



Universidad de Valladolid



icava

Ilustre Colegio de
Abogados de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

MASTER DE ABOGACIA

**CONTRATO TEMPORAL “EVENTUAL”,
FRAUDE DE LEY Y GARANTIA DE
INDEMNIDAD**

Presentado por:

Jennifer Luengo Requena

Tutelado por:

Ana Murcia Clavería

ABREVIATURAS

CE: Constitución Española de 1978.

CEM: Resolución de 11 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal.

ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

FJ: Fundamento Jurídico.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LRJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

OIT: Organización Internacional de Trabajadores.

RD: Real Decreto.

SMAC: Servicio de mediación, arbitraje y conciliación.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJS: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

TS: Tribunal Supremo.

INDICE

<u>Apartado</u>	<u>Página</u>
1) OBJETO DEL DICTAMEN JURÍDICO.....	pág.4
2) CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	pág.7
3) FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.....	Pág.7
3.1. Normativa, jurisprudencia y doctrina aplicables.....	Pág.7
3.2. Fraude en la utilización de los contratos eventuales por circunstancias de la producción en lo referente a la causa...	Pág. 18
3.3. Implicaciones jurídicas de la garantía de indemnidad del trabajador	Pág. 20
3.3.1. La dificultad probatoria de la vulneración de la garantía de indemnidad.....	Pág. 21
3.3.2. Consecuencias o efectos de la vulneración de un Derecho Fundamental en el ámbito laboral.....	Pág. 25
4) DICTAMEN JURÍDICO.....	Pág.28
5) BIBLIOGRAFÍA.....	Pág. 31
6) JURISPRUDENCIA.....	Pág.34

1. OBJETO DEL DICTAMEN JURIDICO.

El objeto del presente dictamen tiene por finalidad dar respuesta a las cuestiones que nos plantea el trabajador que acude a nuestro despacho cuyo supuesto de hecho es el siguiente.

SUPUESTO DE HECHO.

1. El trabajador firmó un contrato de carácter temporal por circunstancias de la producción, también llamado eventual, con la empresa BISCUTER S.A el día 7 de enero de 2015 por un período de 6 meses y 1 día al amparo de lo dispuesto en el art. 21 del CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE LA INDUSTRIA, LA TECNOLOGÍA Y LOS SERVICIOS DEL SECTOR DEL METAL (CEM) y del art.15.b del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en lo sucesivo ET).

Dentro de la empresa, fue destinado a la línea 4 donde desempeñó funciones de montaje de vehículos, en concreto, el modelo CHC 12. En la cláusula específica del citado contrato, se hace constar la causa que promueve el mismo:

“Atender a las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, consistentes en acumulación de tareas y pedidos en factoría de montaje de Burgos como consecuencia de la mayor demanda en los mercados Asiáticos, especialmente Corea y el ajuste organizativo que se produce en la factoría de montaje derivado de la acogida del nuevo vehículo” en caso de que se concierte por un plazo inferior a la duración máxima legal o convencionalmente establecida podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por una única vez sin que la duración total del contrato pueda exceder dicha duración básica (art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD 1/1995)”

2. A fecha 7 de julio de 2015 el trabajador recibe una copia de la comunicación que la empresa ha remitido a los Servicios Públicos de Empleo de Burgos, informándole de la prórroga del contrato inicial por un período de 5 meses y 29 días, alcanzando de este modo, 12 meses de contratación en la empresa periodo máximo que viene así estipulado en el art.21 del convenio. Comunicación en la que se expone lo siguiente:

“COMUNICAN: a los Servicios Públicos de Empleo de Burgos, que han acordado una prórroga, de 5 meses y 29 días de duración, desde 07/07/2015, hasta 06/01/2016, del contrato que con fecha 7/01/2015, y por una duración inicial de 6 meses, fue celebrado por las partes arriba mencionadas y registrado en el Servicio Público de Empleo de Burgos en fecha 18/01/2015 con el

número 311786, siendo el tiempo acumulado del contrato inicial más la prórroga de 12 meses y 0 días”.

3. Con fecha de 6 de enero de 2016 el contrato del trabajador llega a su término, con el recibo de la siguiente documentación:

“Ponemos en su conocimiento que, por haberse cumplido la Cláusula Única de la Prórroga del contrato de trabajo de duración determinada firmado por usted con fecha 6 de enero de 2015, cláusula de duración de dicho contrato, el próximo día 5 de enero de 2016 será su último día de trabajo en la Empresa.

Por ello le rogamos, que el último día de su estancia en esta factoría, nos devuelva la llave de su taquilla, que entregará a su superior o en portería.

La documentación de finiquito será remitida a fin de mes a su domicilio por correo ordinario, los conceptos abonados en el finiquito serán los días trabajados del mes, la parte proporcional de las pagas extraordinarias y las vacaciones devengadas y no disfrutadas. Queda a salvo, como única y exclusiva excepción, la regularización de las incidencias que hayan podido producirse en el último mes y que no se hayan tenido en cuenta, por la mecanización de la nómina, en el cálculo de la liquidación propiamente dicha, y que se realizarán en la nómina del mes siguiente.

Si va a solicitar el desempleo, no es necesaria documentación por parte de la empresa, ya que la información de sus cotizaciones se remite de forma digital al Servicio Público de Empleo. Para ello, le rogamos dispone de 15 días laborables a contar desde la fecha fin de su contrato más los días liquidados por vacaciones no disfrutadas. Para más información, puede dirigirse a la oficina de empleo transcurridos 3 días desde su baja.

Aprovechamos la ocasión para manifestarle nuestro agradecimiento por el buen trabajo realizado.”

4. Una vez finalizado el primer contrato, el trabajador fue contratado hasta en tres ocasiones más, utilizando la misma figura contractual, el contrato eventual por circunstancias de la producción, y siguiendo siempre el mismo esquema, es decir, un contrato por un periodo de 6 meses y 1 día con una prórroga por 5 meses y 29 días haciendo un total de 12 meses dentro de un periodo de 18 meses al amparo del art.21 del citado convenio. El trabajador fue destinado siempre a la misma línea de producción número 4, fabricando el mismo modelo de vehículo CHC 12, y agotando en cada una de las prórrogas la duración máxima legalmente establecida. De este modo, las partes suscribieron los siguientes contratos:

- Contrato eventual por circunstancias de la producción desde el 7/01/2015 hasta el 6/01/2016.
 - Contrato eventual por circunstancias de la producción desde el 25/07/2016 hasta el 21/07/2017.
 - Contrato eventual por circunstancias de la producción desde el 16/01/2018 hasta el 15/01/2019.
 - Contrato eventual por circunstancias de la producción desde el 1/09/2019 hasta el 1/03/2020.
5. Debido a esta dinámica reiterada de contratos eventuales, el trabajador tras su última incorporación a la empresa decide acudir a los representantes sindicales y plantearles la cuestión sobre la legalidad de su situación laboral. Ante tal consulta, los representantes sindicales le indican que, efectivamente, la causa de su contratación laboral no encuentra justificación en la descripción de contrato eventual por circunstancias de la producción. De modo que, con esta información y encontrándose aún el trabajador en la empresa como empleado, decide formular papeleta de conciliación ante el servicio de mediación, arbitraje y conciliación (SMAC) de Burgos, por la cual solicita que se determine la fijeza de su contrato, llevándose a cabo el acto de conciliación el día 21 de febrero de 2020 con el resultado de “sin avenencia”.
6. El día 1 de marzo de 2020 el trabajador finaliza su contrato recibiendo la misma comunicación de fin de contrato que en ocasiones anteriores. Sin embargo, en esta ocasión, su contrato no fue prorrogado como venía sucediendo. La empresa, sin embargo, continuó con la producción del mismo modelo de vehículo CHC 12 incorporando a un nuevo trabajador para desempeñar el mismo puesto de trabajo que venía realizando el anterior trabajador. Ante esta situación, el trabajador, que esperaba que se produjese la prórroga de su contrato laboral, decide asesorarse jurídicamente para conocer los derechos que le asisten y las implicaciones jurídicas que dicha actuación empresarial puede suponer.

2. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.

El trabajador plantea las siguientes cuestiones:

1. Análisis de la legalidad de la contratación laboral llevada a cabo en todos sus extremos (causa, duración y prórrogas) y sus consecuencias jurídicas.
2. ¿Se ha vulnerado el derecho a la indemnidad? ¿Qué consecuencias acarrea si se ha vulnerado el citado derecho?

3. FUNDAMENTACION JURIDICA:

3.1. Normativa, jurisprudencia y doctrina aplicables al caso concreto

La solución a este supuesto de hecho, requiere analizar la regulación jurídica de las dos cuestiones planteadas. De este modo, se procederá al examen de la regulación, la jurisprudencia y la doctrina sobre los contratos de duración determinada o temporales. En concreto, el estudio se centrará en el contrato “eventual” que es el aspecto más relevante del supuesto. Por otra parte, se hará referencia a la garantía de indemnidad del trabajador, que se encuentra íntimamente unida al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce nuestra Constitución en el art.24 de la Constitución.

La normativa aplicable al contrato “eventual” es la siguiente: en primer lugar, la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de las CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada en su cláusula 3 contiene una definición de lo que se entenderá por trabajador con contrato de duración determinada. Reza del siguiente modo: *“el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado”*.

En segundo lugar, el Art.15.b del ET y el Art.3 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del ET en materia de contratos de duración determinada. Ambas normativas indican que: *“El contrato eventual es el que se concierta para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa”*.

En tercer lugar, el III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (en adelante CEM)¹.

De acuerdo con la legislación que regula la materia, la modalidad contractual eventual por circunstancias de la producción requiere de dos requisitos. En primer lugar, la exigencia de justificación de la causa que promueve la contratación bajo el marco de “eventual” y, en segundo lugar, la limitación temporal que puede alcanzar.

i. En cuanto a la causa.

El contrato eventual se caracteriza principalmente por la temporalidad de la causa que lo origina, evitando de este modo que se lleguen a cubrir necesidades de carácter permanente en la empresa.

A través del art.15 b) ET el legislador determina cuando se podrá hacer este contrato indicando: *“Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa.”*

A estas tres circunstancias es a las que la doctrina va denominar la causa típica del contrato eventual, es decir, la eventualidad tiene que hacer referencia a una de esas tres circunstancias. Adicionalmente, el art.15 b) indica lo siguiente: *“Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa”*. En este caso el legislador faculta al convenio colectivo a limitar la contratación eventual más allá de la causa por la que se realice así, por convenio colectivo se podrá limitar el número de trabajadores que podrán contratarse por este tipo de modalidad en relación al número total de trabajadores en la empresa.

La regulación de la causa se completa con el desarrollo que hace el RD 2720/1998 de esta modalidad, indicando en su art.3.2, que: *“el contrato deberá identificar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique”*.

¹ Publicado mediante resolución de 11 de diciembre de 2019 de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 304, de 19 de diciembre de 2019, páginas 137141 a 137264 (124 págs.) Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-18227. Consultado 15/09/2020.

De lo expuesto se extrae la siguiente conclusión: los contratos eventuales deben responder siempre a una causa concreta que debe aparecer fijada en el contrato. Si faltase la especificación en el contrato de una causa válida de temporalidad o si la causa expuesta por el empresario no fuera cierta, se considerarán fraudulentos los contratos suscritos y, por lo tanto, según el art.15.3 ET y reiterándose el art.9.3 RD 2720/1998 los contratos temporales celebrados en fraude de ley se presumen indefinidos.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha ido pronunciando sobre este concepto, con la finalidad de unificar doctrina respecto a la problemática que presenta la interpretación del tema de la causa en los contratos eventuales indicando que, si la causa no es temporal, la relación se convierte en indefinida, STSS 17 de enero de 2008², 15 de enero de 2009³ y 25 de julio de 2014⁴.

Además, aclara el Supremo, que: *“la eventualidad ha de entenderse como un exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa, que no puede ser atendido con la plantilla actual y que, por su excepcionalidad, tampoco razonablemente aconseja un aumento de personal fijo”* STS de 23 de marzo de 2002⁵. Por otra parte, la STS de 15 de octubre de 2014⁶ señala que *“el contrato de eventualidad solo está justificado cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular”*.

También alguna sala de lo social como la STSJ Castilla- La Mancha de 18 de diciembre de 2002⁷ ha precisado que si la empresa, acogiendo a las reglas convencionales de ampliación del período de duración, ha empleado al trabajador durante dicho período en tareas que no revisten el carácter de eventualidad dicho contrato también será considerado como indefinido.

Igualmente, la doctrina científica al estudiar este contrato establece lo siguiente, así Mercader Uguina, indica que “recurrir al uso del contrato

² Rec.1176/2007.

³ Rec.2302/2007.

⁴ Rec.1405/2013.

⁵ Rec.1676/2001.

⁶ Rec.492/2014.

⁷ Rec.1385/2002.

eventual como forma de contratación ha de estar fundamentado en razones justificadas o acontecimientos susceptibles de subsumirse en las necesidades de producción”. Por tanto, es preciso que concurra un cierto plus o un incremento inusual de la actividad de la empresa y no es válida como causa justificativa la realización de cualquier pedido o encargo para justificar la temporalidad”⁸. Por otro lado, Cruz Villalón, señala que, “lo relevante es que no se trate de una punta de producción en la empresa de carácter cíclico, pues de lo contrario se manifestaría una necesidad permanente de empleo en la empresa e insiste en que la causa habilitante funciona como elemento que permite la legalidad del pacto”⁹. Del mismo modo, Gómez Abelleira, viene a recalcar tal y como nos indica Villalón que lo importante es que “se trate de una actividad coyuntural y transitoria, y que no sea de repetición regular o cíclica, pues entonces debería optarse por la contratación indefinida u optar por la modalidad contractual de fijo-discontinuo”. Además, este autor indica que en lugar de repararse en la imprevisibilidad de la causa debería exigirse “excepcionalidad o irregularidad tanto en el incremento del trabajo como en el surgimiento del trabajo”¹⁰.

En consecuencia, parece claro que, basándonos en la jurisprudencia, la doctrina y la regulación el contrato eventual está destinado a una finalidad concreta que es conceder al empresario un recurso para poder hacer frente a una situación inusual y/o circunstancias imprevisibles en la producción. Por ello, no se trata de una figura contractual destinada a que el empresario la utilice de manera indefinida para contratar de forma cíclica a trabajadores y eludir así las contrataciones de carácter indefinido amparándose en causas justificativas de contratación que no se ajustan a los requisitos del contrato eventual. La finalidad de la regulación es evitar que, mediante este contrato, se cubran puestos de trabajo de carácter permanente.

⁸ MERCADER UGUINA, J.R. *Lecciones del Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Pág.295.

⁹ CRUZ VILLALÓN, J. *Compendio del Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid, 2019. Pág.192.

¹⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. *Contratos Laborales y Temporalidad. Política legislativa de contratación laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Pág. 111.

ii. En cuanto a la limitación temporal.

El artículo 15.b del ET indica que se podrán celebrar contratos de duración determinada: *“Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un periodo de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el periodo máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, doce meses.*

En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.

Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa”.

Por lo tanto, el art. 15.b) del ET, establece unos límites máximos en la duración del contrato eventual indicando lo siguiente: *“...los contratos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un periodo de doce meses...”*. Sin embargo, el mismo artículo habilita la posibilidad de modificar la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se puedan realizar mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, señalando lo siguiente: *“...el periodo máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, doce meses...”*.

En el caso concreto a resolver hay que indicar que la relación laboral se encuentra regulada por un convenio colectivo de ámbito sectorial estatal que

en concreto es el CEM. Es por ello que, al existir convenio colectivo aplicable al caso concreto, procede la aplicación de éste en cuanto a la duración máxima del contrato en aplicación de la normativa previamente referida.

En consecuencia, y respecto al caso que es objeto de estudio, los periodos por los cuales es contratado el trabajador observan diligentemente lo impuesto por la normativa y el correspondiente convenio colectivo estatal que le es aplicable, ya que el art.21 del citado convenio da la posibilidad a la empresa de hacer contratos eventuales con una duración máxima de 12 meses dentro de un periodo de máximo de 18 meses indicando lo siguiente: *“Los contratos eventuales, podrán tener una duración máxima de 12 meses en un período de 18, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la establecida en este Convenio, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, sin que la duración total del contrato y su prórroga pueda exceder de dicha duración máxima establecida”*.

Por otro lado, como indicamos previamente, se procederá a analizar la garantía de indemnidad. El término indemnidad se define por la Real Academia Española de la lengua como “el estado o situación de indemne”, definiendo a su vez el adjetivo de indemne como “libre o exento de daño”¹¹. En el ámbito jurídico se ha aplicado esta noción como la exención de daño de aquel que ejerce los Derechos amparados por la Constitución¹².

En el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad tiene una aplicación específica. La garantía de indemnidad viene definida por la doctrina estableciendo el siguiente concepto así, IGARTUA MIRÓ¹³, la define como, “la prohibición de cualquier tipo de represalia empresarial contra el trabajador que traiga su causa de forma directa en el ejercicio por parte de éste de su legítimo derecho a la tutela judicial efectiva”. Otros autores como BLASCO PELLICER¹⁴ indican que, la garantía de indemnidad “implica la prohibición al empresario para que utilice sus facultades organizativas y disciplinarias con el fin de sancionar al trabajador por ejercer su derecho de acudir a la vía judicial”.

¹¹ Disponible en: <https://dle.rae.es/>. Consultado: 16/12/2020.

¹² MÓRAN ROA, S. *La protección jurídica del trabajador reclamante: la garantía de indemnidad*, 2015. Disponible en: <http://www.forelab.com/wp-content/uploads/premios/2015/>. Consultado: 16/12/2020. Pág.2.

¹³ IGARTUA MIRÓ, M.T. *La garantía de indemnidad en la Doctrina Social del Tribunal Constitucional*. Ed. CES, 2008. Madrid. Pág.71.

¹⁴ BLASCO PELLICER, A. “Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial”. *DS*. N°12, 2000. Pág.67.

ÁLVAREZ ALONSO¹⁵ señala dos características inherentes a la garantía de indemnidad:

- Universalidad: La garantía de indemnidad protege no solo frente al despido, sino también ante cualquier otra medida de reacción o respuesta empresarial al ejercicio de la acción judicial.
- Carácter pleno: Puesto que la vulneración de la garantía de indemnidad impone la reparación o rehabilitación del perjudicado en la integridad de su derecho, no siendo suficiente el establecimiento de una indemnización o la declaración de improcedencia en el caso del despido represivo.

La garantía de indemnidad se integra dentro del contenido del Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva regulado en el art.24 de la CE¹⁶.

El art.24.1 de la CE indica: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*. Este precepto otorga a cualquier ciudadano la posibilidad de reclamar ante los Tribunales de Justicia la apertura de un procedimiento judicial observando todas las garantías con el fin de obtener una resolución motivada.

“En sentido estricto, el derecho recogido en este artículo de la CE solo podría ser infringido por quienes tienen atribuida la potestad jurisdiccional, esto es, Jueces y Tribunales. Precisamente por ello, y a diferencia de la directa protección de otros derechos fundamentales, ha sido necesario que el TC elabore una doctrina específica¹⁷”. De este modo, el TC a través de diferentes pronunciamientos ha ido matizando el alcance del citado derecho indicando así, en las SSTC de 4 de octubre de 1990¹⁸ y 26 de septiembre de 1988¹⁹, entre otras, lo siguiente: *“en relación con el plural contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a saber, que este derecho no se agota con la garantía consistente en el acceso a los Tribunales de justicia, sino que también alcanza a la utilización de los recursos establecidos en la Ley, y a obtener una decisión fundada en Derecho, con independencia de que sea o no favorable a las pretensiones formuladas por la parte interesada o, dicho en otras palabras, a una prestación que corresponde desenvolver al órgano jurisdiccional, de acuerdo*

¹⁵ ÁLVAREZ ALONSO, D. *La garantía de indemnidad frente a represalias empresariales*. Ed. Bormazo, 2005. Albacete. Pág.30.

¹⁶ ÁLVAREZ ALONSO, D. *La garantía de indemnidad frente a (...)*. Op.cit. Pág.17.

¹⁷MÓRAN ROA, S. *La protección jurídica (...)*. Op.cit. Pág.3. Consultado: 16/12/2020.

¹⁸ Rec.26/88.

¹⁹ Rec.562/1987.

con la naturaleza del proceso y la ordenación legal del mismo, tendente a dictar la resolución que conforme a Derecho corresponda”.

En el ordenamiento laboral el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una manifestación en el art.4.2. g ET indicando lo siguiente: *“los trabajadores tienen derecho: Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo”*. Precepto que manifiesta el derecho que posee un trabajador de acudir a los Tribunales en demanda de la tutela de sus derechos e intereses legítimos²⁰. Sin embargo, el citado artículo, no establece ningún tipo de garantía o tipificación de las consecuencias que de su incumplimiento se deriven.

“La garantía de indemnidad no está expresamente reconocida en nuestro ordenamiento excepto en relación con la discriminación y la libertad sindical art.17 ET. Se va a entender implícita en el reconocimiento del derecho, pero su omisión genera inseguridad interpretativa, que se manifiesta en las muchas sentencias que han debido afrontar el problema desde la perspectiva de la tutela de cada Derecho Fundamental^{21”}.

La primera sentencia en la que, el TC realizó los primeros pronunciamientos acerca de la garantía de indemnidad fue la STC 7/1993, de 18 de enero. En ella por primera vez se afirma que *“represaliar a un trabajador con el despido por haber intentado el ejercicio de la acción judicial, representa una conducta vulneradora de la tutela judicial efectiva, que habrá de ser sancionada por los Tribunales con la nulidad radical de tal medida^{22”}*.

No obstante, la expresión *“garantía de indemnidad”* no se produjo hasta la STC 14/1993,²³ de 18 de enero. Sentencia ésta de gran relevancia, ya que en ella se plasman de manera concreta todas las interpretaciones que el TC ha ido formulando a lo largo de los años. Se puede decir que en esta resolución se produce una compilación de los pronunciamientos que el TC ha manifestado. Así mismo, incluye aclaraciones referidas a la garantía de indemnidad.

De este modo, como se expondrá a continuación, la STC 14/1993 establece los siguientes puntos: en primer lugar, y como novedad, el concepto de lo que entendemos hoy como garantía de indemnidad. En su FJ 2 el TC define el concepto jurídico de garantía de indemnidad en los siguientes términos: *“En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de*

²⁰ ROJAS RIVERO, G.P. *El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo*. Civitas. Madrid, 1994. Págs. 16 y ss.

²¹ GRANDE ALTABLE, L. *La garantía de indemnidad del trabajador que reclama el reconocimiento de derechos legales de conciliación*. Disponible en: https://uvadoc.uva.es/handle/10324/852/browse?type=title&sort_by=1&order=ASC&rpp=20&etal=-1&null=&starts_with=G. Consultado: 19/12/2020. Pág.36.

²² Rec. 857/89.

²³ Rec. 1315/89.

indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos”.

En segundo lugar, reitera las consecuencias derivadas de la vulneración de un derecho fundamental para el empresario. Estableciendo, a su vez, los límites de las facultades organizativas y disciplinarias otorgadas por el ET al empresario poniendo el acento en que: *“Como ha afirmado con reiteración este Tribunal (SSTC 88/1985 y 104/1987, entre otras), la celebración del contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación al trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, de suerte que, cuando se produce violación de algún derecho fundamental -como el aquí invocado de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.)- no basta la simple declaración de improcedencia, pues las consecuencias legales que de ello se derivan no amparan el derecho fundamental vulnerado, sino que para ello es preciso declarar el despido radicalmente nulo que conlleva la readmisión inmediata del trabajador con exclusión de la indemnización sustitutoria”.*

Por último, se puede contemplar en la misma sentencia cómo el TC establece una interpretación del art.24 CE referente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconociendo al mismo tiempo la inclusión de los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de la acción judicial dentro de la cobertura de la garantía de indemnidad señalando lo siguiente²⁴: *“El art. 24.1 C.E. reconoce el derecho de los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales y a obtener una decisión fundada en Derecho, esto es, a “una prestación que corresponde (proporcionar) al órgano jurisdiccional, de acuerdo con la naturaleza del proceso y la ordenación legal del mismo” (SSTC 165/1988 y 151/1990). Y añade: “dicho derecho no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad. Esto significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza.”*

Como indica TODOLÍ SIGNES²⁵ “según la STC 14/1993 las acciones del trabajador que activan la garantía de indemnidad son las siguientes: los actos preparatorios o previos que sean necesarios para el ejercicio de una acción judicial, esto es, la presentación de demandas, ante al orden social u otro orden jurisdiccional, sean estas colectivas o individuales y la

²⁴ TODOLÍ SIGNES, A. “La garantía de indemnidad ante denuncias en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social e internas en la empresa. Análisis de un quiero y (a veces) no puedo en la doctrina judicial”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (2020). CEF,449-450, pág.93.

²⁵ TODOLÍ SIGNES, A. “La garantía de indemnidad ante denuncias (...)”. *Op.cit.* pág. 97 y 98.

presentación de actos previos obligatorios como la conciliación previa y reclamación administrativas previas.

Además, el citado autor indica que la jurisprudencia emanada de diferentes resoluciones de TSJ fijan que también forman parte de las acciones que activan la garantía de indemnidad, las denuncias ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) y otros organismos administrativos.”

Ambas resoluciones han marcado un importante precedente en cuanto a futuros pronunciamientos que traten sobre la misma temática y problemática. Así lo podemos ver en sentencias más recientes dictadas por este mismo Tribunal, como la STC de 10 de septiembre de 2015²⁶.

Del mismo modo, el TS en sentencias más actuales como las SSTS de 16 de julio de 2020²⁷, 26 de octubre de 2016²⁸ y 18 de marzo de 2016²⁹ se remiten a la interpretación otorgada por el TC, pronunciándose en los mismos términos, reiterando que el derecho de la tutela judicial efectiva “[...]no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino a través de la garantía de indemnidad...”, lo que “...significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a esta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza...”, “...la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos...”.

En definitiva, de la Jurisprudencia emanada del TC y refrendada por el TS se extrae una interpretación uniforme respecto al tema a tratar, la garantía de indemnidad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el marco del derecho internacional del trabajo emanado de la Organización Internacional de los Trabajadores (OIT) encontramos el Convenio nº 158 que versa sobre la finalización de la relación laboral por iniciativa del empresario. De este modo, el art.5.c del citado convenio indica expresamente los motivos que no constituirán causa justificada para la finalización de la relación de trabajo, entre los que encontramos: “*presentar una queja o participar*

²⁶ Rec. 155/2013.

²⁷ Rec. 1921/2018.

²⁸ Rec. 2913/2014.

²⁹ Rec. 1447/2014.

en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes”.

Finalmente, en materia de derecho comparado, es destacable la doctrina norteamericana sobre los derechos del denunciante, denominada “whistleblowers” o alertadores, la cual se fundamenta en el principio de que la ciudadanía y los poderes públicos deben apoyar el valor, la ética y la integridad de los trabajadores que informen sobre irregularidades cometidas en el seno de su empresa, siempre y cuando afecten a un colectivo de trabajadores, evitando las represalias que pudieran padecer³⁰. Siguiendo estos mismos criterios, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea han llevado a cabo la Directiva 2019/1937 de 23 de octubre, relativa a la protección frente a represalias de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, conocida como Directiva *Whistleblowing*, que “establece nuevas obligaciones para las empresas de más de 50 trabajadores. La Directiva entró en vigor el día 17 de diciembre de 2019 indicando un plazo de transposición de dos años, hasta 2021. A día de hoy, España no ha publicado ninguna normativa referente a la transposición.

Los elementos esenciales que se reflejan en la Directiva para los canales de denuncia son los siguientes:

- Los canales de *whistleblowing* deben permitir la posibilidad de formular denuncias tanto por escrito como verbalmente, así como por vía telefónica u otros sistemas de mensajería de voz y, también de manera presencial si así lo solicita el denunciante.
- Los canales de denuncia deben garantizar la confidencialidad del denunciante.
- Obligación de acusar recibo de la denuncia en un plazo máximo de 7 días.
- Designación de una persona o servicio imparcial que sea competente para tramitar las denuncias, que podrá ser la misma persona o servicio que recibe las denuncias. Este instructor mantendrá la comunicación con el denunciante y, en caso necesario, se encargará de solicitarle información adicional y de darle respuesta.
- Tramitación diligente de todas las denuncias incluidas las anónimas, cuando sean aceptables por el derecho nacional.

³⁰ MÓRAN ROA, S. *La protección jurídica (...)*. Op.cit Pág.11. Consultado: 21/12/2020.

- Plazo máximo de 3 meses para dar respuesta al denunciante sobre la tramitación de la denuncia, a contar desde el acuse de recibo o, si no hubo acuse de recibo, desde el vencimiento del plazo de siete días desde la presentación de la denuncia.
- Los canales deberán ser negociados con la representación legal de los trabajadores cuando así lo establezca la normativa nacional³¹.

Por todo lo expuesto, la garantía de indemnidad ha sido fruto de una construcción jurisprudencial que se puede verificar por medio de una recopilación de sentencias a las que hemos hecho referencia en lo anteriormente expuesto. Construcción jurisprudencial que ha pretendido conceder al trabajador una protección o inmunidad frente a las represalias que pudiera tomar el empleador frente al ejercicio de los derechos que la Ley le otorga, tanto en el art.24.1 CE como en el art.4.2. g ET.

3.2. Fraude en la utilización de los contratos eventuales en lo referente a la causa.

Uno de los problemas que presenta nuestro mercado laboral es la alta tasa de temporalidad. Según la encuesta de población activa (EPA)³², la tasa de temporalidad se sitúa en el 26,1% con 4,4 millones de personas con contrato temporal.

Para evitar esta situación, la legislación laboral exige el cumplimiento de unos determinados requisitos para realizar un contrato laboral de carácter temporal, intentando eludir de esta manera que la empresa no cubra un puesto de carácter permanente con una contratación temporal. De este modo, el ordenamiento jurídico laboral impone a las empresas cumplir dos requisitos para justificar una contratación temporal:

- Por un lado, la causa justificadora del mismo.
- Por otro, la limitación temporal.

Para poder hacer uso del contrato objeto de estudio de nuestro dictamen, el contrato eventual, el art.15.b ET impone a la empresa el cumplimiento de ciertos requisitos. En concreto, el citado artículo señala, en primer lugar, que ha de existir una causa justificativa

³¹ CAMPOS, A y VIVAS, L. *Referencia para la adaptación de canales existentes y para agendar su creación cuando no existan*. 2019. Disponible en: <https://blog.cuatrecasas.com/laboral/directiva-whistleblowing-implantar-adaptar-canal-denuncias/>. Consultado 21/12/2020.

³² Disponible en: <https://www.ccoo.es/360a9c95b9dc9e645562e8fc5e667096000001.pdf>. Consultado: 19/12/2020.

real que promueva el mismo y, en segundo lugar, una limitación temporal del mismo a la que ya hemos hecho referencia previamente.

En el caso de que no exista causa justificativa suficiente o esta no sea extraordinaria e imprevisible o no se cumplan los periodos máximos establecidos en el ET o en el convenio, estaremos ante una contratación en fraude de ley, de la que se derivarán unas consecuencias tanto para el empresario como para el trabajador, en caso de que este último pusiera en conocimiento de las correspondientes autoridades el fraude de ley cometido por el empresario en su contratación.

Nuestro Código Civil regula el fraude de ley en su art. 6.4 indicando lo siguiente: *“los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él se considerarán ejecutados en fraude de ley”*. Es decir, es la utilización de la Ley para conseguir un resultado contrario al que la propia ley pretende.

Definición que, trasladada y aplicada al ámbito laboral, alude a aquel contrato que la empresa realiza como temporal, cuando en realidad el trabajador está cubriendo una necesidad de carácter permanente en la empresa y, por lo tanto, no se estarían observando los requisitos establecidos en la legislación. Si se produce esta circunstancia estamos ante un fraude de ley que conllevaría según el art.15.3 ET lo siguiente: *“Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”*. Por lo tanto, si el ET nos está indicando que se presumirá el contrato como indefinido y se produce la extinción del mismo, la calificación jurídica que procede sería la de despido improcedente con las consecuencias legalmente establecidas para tal despido que encontramos en el art.56 ET, el cual nos indica lo siguiente:

“1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

3. *En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.*

4. *Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2.*

5. *Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica a la que se refiere el apartado 2, correspondiente al tiempo que exceda de dichos noventa días hábiles.*

En los casos de despido en que, con arreglo a este apartado, sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación, serán con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios.”

De lo indicado en el art. 56 ET se extrae la siguiente conclusión: la empresa deberá optar entre la readmisión del trabajador o la extinción del contrato. Si opta por la readmisión, deberá abonar los salarios de tramitación. Por el contrario, si optase por la extinción, deberá pagar al trabajador la indemnización prevista legalmente para el despido improcedente.

Por regla general, es el empresario quien elige entre una opción u otra. Sin embargo, en el citado artículo encontramos una excepción que indicamos a continuación. Cuando el trabajador fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, será el trabajador quien escoja entre la readmisión o extinción con la percepción de la correspondiente indemnización.

3.3. Implicaciones jurídicas de la garantía de indemnidad del trabajador.

La garantía de indemnidad es un mecanismo a través del cual el trabajador dispone de una protección frente a las represalias que el empleador pueda emprender contra él si decide ejercer sus derechos laborales.

La garantía de indemnidad y el derecho a la tutela judicial efectiva presentan una vinculación indiscutible, ya que el contenido de la garantía de indemnidad establece en esencia la prohibición de sancionar o impedir el ejercicio de la tutela judicial efectiva por el trabajador. Una vez sentadas las bases anteriormente descritas, se concluye de la jurisprudencia que la

protección de la garantía de indemnidad no solo se limitará al ejercicio de las acciones judiciales, sino que se extenderá a los actos preparatorios o previos que sean necesarios para el ejercicio de una acción judicial; así lo indica STC 14/1993 entre otras.

En este epígrafe se analizarán la dificultad probatoria en los tribunales de la vulneración de la garantía de indemnidad, así como las consecuencias que se derivan de la citada vulneración por parte del empresario, si quedase acreditado ante un tribunal.

3.3.1. La dificultad probatoria de la vulneración de la garantía de indemnidad.

Según Tascón López³³, para poder aplicar la garantía de indemnidad se requiere que concurren tres componentes:

- En primer lugar, la acción ejercitada por el trabajador.
- En segundo lugar, la conducta empresarial tachada de represalia.
- En tercer lugar, el nexo causal entre la acción ejercitada y la correspondiente consecuencia (represalia).

Si concurre esa relación causa–efecto, entonces entra en juego la garantía de indemnidad.

Sin embargo, que exista esa relación causa-efecto no siempre resulta suficiente para que se considere infringida la garantía de indemnidad. De este modo, el Tribunal Constitucional en las SSTC de 24 de julio de 2000 indica lo siguiente: *“es necesario que el ejercicio de la acción por el trabajador afectado sea el detonante inmediato y directo de la actuación empresarial”*³⁴. Ha de existir una conexión íntima y estrecha entre la decisión del empresario y el ejercicio de acciones por parte del trabajador para poder hablar de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Supremo, en aplicación de la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, ha dictado recientemente la STS de 16 de julio de 2020 poniendo de manifiesto cómo ha de aplicarse en la práctica forense los criterios fijados por el Tribunal Constitucional. Así, en la citada sentencia, el TS desestima la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad, ya que considera que la conducta de la empresa no fue distinta de la previsible y habitual, debido a que el

³³ TASCÓN LÓPEZ.R.: “La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un “nuevo” contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)”, Estudios financieros. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n°251 (2004). Págs.163 y ss.

³⁴ Rec. 3893/95 y rec. 3119/96.

demandante finalizó su contrato en la fecha que inicialmente establecieron ambas partes. Por esta razón, el Tribunal establece que no hubo una vulneración de la garantía de indemnidad. Es decir, el Tribunal considera que no hay conexión entre la acción del trabajador y la finalización de su contrato.

No obstante, el mayor problema que acontece a la garantía de indemnidad no es la relación de causalidad sino la carga probatoria del vínculo entre la acción ejercitada por el trabajador y el acto empresarial. Es decir, el despido o la no prórroga de un contrato de trabajo como consecuencia de una represalia o venganza por parte del empresario motivada porque el empleado ha ejercitado sus derechos laborales, va a suponer para el trabajador una gran dificultad probatoria ante el órgano juzgador, pues el empleador en estos casos ocultará bajo otras alegaciones el verdadero motivo de la decisión empresarial. Con ello se dificulta la prueba por parte del trabajador que alega haber sido víctima de una represalia (medida punitiva).³⁵

El art.217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece los criterios generales de la carga de la prueba y las consecuencias. Sin embargo, el TC en la STC 87/2004³⁶ ha desarrollado el mecanismo de la prueba indiciaria, construcción que ha sido recogida en los arts. 96 y 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), dirigidos a regular este tipo de procedimientos que versan sobre vulneración de derechos fundamentales, trasladando así la carga de la prueba al empresario cuando el trabajador haya demostrado previamente indicios suficientes de que se ha producido una violación de un derecho fundamental. Los art.96.1 y 181.2 de la LRJS establecen lo siguiente:

- Art.96.1 que: *“En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*.
- Art. 181.2: *“En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al*

³⁵ ÁLVAREZ ALONSO, D. *La garantía de indemnidad frente (...)*. Op.cit. Pág.124 y ss.

³⁶ Rec.3534/2001.

demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Según la jurisprudencia del TC, el demandante debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Por lo tanto, el trabajador debe aportar indicios razonables de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental. Así lo expone la STC de 21 de marzo de 1986³⁷ en su FJ 2.

Por otro lado, la STC de 22 de junio 1989³⁸ en su FJ 5 indica que: *“para imponer al empresario la carga probatoria descrita en el fundamento anterior no basta afirmar la existencia de un despido discriminatorio, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte «una presunción o apariencia de discriminación”.* Igualmente, la de 6 de junio de 1995 en su FJ 4 dice que: *“...no basta que el actor la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, establecida esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de demostrar...”.* De ambos pronunciamientos se extrae la siguiente conclusión: para que recaiga sobre la parte demandada la carga probatoria, será necesario acreditar por parte del trabajador la intencionalidad del empresario de causarle un perjuicio movido por el ejercicio de sus derechos laborales. No basta con que el trabajador alegue la vulneración por parte del empresario de un derecho fundamental, sino que ha de acreditar la existencia de indicios plurales que deben permitir deducir o llevar a la convicción al juzgador de que se ha producido o se está vulnerando un derecho fundamental. Por ello, es necesario que por parte del actor se aporte una prueba verosímil que genere una razonable sospecha y revele la existencia de que se está produciendo una vulneración constitucional.

En definitiva, se trata de que el empresario acredite que tales causas explican de manera objetiva, razonable y proporcional por sí mismas su decisión, con la finalidad de eliminar toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental, STC de 23 de noviembre de 1981³⁹.

³⁷ Rec. 15/1984.

³⁸ Rec. 661/1987. y rec. 4/91.

³⁹ STC 38/1981.

Del mismo modo, el TS, tomando como referencia lo ya establecido por el TC, ha dictado recientemente la STS de 24 de junio de 2020⁴⁰, indicando que lo que se pretende es que el empresario acredite la desconexión entre el acto empresarial y el derecho que se dice vulnerado.

Particularmente interesante es la STC de 10 de septiembre de 2015⁴¹ de la que se colige que el factor temporal es un dato de especial relevancia para que exista un panorama indiciario suficiente con el fin de imponer a la empresa la carga probatoria. Así pues, el principal indicio usado para afirmar o descartar la conexión entre el perjuicio causado por la empresa al trabajador y la garantía de indemnidad ha sido el tiempo transcurrido. En dicho sentido, podemos reseñar diferentes sentencias con pronunciamientos diversos. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón⁴² considera indicio suficiente para activar la inversión de la carga de la prueba el hecho de que el despido se produzca el mismo día en que el trabajador ejercita su derecho. En la misma línea, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía señala un tiempo transcurrido de 14 días⁴³. Otros como el Tribunal Superior de Justicia de Madrid indican un periodo de 1 mes completo⁴⁴ o incluso se han admitido supuestos en los que el transcurso de tiempo ha sido de 3 meses como el Tribunal Superior de Galicia⁴⁵. Por otra parte, se ha rechazado como indicio suficiente para activar la garantía de indemnidad que el transcurso de tiempo sea de 6 meses o superior como es el caso del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.⁴⁶

Con estas diferentes resoluciones queda claro que no existe unanimidad en el criterio temporal.

Aunque el criterio temporal es el más usado por la doctrina jurisprudencial para determinar si existen indicios suficientes de represalia, también se encuentran otros factores que, junto con el temporal, permiten apreciar la vulneración o descartarla⁴⁷. De este modo, diversos pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia de

⁴⁰ Rec. 3471/2017.

⁴¹ Rec. 155/2013.

⁴² Rec. 282/2006.

⁴³ Rec. 2066/2007.

⁴⁴ Rec.1604/2005.

⁴⁵ Rec.3241/2019.

⁴⁶ Rec. 1676/2013.

⁴⁷ TODOLÍ SIGNES, A. “La garantía de indemnidad ante denuncias (...)”. Op.cit. pág. 95 y 104.

diferentes comunidades autónomas (Aragón, País Vasco o Asturias⁴⁸) consideran que hay indicios suficientes cuando el empresario con su actuación intente aleccionar a los demás trabajadores.

3.3.2. Consecuencias o efectos de la vulneración de un derecho fundamental en el ámbito laboral.

Cuando sea constatado por el órgano juzgador que un determinado acto empresarial es producto de una represalia lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, la consecuencia es clara. Así lo vemos reflejado tanto en la legislación laboral (ET y LRJS) como en la jurisprudencia que se pronuncia al respecto, que declarará la **nulidad** de la medida tomada.

El ET en sus arts. 55.4 y 55.5 lo indican expresamente disponiendo lo siguiente:

- Art.55 ET: *“4. Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio”.*
- Art. 55.5 ET que: *“Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.*

En términos similares se pronuncia el art. 108.2 LRJS, el cual hace referencia a la calificación del despido por la sentencia indicando que: *“Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.*

Adicionalmente, el art.183.1 de la LRJS dispone que: *“1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”.* No obstante, la indemnización a la que se hace referencia por daños y perjuicios en el citado artículo no es automática y así la STS de 23 de marzo del 2000⁴⁹ entre otras señala que: *“para*

⁴⁸ Rec. 1350/2004; rec.4554/2005 y rec. 9/2012.

⁴⁹ Rec.362/1999.

poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase".

Diferentes autores que han estudiado la materia, como BLASCO PELLICER o GUTIERREZ-SOLAR CALVO, aclaran que lo que parece evidente es que la indemnización, a la que se hace referencia en citado precepto, deberá abonarse cuando por alguna razón fáctica no resulte posible la plena rehabilitación del trabajador en la integridad de su derecho mediante la total reposición de la situación anterior⁵⁰.

En cuanto a las consecuencias derivadas de la vulneración de un derecho fundamental (garantía de indemnidad) en el ámbito laboral, se ha pronunciado la doctrina Constitucional al respecto, indicando que el despido derivado de la violación de la garantía de indemnidad ha de ser declarado *“radicalmente nulo, con la consecuencia de obligada readmisión y con exclusión de la posibilidad de reemplazar ésta por una indemnización sustitutoria”* (SSTC de 22 de julio de 1999⁵¹ en su FJ.7 y en el mismo sentido, la de 24 de julio de 2000 FJ.3 y la de 4 de octubre de 2001 FJ.3).

Del mismo modo, el TS se ha pronunciado recientemente tomando como referencia pronunciamientos anteriores. Así, la STS de 24 de junio de 2020 reitera que: *“...será necesariamente la nulidad (y no la improcedencia) la calificación que corresponda a un despido que vulnere la garantía de indemnidad del trabajador...”*.

Por otro lado, la STS de 16 de abril de 2012⁵² rechaza la posibilidad de que el juez de oficio varíe los efectos de la declaración de despido nulo, dando opción al trabajador para extinguir el contrato con las indemnizaciones correspondientes. Como advierte la sentencia, *“la protección del derecho fundamental cercenado no ha de conllevar siempre la*

⁵⁰ BLASCO PELLICER, A.: “Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales: el proceso de despido se aplica con las especialidades del proceso de tutela de la libertad sindical. STS 12 de junio de 2001”, *AL*, n. 42 (2001). Págs.1 y ss; GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: “Cauce procesal para la exigencia de una indemnización de daños y perjuicios derivados de un despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales (Comentario a la STS 12 de junio de 2001)”, *RL*, T.II (2001). Págs 54 y ss.

⁵¹ Rec. 2.789/95, rec. 3893/95 y rec. 2527/98.

⁵² Rec. 1467/2011.

extinción del contrato, pues dependerá de las condiciones en que se produzca la readmisión, siendo el trabajador quien debe valorarlas, sin que pueda aceptarse que el juez en el momento del fallo, varíe de oficio el efecto que la ley establece para la declaración de despido nulo”. Debe ser el trabajador, quien tras valorar los términos de la readmisión solicite, en su caso, en ejecución de sentencia la indemnización correspondiente, siguiendo lo previsto de modo expreso en el art. 286, LRJS, cuando prevé que en los casos en los que resulte imposible la readmisión del trabajador se le dé la posibilidad de optar por la extinción indemnizada, pero a su solicitud y en el trámite de ejecución de sentencia.

En definitiva y según lo expuesto, el efecto único es la NULIDAD de la medida tomada por la empresa para con el trabajador. Nulidad que implica una serie de consecuencias relevantes extraídas de la remisión a la jurisprudencia analizada y Ley laboral que se procede a analizar a continuación:

- En primer lugar, que se declare la nulidad implica que al trabajador se le tiene que rehabilitar íntegramente su derecho, es decir, los actos llevados a cabo por el empresario quedan sin efecto. Por tanto, al trabajador se le ha de reinstaurar su derecho como si nada hubiera sucedido, lo que conlleva el correspondiente abono de los salarios de tramitación.
- En segundo lugar, para proceder a reinstaurar el derecho del trabajador, la empresa deberá readmitirlo en caso de despido o reintegrarlo en su antiguo puesto de trabajo si es que fue trasladado de puesto.
- En tercer lugar, no cabrá bajo ningún concepto sustituir la restitución del derecho por una indemnización.

4. DICTAMEN JURÍDICO.

El objetivo de este apartado es dar respuesta a la consulta legal planteada por el trabajador respecto a la actuación empresarial. En primer lugar, debemos examinar si el acto llevado a cabo por el empresario, es decir, la falta de prórroga del contrato laboral, ha podido atentar contra algún derecho fundamental del trabajador. En segundo lugar, se analizará la actuación de la empresa en lo que respecta a la adecuación de la modalidad contractual utilizada para cubrir el puesto de trabajo que el trabajador ocupaba.

En respuesta a este planteamiento, debemos analizar en primer lugar si la falta de prórroga del contrato laboral ha sido consecuencia de una represalia por parte del empresario en vista de que el trabajador había reclamado la fijeza de su contrato laboral acudiendo al SMAC.

Para poder justificar la vulneración de la garantía de indemnidad, debe aportar el trabajador al órgano juzgador indicios razonablemente sólidos de que la actuación empresarial se ha realizado en respuesta a un ejercicio legítimo por parte del trabajador de sus derechos laborales. De este modo, si el trabajador acredita ante el órgano juzgador suficientes indicios de que se ha podido vulnerar un derecho un fundamental, la carga de probatoria será responsabilidad del empresario que deberá demostrar que no ha existido tal vulneración.

Un indicio claro tal y como la jurisprudencia ha venido afirmando es el factor temporal. Es decir, el lapso de tiempo transcurrido entre el ejercicio de derechos por parte del trabajador y la decisión extintiva de la empresa.

En el caso que nos ocupa, consideramos que el breve periodo de tiempo que ha transcurrido entre ambas acciones se configura como indicio suficiente para trasladar la carga probatoria al empresario. Por otro lado, debemos tener en cuenta que el trabajador había sido siempre renovado de manera habitual y que la empresa lo ha convocado en reiteradas ocasiones para trabajar, manteniendo niveles de producción similares en todas las ocasiones. Por tanto, no existe una causa productiva que justifique la no renovación del contrato laboral, lo que supone que la motivación de la empresa para no renovar al trabajador en su puesto de trabajo no vendría derivada de la falta de trabajo, sino de una represalia por su actuación.

Por todo lo aquí manifestado, consideramos que se ha vulnerado la garantía de indemnidad del trabajador y es por ello que la extinción del contrato de trabajo es nula, art.55.4 y 5 ET, puesto que ha vulnerado un derecho fundamental como es el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art.24 CE. La nulidad implica, tal como vemos reflejado en el

art.183.1 LRJS, que el trabajador puede solicitar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la actuación empresarial, así como por el daño moral que la misma le haya ocasionado. Adicionalmente, la declaración de nulidad de la actuación realizada por la empresa implica para la misma la obligación de readmitir al trabajador sin posibilidad de sustituirlo por una indemnización.

Subsidiariamente, teniendo en cuenta los requisitos que ha de cumplir un contrato para poder ser eventual, art.15.b ET, consideramos que el proceder empresarial respecto a la duración máxima en la contratación de carácter eventual es correcto, ya que se respetan los periodos de duración establecidos en el convenio colectivo aplicado en este caso concreto. De este modo, en virtud de lo dispuesto en el art.21 CEM, cada uno de los contratos, así como sus sucesivas prórrogas, se han ajustado a la duración máxima de 12 meses dentro del periodo máximo de referencia de 18 meses.

No obstante, podemos apreciar en la actuación empresarial determinados indicios de fraude en la utilización del contrato eventual para cubrir el puesto de trabajo al que hacemos referencia. Contratación en la que no se observan los requisitos que doctrinal y jurisprudencialmente se han ido construyendo con respecto a esta figura. El contrato eventual tiene una finalidad muy concreta; se trata de una herramienta que se otorga al empresario para cubrir excesos anormales e imprevisibles de la producción habitual de la empresa. Es por ello que esta figura contractual no podrá ser utilizada en caso de que la empresa no se ajuste a los parámetros establecidos.

En el caso expuesto, se observa reiteración en cuanto al proceder contractual de la empresa. El trabajador indica que de forma constante es convocado para desempeñar el mismo puesto de trabajo, en la misma línea de producción y fabricando el mismo modelo de automóvil sin que se haya producido modificación alguna en sus funciones ni en la producción. Por lo tanto, queda claro que se está produciendo un uso abusivo del contrato eventual, puesto que se está siendo utilizado de manera reiterada y cíclica para cubrir un puesto de trabajo de carácter permanente, eludiendo así la contratación de carácter indefinido y amparándose todo ello en causas justificativas que no se ajustan a lo referido anteriormente.

Como consecuencia de lo expuesto, la contratación debe entenderse como realizada en fraude de ley en virtud de lo dispuesto en el art.15.3 ET y el art.9.3 RD 2720/1998 y, por lo tanto, se presumirá el carácter indefinido de los mismos.

Derivado de este hecho y atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso, debería haberse acudido a la contratación indefinida. Por esta razón, la extinción del contrato laboral producida por la falta de prórroga del mismo no puede articularse como una finalización de contrato temporal, sino que deberá circunscribirse a lo dispuesto para la finalización de contratos de carácter indefinido. Esto supondría un despido improcedente, lo que implica que el empresario deberá optar entre o bien la readmisión del trabajador que continuará trabajando en la empresa con contratación indefinida, en el mismo puesto de trabajo y con la antigüedad contada desde la fecha del primer contrato eventual o bien el abono de la indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 24 mensualidades en virtud de lo dispuesto en el art.56 ET.

En definitiva, consideramos que se ha producido una vulneración de un derecho fundamental del trabajador, lo que implica que la extinción del contrato laboral es nula obligando a la empresa a la readmisión del trabajador y facultando al mismo para poder exigir además una indemnización por daños y perjuicios, así como por daño moral y en último término pudiendo optar por sustituir la readmisión por una indemnización extintiva. No obstante, en este caso además de estas circunstancias se ha producido fraude de ley en la contratación, ya que podemos observar la existencia de una causa justificadora de la contratación no cierta, lo cual provoca que se presuma como de carácter indefinido. Esto supondría que dicha extinción determinará la opción por parte de la empresa entre la readmisión del trabajador con las mismas condiciones y abono de los correspondientes salarios de tramitación o la indemnización de 33 días de salario por año de servicio que el ET de los trabajadores recoge para el despido improcedente.

5. BIBLIOGRAFIA.

ÁLVAREZ ALONSO, D. *La garantía de indemnidad frente a represalias empresariales*. Ed. Bormazo, 2005. Albacete. Pág.30.

BLASCO PELLICER.A. “Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial”. *DS. N°12*, 2000. Pág.67.

BLASCO PELLICER, A.: “Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales: el proceso de despido se aplica con las especialidades del proceso de tutela de la libertad sindical. STS 12 de junio de 2001”, *AL, N.º 42* (2001). Págs.1 y ss.

CRUZ VILLALÓN, J. *Compendio del Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid, 2019. Pág.192.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. *Contratos Laborales y Temporalidad. Política legislativa de contratación laboral*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Pág. 111.

GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B.: “Cauce procesal para la exigencia de una indemnización de daños y perjuicios derivados de un despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales (Comentario a la STS 12 de junio de 2001)”, *RL, T.II (2001)*. Págs. 54 y ss.

IGARTUA MIRÓ, M.T. *La garantía de indemnidad en la Doctrina Social del Tribunal Constitucional*. Ed. CES, 2008. Madrid. Pág.71.

MERCADER UGUINA, J.R. *Lecciones del Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Pág.295.

ROJAS RIVERO, G.P. *El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo*. Civitas. Madrid, 1994. Págs. 16 y ss.

TASCÓN LÓPEZ.R.: “La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales encaminadas a la defensa de sus derechos (un “nuevo” contenido del derecho a la tutela judicial efectiva imprescindible en el desenvolvimiento de las relaciones laborales)”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº251* (2004). Págs.163 y ss.

TODOLÍ SIGNES, A. “La garantía de indemnidad ante denuncias en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social e internas en la empresa. Análisis de un quiero y (a veces) no puedo en la doctrina judicial”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. 2020. CEF,449-450, pág.93.

OTROS DOCUMENTOS:

- Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal Publicado mediante resolución de 11 de diciembre de 2019 de la Dirección General de Trabajo. «BOE» núm. 304, de 19 de diciembre de 2019, páginas 137141 a 137264 (124 págs.) Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-18227. Consultado 15/09/2020.
- Definición de indemne. Disponible en: <https://dle.rae.es/> consultado: 16/12/2020.
- GRANDE ALTABLE, L. *La garantía de indemnidad del trabajador que reclama el reconocimiento de derechos legales de conciliación*. Disponible en: https://uvadoc.uva.es/handle/10324/852/browse?type=title&sort_by=1&order=ASC&rpp=20&etal=-1&null=&starts_with=G. Consultado: 19/12/2020. Pág.36.
- Notas sobre la encuesta de población activa. Disponible en: <https://www.ccoo.es/360a9c95b9dc9e645562e8fc5e667096000001.pdf>. Consultado: 19/12/2020.
- **CAMPOS, A y VIVAS, L.** *Referencia para la adaptación de canales existentes y para agendar su creación cuando no existan*. 2019. Disponible en: <https://blog.cuatrecasas.com/laboral/directiva-whistleblowing-implantar-adaptar-canal-denuncias/>. Consultado 21/12/2020.
- **MÓRAN ROA, S.** *La protección jurídica del trabajador reclamante: la garantía de indemnidad, 2015*. Disponible en: <http://www.forelab.com/wp-content/uploads/premios/2015/LA-PROTECCION-JURIDICA-DEL-TRABAJADOR-RECLAMANTE-LA-GARANTIA-DE-INDEMNIDAD-SONIA-MORAN-ROA.pdf> (forelab.com) Consultado: 16/12/2010.

6. JURISPRUDENCIA:

A. TRIBUNAL SUPREMO.

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de marzo del 2000, rec.362/1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2002, rec.1676/2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2008, rec.1176/2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2009, rec.2302/2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de abril de 2012, rec.1467/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2014, rec.492/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2014, rec.1405/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2016, rec.1447/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2016, rec.2913/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de abril de 2020, rec.3471/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Julio de 2020, rec.1921/2018.

B. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981, de 23 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1985 de 19 de Julio, Rec. 788/1984.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1986, de 21 de marzo. Rec. 15/1984.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1987, de 17 de junio, Rec.748/1986.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 165/1988, de 26 de septiembre, Rec.562/1987.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1989, de 22 de junio. Rec. 661/1987.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 151/1990, de 4 de octubre, Rec.26/88.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1993, de 18 de enero, Rec. 857/59.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1993 de 18 de enero, Rec. 1315/89.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1995, de 6 de junio. Rec. 4/91.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 140/1999, de 22 de Julio de 1999, Rec. 2.789/95
- Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2000, de 24 de Julio. Rec. 3119/96.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2000, de 24 Julio de 2000. Rec. 3893/95
- Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2001, de 4 de octubre de 2001. Rec. 2527/98.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 87/2004, de 10 de mayo. Rec.3534/2001. FJ 2 y 3.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de septiembre de 2015, Rec. 155/2013

C. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

- Sentencia de Tribunal Superior de Justicia (Castilla - La Mancha) de 18 de diciembre de 2002, rec.1385/2002.
- Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, de 14 de septiembre de 2004, rec. 1350/2004.
- Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de junio de 2005, rec.1604/2005.

- Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 15 de septiembre de 2006, rec.4554/2005.

- Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 11 de abril de 2006, rec. 282/2006.

- Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 25 de julio de 2007, rec. 2066/2007.

- Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 8 de febrero de 2012, rec. 9/2012.

- Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de octubre de 2013, rec. 1676/2013.

- Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de octubre de 2019, rec.3241/2019.