2.g ET), el principio de igualdad y no discriminación (art. 17.1 ET) y la calificación del despido como nulo por vulneración de derechos fundamentales (art. 55.5 ET). Se cuestiona asimismo si ha sido correctamente valorada la prueba de indicios (arts. 96.1 y 182.1 LRJS).

VI. Doctrina básica

1. Sobre la existencia de contradicción

- La construcción teórica de la discriminación por asociación es extensible a otros derechos fundamentales, por lo que no debe descartarse la similitud de los casos cuando en uno la decisión de no renovar deriva de la directa reclamación del trabajador y en el otro es consecuencia de la reclamación de una de las personas del grupo afectado si la situación denunciada es la misma.

2. Sobre la garantía de indemnidad

- Una vez que la persona trabajadora ha ofrecido un panorama indiciario de la vulneración de la garantía de indemnidad, la empresa debe demostrar que existe una justificación del cese suficiente y ajena a toda vulneración del derecho alegado. Pero no constituye una causa válida para neutralizar la vulneración alegada, el hecho de que el cese lo hayan sufrido todas las personas trabajadoras con contratos temporales fraudulentos consecuencia de un Informe que ponía de manifiesto su irregularidad continuada por tratarse de una actividad de carácter permanente cuando resulta evidente la conexión entre la medida colectiva de cese y las previas demandas formuladas. La discriminación por solidaridad o refleja también opera en el ámbito de otros derechos fundamentales como el de la garantía de indemnidad resultando verosímil que sin las reclamaciones (propias) de los salarios y las relativas a la regularización de la relación laboral (tanto propias como ajenas), no se habrían generado los Informes y se hubiera continuado con los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos temporales.

VII. Parte dispositiva

Estima el recurso interpuesto por la trabajadora y declara la nulidad del cese condenando al Ayuntamiento a la readmisión de la trabajadora en las condiciones previas a su cese y bajo la condición de personal indefinido no fijo de naturaleza discontinua.

VIII. Pasajes decisivos

- La construcción teórica de la discriminación por solidaridad o refleja es extensible a otros derechos fundamentales por lo que la similitud de los casos no debe descartarse por el hecho de que la decisión de no renovar (que aparentemente implica una reacción adversa frente al ejercicio de acciones judiciales) “derivara de la reclamación de una de las personas (el trabajador del asunto comparado) y no de la otra (la trabajadora recurrente) cuando, además, la situación denunciada es la misma”.

- “Queda acreditado que el Ayuntamiento fue consciente del fraude en la contratación que venía cometiendo, que el mismo había sido objeto de reclamación y que la decisión de no reincorporar a la trabajadora se basaba en el deseo de poner coto a esa anomalía. Lo que sucede es que en ese momento la trabajadora ya había accedido a la condición de PINF y que, justamente, el cese comportaba, de manera objetiva y al margen la eventual intencionalidad de la empleadora, la privación de los efectos inherentes a ese reconocimiento. Es decir, al no reiniciarse la actividad en el nuevo curso, el Ayuntamiento pretende evitar los efectos que la reclamación (tiempo atrás realizada y pendiente de decisión judicial) comportaba”.

- "El fraude en la contratación se pretendió solucionar dejándolos de contratar, o más en concreto no siendo llamados al inicio del siguiente curso; momento éste en el que los trabajadores ya habían adquirido la condición de indefinidos (discontinuos) por razón de esa contratación fraudulenta. Si el Ayuntamiento quería regularizar la contratación debería haberlos llamado en octubre para suscribir el contrato que realmente les correspondía atendida la naturaleza de los servicios prestados, que era la de trabajadores indefinidos discontinuos, o en su caso, si pretendía efectuar una oferta pública o similar y suspender mientras la actividad de la Escuela debería haber comunicado a los profesores su no llamamiento por esa razón de tipo objetivo con la consiguiente indemnización por causas objetivas”.

- “Resulta evidente que no cabe neutralizar los efectos tuitivos que derivan de presentar una reclamación por parte de las personas perjudicadas mediante la técnica de reconocerla para, acto seguido, invocarla como motivo que justifica el cese. Buscado o no de propósito ese resultado, es evidente que nos encontramos ante una conducta inhábil para contrarrestar la virtualidad de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva”.

- El cese indiscriminado de toda la plantilla “no permite neutralizar el indicio, pues el derecho fundamental que está en juego no es el de igualdad y no discriminación, sino el de la garantía de indemnidad o tutela judicial efectiva”

- “La reacción adversa se produce a raíz de las diversas reclamaciones formuladas, ora por la trabajadora recurrente (hasta tres), ora por el trabajador del caso referencial (hasta dos), todas ellas pendientes de enjuiciamiento en la fecha en que se produce el cese por falta de llamamiento para desempeñar las tareas docentes del nuevo curso” por lo que resulta “clara la conexión entre la medida colectiva de cese y las previas demandas” y “el hecho de que el despido afecte a toda la plantilla, lejos de debilitar el indicio de lesión del derecho no hace más que reforzarlo. Ello es así porque la extensión de la consecuencia perjudicial al resto de compañeros de la demandante tendrá, sin duda, un efecto aún más disuasorio del ejercicio del derecho”

- La recontractación de la trabajadora tras su primera demanda no hace desaparecer el indicio de lesión del derecho fundamental a no padecer represalias como consecuencia de reclamar los propios derechos: “La propia dinámica lesiva de la garantía de indemnidad implica la posibilidad de que la represalia no se produzca inmediatamente tras el previo ejercicio del derecho, siendo compatible incluso con la suscripción de sucesivos contratos con el propósito de disimular o encubrir la conexión entre acción y reacción”.

- No han sido desvirtuados los indicios de vulneración del derecho de indemnidad porque “es verosímil que sin esas reclamaciones (propias y ajenas) y sin esos Informes (propiciados por las anteriores) la secuencia podría haber continuado. Es decir, los indicios avalan la idea de que el cese y las previas demandas de regularización poseen una conexión relevante. No solo nos referimos a la proximidad temporal de las demandas de salarios presentada por la trabajadora días antes de que finalizar su novena contratación anual, sino también a la previa (no resuelta) de que se le reconociera como PINF y a la del trabajador del caso referencial, puesto que ya dejamos constancia de que la discriminación por solidaridad o refleja también opera en el ámbito de otros derechos fundamentales. No cabe duda de que esta doctrina es también la que resulta más acertada a fin de concordar la interpretación de las normas en presencia con la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que incluye como uno de sus principales fines ‘evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada’. Las reclamaciones que hemos tomado como indicio de que la falta de llamamiento estaba provocada por ellas iban dirigidas, claro está, a denunciar y evitar esos abusos”.

IX. Comentario

La garantía de indemnidad no se encuentra regulada de modo expreso y su reconocimiento ha sido el fruto de una progresiva doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, comenzada con las SSTC 7 y 14/1993, a partir de la prohibición de represalias contenida en el art. 5.c del Convenio OIT n. 158, de 22 de junio 1982, y de pronunciamientos del Tribunal Supremo que apuntaban ya la vinculación de los despidos por quejas con la defensa del derecho a una tutela judicial efectiva. Para el TC, represaliar a un trabajador con el despido por haber intentado el ejercicio de una acción judicial representa una conducta vulneradora de la tutela judicial efectiva que debe necesariamente ser sancionada por los Tribunales con la nulidad radical (STC 7/1993) o, en otras palabras, “en el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos” (STC 14/1993). Su configuración subjetiva y objetiva se ha ido ampliando, alcanzando a quejas no sólo contenidas en una demanda judicial, sino a aquellas realizadas dentro de la empresa, siempre que sean necesarias para una posterior acción judicial, protegiendo no sólo a quien se ha quejado o reclamado, sino también a familiares, allegados e, incluso, a los

beneficiados por la queja en casos de reclamaciones colectivas (sobre esta evolución vid. Folgoso Olmo). La novedad de la sentencia objeto de comentario es que, por vez primera, la Sala parece querer ampliar la vía de la garantía de indemnidad a través de la construcción de la “protección refleja o por asociación” de los derechos fundamentales.

La mencionada construcción jurídica trae causa de pronunciamientos del TJUE en relación con la “discriminación”, como derecho fundamental directamente aplicable a las relaciones entre privados (antes de la Carta de DFUE, considerada ya por el TJUE como un principio general de la UE). Con ella inicialmente se busca “extender” la protección a familiares que sufren la discriminación por tener que encargarse de una persona incluida en uno de los colectivos vulnerables protegidos por la prohibición de discriminación. De este modo, no se realiza un acto discriminatorio directo contra la persona protegida, sino uno “indirecto” o, *rectius* (para no confundir la construcción con el concepto jurídico de discriminación indirecta) un acto discriminatorio “reflejo” contra la persona vinculada al sujeto inicialmente protegido. El caso Coleman, resuelto en Gran Sala por el TJCE (asunto C-303/06) inicia esta senda al calificar de despido discriminatorio la baja a la que se ve abocada una trabajadora a la que la empresa hace la vida imposible (encuentra menos facilidades en el seno de su empresa que sus compañeros que no tienen hijos con discapacidad, a decir de la sentencia) por los inconvenientes empresariales derivados del hecho de tener un hijo discapacitado que atender. En esta sentencia se declara que la prohibición de sufrir un trato discriminatorio por discapacidad no opera exclusivamente respecto de los directamente afectados por la causa discriminatoria, sino también cuando a quien afecta es a un familiar. El pronunciamiento se ceñía al ámbito exclusivo de la no discriminación, pero la doctrina ya en ese momento proclamó que este criterio “resultaría fácilmente extrapolable a la represalia adoptada contra un familiar o sujeto relacionado con quien ejercita su derecho fundamental” y que, en tales casos, deberían “tenerse en cuenta los vínculos reales más que el parentesco” siempre y cuando los sujetos que demanden protección “aporten indicios de dicha relación con quien alegue la existencia de la discriminación” (Sempere Navarro, 2008).

Ciertamente, aunque sin extralimitar la construcción fuera de la prohibición de discriminación, el TJUE posteriormente extendió la protección a personas sin vinculación familiar con la persona perteneciente al colectivo vulnerable cuando declaró como contraria al Derecho de la UE una normativa conforme a la cual se limita la protección frente a la discriminación de quien ha intervenido tratando de evitarla. En particular, en el caso Hakebbracht, Vandebon (C-404/18), de 20 de junio, se examina el supuesto de una trabajadora gerente de la empresa (Sra. Vandebon) que había propuesto a una mujer embarazada (Sra. Hakebbracht) para cubrir una vacante y que, ante la negativa de la empresa a contratarla, intervino en su favor, por lo que finalmente fue despedida alegando la empresa razones como el incumplimiento de las medidas de seguridad, el mantenimiento insuficiente de la tienda y la falta de orden en la misma. De modo similar al caso de la sentencia ahora examinada, en ese supuesto la empresa había despedido a la trabajadora alegando causas justificadas y también lo hizo muchos meses después de haber intercedido por la embarazada (9 meses). El TJUE recuerda que la protección del art. 24 de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, impide las represalias y considera que el art. 17.1 de la Directiva^[1] constituye una proyección del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva contra la vulneración del principio de igualdad de trato, por lo que declara que un empleado que defiende o testifique a favor de una persona amparada por la Directiva debe tener derecho a idéntica protección, ya que sólo de este modo se puede conseguir el objetivo perseguido por la Directiva (efecto útil) y evitar el posible efecto desaliento de aquellos trabajadores que, precisamente, se encuentran en la mejor posición para apoyar a la persona y conocer los casos de discriminación cometidos por el empresario.

La STS que ahora se comenta avanza un paso más allá de lo indicado en el ámbito de la UE en tanto parece extrapolar la construcción no sólo a vinculaciones ajenas a

todo parentesco (asumidas ya por el propio TJUE como se ha dicho), sino a ámbitos diversos del estricto principio de igualdad y no discriminación. Los vínculos son los de una trabajadora respecto a un colectivo laboral afectado en su totalidad y el ámbito afectado es la tutela judicial efectiva en su manifestación de garantía de indemnidad (prohibición de represalias) alejado y desconectado en el caso del principio de no discriminación. Varias cuestiones surgen de la lectura de la sentencia.

a) La primera de ellas es la relativa a la utilización de la construcción de la vulneración de un derecho por “asociación” o vulneración “refleja” de un derecho fundamental para determinar la existencia, o no, de contradicción. Salvo error u omisión, se trata de una novedad absoluta digna de reseña. La afirmación de que la construcción es extensible a “otros derechos fundamentales” permite a los abogados alegar la similitud de los casos sometidos a contradicción tanto si la persona represaliada pertenece directamente al colectivo protegido por el derecho fundamental, como si se trata de otro sujeto del grupo afectado cuando la situación denunciada sea la misma. En la sentencia comentada ese “otro” derecho fundamental es el de tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad. Pero la afirmación podría hacerse extensiva a otros derechos fundamentales, cualquiera que sea, lo que parece que relaja en cierta medida el estrecho corsé de la contradicción en tales supuestos. Aparente relajación, no obstante, que se somete a que los casos comparados reúnan suficiente homogeneidad en las demás circunstancias concurrentes como lo demuestra que la propia sentencia manifieste que en ambos casos se trataba de una demanda sobre la naturaleza del vínculo existente sin que a la fecha del juicio por despido se hubiera dictado sentencia respecto de ninguna de ellas y en ambos casos también se interpusiera una posterior demanda sobre complementos retributivos.

b) La segunda cuestión se refiere ya al fondo del asunto, en tanto suscita alguna duda la construcción acogida por la sentencia para resolver el litigio planteado. Me explico. Si se mantiene que hay una vulneración “refleja” de la garantía de indemnidad, en puridad debiera partirse de que la persona que reclama por haber sido perjudicada no ha interpuesto ninguna reclamación con carácter previo al concreto “acto de represalia” del empleador. Es decir, si no se renuevan los contratos de un colectivo sometido a contratación temporal fraudulenta porque alguien ha interpuesto reclamaciones judiciales cuestionando la temporalidad y ello ha dado lugar a un informe interno confirmando las irregularidades que provoca la no renovación de todo el colectivo afectado, la protección por “asociación” o refleja se tendría que dar sobre la persona trabajadora que, aun habiéndose visto beneficiada por el informe consecuencia de reclamaciones de sus compañeros/as, sólo recurre el acto empresarial de no renovación que es el que entiendo que constituye el “acto de reacción” impugnabile por vulneración refleja de la garantía de indemnidad. Pero si quien reclama alegando que dicha falta de renovación es consecuencia de haber interpuesto, ella misma (como aquí se alegaba) demandas concretas de fijeza y de salarios, en puridad no hace falta irse a construcciones de este tipo “reflejo” bastando acudir a la “simple” vulneración de la garantía de indemnidad.

Y, en este punto, no queda claro qué es exactamente lo que acoge el TS porque, de un lado, al examinar la contradicción considera que “la similitud de los casos no debería descartarse por el hecho de que la decisión (que aparentemente implica una reacción adversa frente al ejercicio de acciones judiciales) derivara de la reclamación de una de las personas (el trabajador del asunto comparado) y no de la otra (la trabajadora recurrente) cuando, además, la situación denunciada es la misma” y ello se afirma inmediatamente a continuación de declarar aplicable la doctrina de la discriminación por asociación. Con ello, parece que da por bueno que no son las reclamaciones judiciales de la demandante las que ocasionan el perjuicio denunciado y que la represalia es refleja y derivada, lo que resulta coherente con la doctrina de la protección “refleja” de los derechos fundamentales. Pero, de otro lado, cuando examina el fondo del asunto y la concurrencia de un panorama indiciario de vulneración de la garantía de indemnidad alegada, expone que “en el presente supuesto, la propia sentencia que enjuicia el despido y que rechaza la vulneración de

aquella garantía, confirmada por la sentencia de suplicación ahora recurrida, declara expresamente probado que la trabajadora ha sido contratada fraudulentamente de manera temporal, que su relación laboral debe subsumirse en la categoría de PINF, que poco antes de comunicarla la terminación de su último contrato aparentemente temporal presentó dos demandas de reclamación de salarios y que los tres juicios están pendientes de celebración al momento de producirse el cese”, circunstancias, todas ellas, que para la Sala “configuran un panorama que sí puede considerarse un sólido indicio de posible vulneración de la garantía de indemnidad” y que sirve para descartar el reproche alegado por el Ministerio Fiscal relativo a la lejanía temporal entre la reclamación de la trabajadora y su cese como dato de entidad suficiente como para neutralizar los indicios de discriminación. Es decir, el TS considera que, en efecto, hay indicios de que las reclamaciones *propias* de la trabajadora demandante han sido el detonante del informe interno y de la no renovación de todo el colectivo al que pertenece como consecuencia de éste. Ello es claro cuando afirma que: “es verosímil que sin esas reclamaciones (propias y ajenas) y sin esos Informes (propiciados por las anteriores) la secuencia podría haber continuado” y “los indicios avalan la idea de que el cese y las previas demandas de regularización poseen una conexión relevante. No solo nos referimos a la *proximidad temporal de las demandas de salarios presentada por la trabajadora* días antes de que finalizar su novena contratación anual, sino *también a la previa (no resuelta)* de que se le reconociera como PINF y a la del trabajador del caso referencial, puesto que ya dejamos constancia de que la discriminación por solidaridad o refleja también opera en el ámbito de otros derechos fundamentales”.

c) Pese a lo atractivo de la sentencia que insiste en que traslada esta doctrina de protección refleja, no sé si bastaba con aplicar la doctrina del despido pluricausal para considerar efectivamente vulnerada la garantía de indemnidad alegada por la trabajadora, esto es, con un acto empresarial (normalmente despido) en el que frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental, el empresario sostiene que dicha medida obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador o a otras causas permitidas por el ordenamiento que justifican la decisión extintiva. En tales casos, el Tribunal Constitucional viene declarando que una vez ofrecido el panorama indiciario, el empresario debe acreditar que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado” (STC 7/1993). Se exige al empresario, en definitiva, que la medida adoptada “tiene causas reales *absolutamente extrañas* a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios” demostrando que las causas alegadas “han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales” (SSTC 38/1981, 21/1992, 136/1996).

En el supuesto de hecho de la sentencia que ahora se examina, la secuencia sería la siguiente. Se producen reclamaciones propias de la trabajadora, unas hace años que en pura conexión temporal podrían estar desconectadas de la represalia (pues su contrato fue renovado), pero que en el caso sí pueden considerarse parte de la “causalidad adecuada”, entendida como causa idónea para provocar el informe interno, y existen, sobre todo, otras posteriores de ella misma muy cercanas en el tiempo al informe y la no renovación de los contratos. Hay panorama indiciario, con independencia del resultado de las reclamaciones, tal y como permite el TC. A partir de ahí debe verificarse la existencia de una causa empresarial justificada alejada totalmente de las reclamaciones. Y es aquí donde, a pesar de tener una causa (el informe alerta de la irregularidad cometida y señala la necesaria fijeza de los contratos) la empresa no demuestra que la alegada sea “totalmente extraña” a las reclamaciones. Más bien, todo lo contrario, las causas alegadas (informe) para justificar la no renovación se muestran “absolutamente vinculadas” con dichas reclamaciones ya que sin ellas no habría informes y sin los informes no habría extinción de toda la plantilla. Por ello, el empresario no habría acreditado que el

despido obedeció a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental, habiéndose vulnerado la garantía de indemnidad denunciada por la trabajadora que reclamó.

Y ello con independencia de que se extinguieran también el resto de los contratos. No se alegaba, como bien precisa la sentencia, el principio de igualdad, sino el de indemnidad y la reacción estaba vinculada intrínsecamente a la acción (acciones) interpuestas por la trabajadora. La sentencia aborda el tema de la vulneración “refleja” porque el motivo esencial por el que se declara el despido improcedente de la trabajadora es que no sólo no se renovó su contrato, sino que tampoco se renovó el del resto de los trabajadores temporales, entendiéndose que así quedaba rota la conexión causal entre la “acción” y la “reacción” proscrita por la garantía de indemnidad. Pero creo que también en este caso, bastaba con considerar que tal “desvinculación” no era real, tal y como explica espléndidamente la sentencia al establecer los hitos previos a la no renovación y apuntar a su concomitante y consecutiva causalidad (sin las reclamaciones no habría informe y sin el mismo no habría cese). De modo que el hecho de que se extinguieran todos los contratos lo único que pondría de manifiesto es una desproporción de la represión llevada a cabo por la empresa por su reclamación (ciertamente unida a la de otros). Pero sin desbordar la garantía simple de indemnidad, esto es, el hecho de que la reclamación interpuesta por la trabajadora se produce antes de la demanda por represalia consecuencia de las acciones de tutela llevadas a cabo.

En todo caso, el hecho de que la teoría de la protección refleja se traiga a colación porque no fueron sólo las demandas previas de la trabajadora demandante, sino su conjunción con las interpuestas por otros miembros del colectivo las que llevaron al cese de toda la plantilla con contrato temporal constituye una novedad interesante que abre enormes posibilidades a la protección de los derechos fundamentales en las relaciones laborales.

Bibliografía citada:

Sempere Navarro, A.V. “Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1 (14), 2008, pp. 11-21.

Folgoso Olmo A., *La garantía de indemnidad*, Madrid (BOE), 2021.

Referencias:

1. [^] «Los Estados miembros velarán por que, tras el posible recurso a otras autoridades competentes, incluidos, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, existan procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiera, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se haya producido la discriminación.»