

PANEL III. REFORMAS LEGISLATIVAS Y NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN DERECHO DEL TRABAJO ¿BUENAS PRÁCTICAS JURÍDICAS?

Capítulo XIII. Los Derechos Fundamentales Inespecíficos: Líneas de Tendencia Recientes en la Doctrina del Tribunal Constitucional

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

Resumen

El análisis de los derechos fundamentales inespecíficos y, de forma más concreta, las líneas de tendencia trazadas por los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional constituye el objetivo del presente trabajo. Los temas abordados en las Sentencias dictadas (2014-2015) contraen el estudio a la libertad de expresión, en conexión al derecho de defensa, la libertad ideológica, en especial en relación a la contratación de profesores de religión católica, el principio de igualdad y no discriminación y la garantía de indemnidad. En puridad, más que grandes cambios de doctrina, cabe apreciar una cierta contención del TC en sus tradicionales tendencias expansivas y una interpretación más restrictiva de los mecanismos probatorios que, como se sabe, resultan esenciales para desvelar las lesiones empresariales ocultas bajo decisiones presuntamente legítimas.

Abstract

The analysis of the non specific fundamental rights and, more specifically, the trend lines drawn by the latest Constitutional Court pronouncements is the objective of this work. The issues covered in the judgments (2014-2015) contract the study on freedom expression in connection to the right of defense, ideological freedom, especially in relation to the recruitment of teachers in Catholic religion, the principle of equality and non-discrimination and the indemnity guarantee. Strictly speaking, rather than major changes in doctrine, it is seen some restraint of TC in it traditional expansionary trends and a more restrictive interpretation of the evidence mechanisms which, as it's known, are essential to uncover hidden business lesions under allegedly legitimate decisions.

1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS

El objetivo pretendido es trazar una “hoja de ruta” con las tendencias en la aplicación de los derechos fundamentales inespecíficos ejercidos en el ámbito laboral, en la acepción utilizada con tanta fortuna hace ya algunos años por el profesor Palomeque, generalizada y extendida hasta el punto de no exigir aclaraciones adicionales¹, derivadas de las últimas decisiones en amparo del TC emanadas en los años 2014 y 2015. En el período, la labor del Tribunal no se caracteriza por su especial “activismo” en la defensa de los derechos fundamentales, a pesar de otorgar el amparo en la mitad de las Sentencias comentadas, como veremos. Además, como es bien sabido, se han dictado Sentencias de extrema relevancia al resolver los recursos de

¹ Aunque, como se ha sostenido, la nómina de los derechos incluidos es amplia y compleja, puede verse, SANGUINETI RAYMOND, W., “Derechos fundamentales de la persona y poderes empresariales”, Relaciones Laborales nº 21/22, 2012, pp. 15 ss.

inconstitucionalidad presentados contra la reforma laboral 2012² que, aunque no ocuparán nuestra atención, destilan un planteamiento proclive a la subordinación de algunos derechos básicos al empleo y a los intereses económicos y la productividad. De sobra es conocido que todavía el reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares, en la esfera que nos ocupa, sigue produciéndose de forma indirecta o a través de la conocida “finta” jurídica de imputar la lesión no directamente a la decisión empresarial sino a la resolución administrativa y, con mayor frecuencia judicial, que no ha reparado la lesión originaria procedente del empleador.

Así acotado el estudio, brillan por su ausencia los pronunciamientos relacionados con las nuevas tecnologías, la intimidad informática o el secreto de las comunicaciones, objeto de interesantes Sentencias en el período inmediatamente anterior³, ni con el

² Nos estamos refiriendo al Auto 43/2014, de 12 de febrero, que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, y a las conocidas SSTC 119/2014, de 16 de julio (BOE 15 agosto) y 8/2015, de 22 de enero (BOE 24 febrero). Como es bien sabido, ambos recursos fueron desestimados, aunque resultan interesantes, y en muchos aspectos compartibles, los prolíficos votos particulares que las acompañan, firmados en ambos casos por Fernando Valdés Dal-Re y a los que se adhieren los magistrados Luis Ortega Álvarez y Adela Asúa Betarrita. Una valoración bastante crítica de las mismas en BAYLOS GRAU, A., “La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional español: auge y declive de la función de tutela”, *Revista de Derecho Social* n° 69, 2015, pp. 12 ss. La solución del TC, como es lógico, ha despertado un notable interés doctrinal, por todos, DE VAL TENA, A.L., “La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio, vol 17., n. 2, 2014, pp. 437 ss; DÍAZ AZNARTE, M.T., “Cuando la crisis económica se convierte en argumento jurídico. La jurisprudencia constitucional avala la reforma 2012”, *Derecho de las Relaciones Laborales* n° 2, 2015, pp. 195 ss.; MARTÍN VALVERDE, A., “La reforma del mercado laboral de 2012 se ajusta a la Constitución: análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio (BOE de 15 de agosto)”, *Actualidad Laboral* n° 12, 2014, pp. 1 ss.; MONTOYA MELGAR, A., “La reforma laboral ante el Tribunal Constitucional”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 180, 2015, pp. 15 ss.; SANGUINETI RAYMOND, W., “La controvertida constitucionalidad de la reforma laboral”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n° 4, 2015, p. 10 ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V., “Constitucionalidad de la Reforma Laboral de 2012: balance”, *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 3, 2015, pp. 11 ss.; SENRA BIEDMA, R., “El Derecho del Trabajo de la crisis y la crisis del Derecho del Trabajo. El Recurso de inconstitucionalidad del parlamento de Navarra contra varios preceptos de la Reforma Laboral de 2012. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 119/2014, de 16 de julio”, *IusLabor* 3/2014, pp. 1 ss.

³ Sobre algunas de las cuestiones que se plantean, en las que no hemos de entrar, entre otros, ABA CATORIA, A., “La efectividad de los derechos de los trabajadores y del empresario desde la implantación de las tecnologías en el ámbito laboral”, n° 18, 2014, pp. 79 ss; CARDONA RUBERT, M.B., “Intimidad del trabajador y comunicaciones electrónicas según el Tribunal Constitucional”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, *Lex Social* vol. 5, num.2/2015, pp. 33 ss; FERNÁNDEZ ALLES, J.J. y PIÑERO JIMÉNEZ, A., “Derechos fundamentales y uso extralaboral de internet en la relación de trabajo. A propósito de las SSTC 241/2012 y 170/2013”, *Relaciones Laborales* n° 12, 2014, pp. 151 ss.; LÓPEZ ANIORTE, C., “Límites constitucionales al ejercicio del poder directivo empresarial mediante el uso de las TIC y otros medios de vigilancia y seguridad privada en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Policía y Seguridad Pública*, Año 4, vol. 1, Noviembre 2013-Junio 2014, pp. 1 ss.; LOUSADA AROCHENA F., “Derecho fundamental a la protección de datos personales versus facultad empresarial de video-vigilancia (acerca de la STC 29/2013, de 11 de febrero)”; MARTÍNEZ FONS D., “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el uso y control del correo electrónico en la relación de trabajo”, ambas en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 391 ss.; RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Facultades de control empresarial y circuito cerrado de televisión. STC 29/2013, de 11 de febrero”, *Temas Laborales* n. 121/2013, pp. 189 ss; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El control empresarial de la mensajería electrónica como prueba de la transgresión de la buena fe contractual. A propósito de la STC de 7 de octubre de 2013”, *Diario La Ley* n° 8195, 2013, D-398; RODRÍGUEZ LAIN, J.L., “Reflexiones sobre los nuevos contornos del secreto de las comunicaciones (Comentario a la STC 170/2013, de 7 de octubre)”, *Diario La Ley* n° 8271, 2014, (...)

derecho a la vida e integridad física y moral o a la propia imagen y el aspecto físico del trabajador⁴. Por el contrario, hay una serie de resoluciones de especial relevancia en el terreno de los derechos de libertad de expresión e información, libertad ideológica y garantía de indemnidad. Limitado de esta forma el objeto de análisis, no nos detendremos, pese a su relevancia, en pronunciamientos que abordan en exclusiva el tema de la indemnidad retributiva⁵, que conecta de modo natural con el derecho a la libertad sindical, excluido del ámbito del estudio. Asimismo, como es lógico, no faltan pronunciamientos en relación al derecho a la igualdad y no discriminación⁶. En este último ámbito, no vamos a entrar, por lógicas razones temporales y espaciales y por su especificidad, en el análisis de aquellos pronunciamientos, bastante numerosos, procedentes de la reclamación de pensiones ocasionadas por parejas homosexuales o casadas por ritos distintos al matrimonio civil legalmente reconocido, pese a su interés; en especial, la STC 194/2014, de 1 de diciembre, que deniega el amparo y la consiguiente pensión en base a la inexistencia de *tertium comparationem*⁷.

Lógicamente, quedará también al margen el comentario de sentencias de especial trascendencia provenientes de cuestiones de inconstitucionalidad, por ejemplo, la STC (Pleno) 156/2014, de 25 de septiembre, sobre el cálculo de la base reguladora de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente de los trabajadores a tiempo parcial, en relación con la DA 7ª LGSS 94, desestimada por el Alto Tribunal. Seguramente, en relación a la discriminación por razón de sexo, un nuevo paso atrás del TC si comparado con pronunciamientos anteriores (en especial, STC 61/2013). Igual ocurre con la Sentencia (Pleno) 92/2014, de 10 de junio, procedente de una cuestión interna de

D-83; SANTIAGO REDONDO, K.M., “Intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos de carácter personal. El artículo 18 CE”, Relaciones Laborales nº 1, 2014, pp. 119 ss.

⁴ Cuestión, sin embargo, objeto de atención doctrinal, entre otros, ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Aspecto físico del trabajador y prohibición de discriminación”, Trabajo y Derecho nº 10, 2015, pp. 57 ss.

⁵ No obstante, en este período se ha publicado la STC 100/2014, 23 de junio (BOE 22 julio), que considera vulnerado el derecho fundamental a la libertad sindical y la no menos interesante STC 148/2015, de 6 de julio (BOE 14 agosto), a la que también acompaña un voto particular, que aborda la fijación de complementos para un empleado público que tiene concedido permiso para desarrollar labores sindicales que no vulnera el derecho de libertad sindical, en su vertiente de garantía de indemnidad retributiva.

⁶ Dado que no es esta la sede para abordar en general la problemática suscitada por tan importante derecho, permitimos remitir al lector a algunos trabajos recientes sobre la temática, por todos, GARCÍA-CUEVAS ROQUE, E., “La igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación”, Revista de Derecho UNED, núm. 16, 2015, pp. 239 ss. En el ámbito laboral, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, LanHarremanak 25, 2012, pp. 19 ss.

⁷ En este mismo ámbito, la STC 188/2014, de 17 de noviembre, que considera existente la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, en la denegación de la pretensión ejercitada en el litigio social que trae causa de la aplicación de un precepto legal contrario al derecho a la igualdad ante la ley al supeditar el derecho a la pensión de viudedad que en él se establece a que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes. En esta línea, también se han dictado las SSTC 92/2014, 93/2014, de 12 de junio y 98/2014, de 23 de junio, que deniegan el amparo por supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a no padecer discriminación por razón de orientación sexual, en la denegación de la pensión de viudedad al supérstite de una unión homosexual, a la que acompaña un voto particular; la serie de sentencias 115/2014, de 8 de julio, 116/2014, de 8 de julio, sobre la misma temática, también con voto particular. La STC 124/2014, de 21 de julio, acompañada de votos particulares o la STC 157/2014, de 6 de octubre. Sobre la cuestión, TRUJILLO PONS, F., “Denegación de la pensión de viudedad al supérstite de una unión homosexual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2014, 8 de julio”, Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social nº 39, 2014, www.iustel.com.

inconstitucionalidad, en relación al precepto legal que limita el reconocimiento de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente, también acompañada de un voto particular.

Partiendo de estas premisas, el número de pronunciamientos no es muy elevado, en parte debido a la mayor tendencia en la actualidad del TC a inadmitir los recursos de amparo⁸. Esta constatación suscita también una reflexión sobre la relación entre la crisis económica, la precarización de las condiciones de trabajo y la disminución de las reclamaciones relativas a los derechos fundamentales, al menos en el seno de la relación de trabajo⁹, pues seguramente este tipo de recursos se dan con mayor frecuencia en los momentos en que el trabajador tiene ya asegurados otros derechos laborales básicos.

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A SU EJERCICIO EN EL MARCO DEL DERECHO DE DEFENSA

En general, esta cuestión es vieja conocida del TC, pues ha requerido en numerosas ocasiones su atención¹⁰ partiendo siempre como premisa de la tradicional distinción entre los derechos de información y la libertad de expresión¹¹. Se afirma con reiteración que si se trata de opiniones vertidas estaremos en el ámbito de actuación de la segunda. En coherencia con la delimitación realizada, queda al margen del análisis el llamado “derecho a la libertad de expresión sindical”, derivación del derecho reconocido en el art. 28 CE, por tanto de corte plenamente laboral y sin autonomía propia¹². De forma más específica, para la STC 65/2015, de 13 de abril (sobre el derecho a la libertad de expresión y el derecho de información y el derecho al honor de los jueces y magistrados), la libertad de expresión no está exenta de límites fijados o fundamentados en la Constitución y con ellos ha de ser consecuente su ejercicio, pues si bien el ordenamiento no ha de cohibir sin razón suficiente la más amplia manifestación y

⁸ Es notorio el incremento del número de recursos inadmitidos, en especial a raíz de la reforma de los requisitos para la admisión, de modo particular la “especial trascendencia constitucional” de la demanda, que actúa como un importante filtro legal que deja amplio margen de maniobra al propio Tribunal. Los datos pueden consultarse en BAYLOS GRAU, A., “La protección de los derechos fundamentales...”, op. cit., p. 8. Según la Memoria de la actividad del TC para el año 2014 el TC admitió a trámite únicamente el 1,08 de los recursos de amparo planteados, señalando las causas de inadmisión, en especial pp. 46 ss. y 217 ss. Sobre dicha cuestión ESPINOSA DÍAZ, A., “El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma”, InDret 2/2010, pp. 1 ss.

⁹ Una constatación, a partir de los datos de la Memoria 2013, de la disminución del peso específico de los recursos planteados ante el TC en temas laborales en BAYLOS GRAU, A., “La protección de los derechos fundamentales...”, op. cit., p. 2. Tendencia que se confirma en 2014. Pueden consultarse los datos en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadísticas/Paginas/default.aspx>.

¹⁰ 32 entre el 85 y el 2011, de los cuales en 24 se otorga el amparo, según los datos de ROJAS RIVERO, G., “Libertad de expresión y de información”, en AA.VV. (BAYLOS GRAU, A. et alii, coords.), La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas, La Ley, Madrid, 2015, pp. 380 y 384. Una visión menos clásica del tema en DEL REY GUANTER S., “Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones laborales: contrato de trabajo y redes sociales”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), Controversias vivas..., op. cit., pp. 303 ss.

¹¹ Puede verse, BUADES FELIU, J., “Algunas consideraciones sobre el derecho al honor, la libertad de expresión y de información”, Diario La Ley nº 8318, 2014, LA LEY 2993/2014; en el ámbito no estrictamente laboral, en el período también se ha dictado la STC 177/2015, de 22 de julio, sobre supuesta vulneración de la libertad de expresión en relación con la quema del retrato de los reyes, acompañada de tres votos particulares discrepantes, donde el TC desestima el amparo y analiza los límites del derecho que deben ser ponderados con exquisito rigor.

¹² Ejemplo de esta doctrina se encuentra en la interesante STC 203/2015, de 5 de octubre y en la anterior 100/2014, de 23 de junio, sobre la vinculación del representante unitario y el derecho de libertad sindical, a través de la afiliación.

difusión de ideas y opiniones, su expresión conlleva siempre, como todo ejercicio de libertad civil, deberes y responsabilidad, y así lo viene recordando, justamente para este preciso ámbito el Tribunal de Estrasburgo.

El pronunciamiento más destacado viene representado por la STC 187/2015, de 21 de septiembre¹³, que resuelve el recurso de amparo en relación a la vulneración del derecho a la libertad de expresión de un funcionario público sancionado por las afirmaciones vertidas en su denuncia de acoso en el trabajo, a quien el TC otorga el amparo. Destaca la Sentencia por la concurrencia de dos importantes peculiaridades. La primera, la aproximación al derecho en conexión al derecho a la defensa, ejercido por el propio demandante de amparo en el curso de un procedimiento disciplinario (algo ya reconocido en STC 59/2014). De esta forma, viene a asimilarse este derecho, ampliando su tutela, al del abogado¹⁴, extendiendo la doctrina elaborada en relación a su actuación en el curso del proceso judicial al procedimiento disciplinario. Por otra parte, la reclamación no es ejercida por un trabajador sino por un funcionario público, por tanto, presta el TC especial atención a la relación de sujeción especial con la administración pública. Relación que, no obstante, dadas sus características, no debiera limitar el derecho de forma distinta a como puede hacerlo, en palabras del propio Tribunal, la existencia de un contrato de trabajo. Los posibles límites específicos para los funcionarios públicos vienen determinados bien por la garantía del principio de jerarquía al servicio del correcto funcionamiento del servicio o bien, en los términos de la STC 101/2003, por el grado de jerarquización o disciplina interna a que esté sometido cada tipo de funcionarios, ya lo sea en calidad de funcionarios o de ciudadanos, ya en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso. Pero también pueden derivarse límites de otros valores constitucionales como la protección de la buena fe o especial confianza que une a las partes ligadas por una relación de servicio, cuando el personal de la Administración no ejerce funciones públicas en sentido estricto (STC 241/1999). No se trata, en cualquier caso, de límites generales o comunes para la libertad de expresión de todo el personal de la Administración Pública, ni siquiera para todos los funcionarios, pues deben apreciarse en cada caso, a la vista de concretas circunstancias.

El enjuiciamiento de la vulneración denunciada, dentro del ejercicio del derecho a la defensa, permite al TC otorgarle un tratamiento diverso. La primera diferencia radica en la finalidad, que no es la informativa general o destinada a un círculo más o menos amplio de destinatarios, sino dirigida a hacer valer un derecho subjetivo del demandante cual es la defensa frente al *ius puniendi* de la administración. En otras palabras, dice el TC, el art. 20.1 a) CE abarca el juicio crítico acompañado por una inclinación o vocación restringida al terreno de lo no difundido como es propio de este derecho cuando se conecta con la efectividad de otros derechos fundamentales y, en concreto, con el derecho a la defensa del art. 24.2 CE (STC 241/1999). Ahora bien, aun partiendo como premisa de la aplicación del canon acuñado para la defensa letrada, que la hace especialmente inmune a sus restricciones para la preservación de otros derechos y bienes constitucionales, estando condicionado, claro está, a esa funcionalidad de defensa y a que no suponga un detrimento desproporcionado de los derechos de los demás partícipes en el proceso y la integridad del proceso mismo, en su esencia se lleva

¹³ BOE de 30 de octubre.

¹⁴ Entre otros, vid. MONTES RODRÍGUEZ, M.P., “La libertad de expresión del abogado. Comentario a la STEDH 4 de abril 2013 (TEDH 2013, 66). Caso Reznik. Rusia”, Rev. Boliv. de derecho n° 18, 2014, pp. 340 ss.; SÁNCHEZ STEWART, N., “La libertad de expresión del abogado”, Diario La Ley n° 8572, 2015.

a cabo un análisis que no difiere excesivamente del realizado con carácter general y lo que valora específicamente el TC son las expresiones vertidas. Es de destacar el contexto en el que se lleva a efecto el ejercicio del derecho de defensa por el demandante de amparo, que carece de la condición de letrado y cuya pericia profesional –profesor de griego– no comprende conocimiento jurídico alguno. A ello se une que sus afirmaciones, que no fueron objeto de difusión pública, no pueden considerarse gratuitas o desconectadas de su defensa, antes bien, abundan directamente en los motivos por los que solicita el archivo del expediente sancionador. Tampoco se trata de manifestaciones insultantes o descalificadoras, conceptos éstos que exigen un plus sobre lo que puede considerarse coloquial, inapropiado, inadecuado, molesto o hiriente.

El pronunciamiento supone un paso adelante, en la medida en que aporta una visión de la libertad de expresión con una conexión finalista a otro derecho de especial trascendencia constitucional, el derecho a la defensa, particularmente importante en relación al acoso que, como sabemos, también tiene un relevante anclaje constitucional en el derecho contenido en el art. 15¹⁵, que lo hace mostrarse más proclive a la tutela. De esta forma, para el TC, la respuesta dada por la Administración al Funcionario, que se defendía en un escrito, frente a comportamientos inadmisibles, supuso un sacrificio innecesario y desproporcionado de la libertad de expresión.

3. LIBERTAD IDEOLÓGICA: EL CASO PARTICULARÍSIMO DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN Y MORAL CATÓLICAS

El tema de la libertad ideológica, en general, y en la relación de trabajo en particular, reviste, como es patente, una notable complejidad, suscitando importantes divisiones en la doctrina y la jurisprudencia, marcadas de forma especial por consideraciones de tipo subjetivo. Dejando al margen otras perspectivas y perfiles, centra nuestra atención el supuesto de los profesores de religión, tema que ha merecido el conocimiento del TC en el período analizado. Hasta el momento, la solución al problema de la falta de contratación de los profesores de religión a consecuencia de la ausencia de propuesta del correspondiente obispado no goza de una respuesta unánime y presenta numerosas aristas. De ahí la especial trascendencia de la STC 140/2014, de 11 de septiembre, de sumo interés en la medida en que suscita una serie de importantes cuestiones que, sin embargo, no son en igual medida resueltas. Dadas las características del trabajo, nos limitaremos a resaltar las tres siguientes: a) la problemática de la subsistencia o no de la doctrina contenida en pronunciamientos anteriores del Alto Tribunal, tras la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo 12 de junio de 2014 (Fernández Martínez contra España)¹⁶; incógnita que, no obstante, deja inalterada, aspecto resaltado por uno de los magistrados disidentes; b) la extensión, en absoluto dudosa, de la tutela frente a los actos discriminatorios a la no renovación de contratos temporales, u otras decisiones discrecionales; no obstante, sigue siendo ignorado en ocasiones, como la presente, por la justicia ordinaria, en especial, los Tribunales Superiores de Justicia; c) sin desmerecer los puntos anteriores, el aspecto central de la sentencia no descansa en la interpretación o matización de los derechos fundamentales en liza (varios, específicos y no), sino

¹⁵ Aunque no existe una doctrina completa del TC en relación a este derecho, sí hemos asistido a algunos avances; interesante el estudio de MOLINA NAVARRETE, C., “Una gran innovación constitucional: el deber de prevenir el riesgo de acoso laboral como imperativo de integridad”, en AA.VV. (BAYLOS GRAU, A. et altri, coords.), *La jurisprudencia constitucional...*, op. cit., pp. 211 ss.

¹⁶ Comentada por REDONDO ANDRÉS, M.J., “La peculiaridad del régimen de los profesores de religión examinada por el TEDH”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* n.3, 2015, pp. 331 ss.

nuevamente en la aplicación del mecanismo de la prueba indiciaria, que recibe contestación por parte de algunos magistrados disidentes. Aspecto que por su importancia específica será objeto de un tratamiento más detallado en el epígrafe dedicado a la garantía de indemnidad.

A nuestro juicio, tras la lectura de la Sentencia, puede afirmarse que, a buen seguro, se trata de una excelente oportunidad perdida por parte del TC para aclarar su doctrina, a la luz del pronunciamiento del TEDH citado, pues se colige con facilidad la inexistencia de consenso en el seno del propio Tribunal. En brevísima síntesis, como es sabido, aun cuando la doctrina constitucional en este terreno contenida en la Sentencia 38/2007, de 15 de febrero y la serie de Sentencias 80 a 90/2007, de 19 de abril, viene confirmada por la STEDH, existe también una Sentencia con una doctrina divergente publicada en 2011 (STC 51/2011, de 14 de abril). Así, mientras la Sentencia de la mayoría alude a esta última de forma tangencial, sin reparar mientes en su posible contradicción con la doctrina europea, en los votos particulares encontramos tanto una valoración parcialmente diferente de la Sentencia TEDH como un criterio discrepante en relación a la doctrina correcta (de las dos emanadas del Alto tribunal). El primero de los votos particulares estima inadecuada la alusión a la Sentencia de 2011 por parte de la mayoría y la referencia retórica a la doctrina del TEDH y consideraría necesaria una aclaración sobre el alcance efectivo de la doctrina, pese a coincidir en la desestimación del amparo. Por su parte, los firmantes del segundo de los votos particulares, partidarios de la concesión del amparo por existir una vulneración del derecho en liza, coinciden con la tesis esbozada en la STC 51/2011.

Conviene recordar que en la STC 38/2007¹⁷ y las sucesivas, se había afirmado que, en concordancia con la labor de cada iglesia de definir el credo religioso, también las confesiones tienen la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo, teniendo cabida en la constitución que el mismo no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o las aptitudes pedagógicas del personal docente, sino que se extienda a los extremos de la propia conducta, en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Ello hace que la declaración de idoneidad resulte conforme con el derecho a la igualdad de trabajo y no discriminación, sin vulneración de las facetas individuales del derecho (art. 16.1 y 2 CE), que sólo se ven afectadas en la estricta medida necesaria para hacerlos compatibles con el derecho de las iglesias a la impartición de su doctrina en el marco del sistema de educación pública (arts. 16.1 y 16.3 CE) y con el derecho de los padres a

¹⁷ In extenso, MOTILLA, A., “Consideraciones en torno al status jurídico de los profesores de religión católica (comentario a la STC 38/2007)”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statochiese.it, enero 2008, pp. 1 ss.; CARDENAL CARRO, M y HIERRO HIERRO, J., “La evolución histórica de la regulación de los profesores de religión y moral católica como recurso para el juicio sobre la constitucionalidad de la vigente (A propósito de la STC 38/2007, de 15 de febrero)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 73, 2008, pp. 205 ss. En general sobre la libertad religiosa en el contrato de trabajo, entre otros, SALAS PORRAS, M., “Ponderación y modulación del ejercicio del derecho a la libertad religiosa en el contexto obligacional laboral: una mirada a la jurisprudencia española”, *Revista Crítica de historia de las relaciones laborales y de la política social* n° 9, 2014, pp. 43 ss. Un tratamiento más general en AGUILERA IZQUIERDO, R., “Libertad ideológica, de expresión e información en la doctrina constitucional”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* n° 108, 2014, pp. 165 ss.

la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE). Sujutando la mencionada libertad a algunos límites, en especial, “la observancia...de los derechos fundamentales y libertades públicas y del sistema de valores y principios constitucionales”. Salvando, asimismo, el lógico e indispensable posible control por parte de los órganos judiciales del Estado, que serán quienes ponderen, en su caso, los diversos derechos fundamentales en juego, a fin de garantizar, en última instancia, la motivación estrictamente religiosa de la decisión. Línea en la que también se mueve la STC 128/2007, 4 junio (avalada por el TEDH), en la que el Tribunal opta también por dar prevalencia al derecho del empleador en orden a la selección de las aptitudes del concreto trabajador que haya de prestar tan peculiar actividad. Pues bien, pese a esta aparentemente consolidada línea de tendencia, asistimos a un importante cambio de criterio en la STC 5/2011, de 14 de abril. En este caso, el pronunciamiento se muestra mucho más flexible en su interpretación y otorga el amparo al trabajador, estimando vulnerado el derecho fundamental, considerando la posición de la iglesia y la declaración de no idoneidad de la trabajadora (casada por lo civil con divorciado), como una discriminación por circunstancias personales, vulneración de la libertad ideológica y de la intimidad personal y familiar. Por tanto, ésta parecía la nueva senda iniciada por el TC, de ampliación de la tutela del derecho fundamental, que ha quedado en una nebulosa tras la Sentencia del 2014, pese a la posición clara del TEDH.

La reclamación planteada es resuelta por la STC 140/2014 sin entrar en el fondo del asunto, primero, porque se descarta la suficiencia de indicios entre las distintas circunstancias alegadas (entre ellas, participación en huelga o interposición de reclamación judicial), por su desconexión temporal y su no utilización en cursos anteriores y, después, porque se deduce en relación al matrimonio contraído con una persona previamente divorciada, que ni consta la fecha ni si el matrimonio previo del otro contrayente era o no canónico e impeditivo de un subsiguiente matrimonio religioso ni si el ordinario diocesano tuvo o no conocimiento de esa circunstancia. Por ello se estima innecesaria la ponderación entre los derechos en juego que, no obstante, de realizarse, habría que tomar en consideración la reciente STEDH de 12 de junio de 2014.

A nuestro juicio, de todo lo anterior se colige que el mayor interés deriva, como hemos apuntado, de los votos particulares. Para el primero, firmado por el magistrado Andrés Ollero Tassara, coincidente en el fallo pero discrepante en cuanto a la argumentación, el TC debería haber examinado la influencia del pronunciamiento del TEDH sobre su tradicional doctrina, en lugar de limitarse a aludirla de modo retórico, pues visto que el matrimonio con divorciado contraviene las exigencias derivadas de la doctrina católica a impartir por la docente, la presunta vulneración que justificaría el amparo queda privada de todo fundamento. Pone especial atención, asimismo, para la desestimación del amparo, en un aspecto prácticamente ignorado por la sentencia de la mayoría, esto es, el derecho de los padres a que los escolares no reciban una formación religiosa cuyo auténtico contenido se vea contradicho con el tenor de vida de quien la imparte. En cuanto al segundo de los votos particulares, partidario del otorgamiento del amparo, dado que se centra de forma específica en el mecanismo de la prueba indiciaria, será tratado con más detalle *infra*.

4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El balance de las Sentencias dictadas en el período en el ámbito estrictamente laboral, no de Seguridad Social, no es demasiado espectacular, en contraste con épocas anteriores. Comprende dos grandes bloques de materias: el primero se ocupa del tan

traído tema de la discriminación en razón de la maternidad, que aún sigue presentando matices provistos de cierta indefinición, pero que en este caso no plantea especiales problemas¹⁸, otorgándose el amparo y, el segundo, bastante más novedoso, la discriminación por razón de edad en caso de despido colectivo.

En relación con el primero de los puntos señalados, es precisa la cita de la STC 31/2014, de 24 de febrero, en relación con la vulneración del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo en relación con el despido¹⁹. Sentencia que no destaca por su pronunciamiento en relación al fondo del asunto sino por ocuparse de forma específica de la prueba indiciaria, como veremos que acontece también en relación a otros derechos fundamentales. Aspecto que se abordará con mayor profundidad en otro lugar del trabajo. De forma siquiera sucinta, conviene también traer a colación la STC 66/2014, de 5 de mayo. Pronunciamiento que, dicho sea de paso, ni plantea especiales problemas interpretativos ni divisiones en el seno del Tribunal, en tanto se limita a aplicar, con buena lógica, su doctrina sobre el principio de no discriminación a un particular supuesto en que la trabajadora reclama el percibo de los derechos económicos y administrativos desde la fecha en la que tomaron posesión los compañeros de promoción de la demandante de amparo, pospuesta en su caso en razón al embarazo. Reiterando los aspectos esenciales de su doctrina, destaca de forma especial que la vulneración del art. 14 CE se habrá producido cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en estos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

En el segundo de los bloques enunciados, destaca el caso enjuiciado por el TC de supuesta vulneración del derecho a la igualdad en relación a la utilización del criterio de la edad superior a cincuenta y cinco años como factor determinante para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo, acordado con los representantes de los trabajadores, resuelto por la STC 66/2015, de 13 de abril. Tras el repaso de la doctrina sobre el derecho a la igualdad, se recuerda que el principio de no discriminación, en esencia, no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, imponiendo la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad. Nos recuerda que la edad es un criterio de diferenciación excepcional, que se halla expresamente incluida entre las condiciones o circunstancias constitucionalmente prohibidas y que las soluciones alcanzadas por el TC han sido diversas en función a la heterogeneidad de los supuestos planteados. En breve síntesis, la edad solamente puede fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplen rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad, y para ello se analizan las circunstancias concretas del caso. Son dos

¹⁸ Puede verse un adecuado repaso a esta doctrina en BALLESTER PASTOR, M.A., “Construcción y tambaleo del principio antidiscriminatorio por razón de sexo en el Tribunal Constitucional: del período 1999-2010 a la actualidad”, en AA.VV. (BAYLOS GRAU, A. et altri, coords.), *La jurisprudencia constitucional...*, op. cit., pp. 141 ss.; FERNÁNDEZ PRIETO M., “La tutela del embarazo en la jurisprudencia constitucional y de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Social* n° 69, 2015, pp. 209 ss.

¹⁹ In extenso, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Discriminación por razón de sexo y despido de trabajadora embarazada (las ponencias constitucionales de la magistrada María Emilia Casas Baamonde en la materia)”, en AA.VV. (BAYLOS GRAU, A. et altri, coords.), *La jurisprudencia constitucional...*, op. cit., pp. 167 ss.

las razones alegadas por la empresa para justificar el criterio referente a la edad en los despidos colectivos. De una parte, que la permanencia de los trabajadores más próximos a la edad de jubilación era más gravosa, pues habrían de cesar antes en su actividad laboral, lo que determinaría la necesidad de nuevas contrataciones con la consiguiente inversión en formación y aprendizaje; de otra, la entidad argumentó que esta medida era la que menos perjuicio podría ocasionar a los propios trabajadores, pues los que respondieran a aquel criterio se hallarían en una situación más próxima a la jubilación y tal circunstancia determinaría que la empresa suscribiera el convenio especial correspondiente con la Seguridad Social en los casos en que fuera preceptivo legalmente. En cuanto a la primera, el TC considera que carece de envergadura para justificar la diferencia de trato por razón de la edad. Por el contrario, estima que el segundo de los argumentos esgrimidos por la empresa sí puede convertirse en un factor objetivo y no arbitrario de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, siempre que se cumplan determinadas exigencias, en particular, medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados. En el caso enjuiciado se había suscrito el preceptivo convenio especial con la Seguridad Social. Asimismo, la empresa estableció determinadas mejoras voluntarias de la prestación de desempleo para los trabajadores de mayor edad, que incrementaban su duración cuando mayor fuera la edad del trabajador. Complemento que pretendía evitar que los trabajadores afectados sufrieran un perjuicio desproporcionado respecto de su situación en activo. Esta contrastada existencia de medidas efectivas llamadas a minimizar el perjuicio ocasionado al trabajador próximo a la edad de jubilación lleva al TC a considerar proporcionado el criterio de la edad y a desestimar la vulneración.

Con mirada crítica, cabe señalar que el pronunciamiento se aleja de los típicos términos de interpretación impuestos por los derechos fundamentales, a pesar de girar sobre el criterio de la proporcionalidad, puesto que la valoración aparece centrada de forma casi exclusiva en la elección del colectivo para el que, a juicio del TC, la decisión resulta en términos generales, menos gravosa. Aspecto que, a nuestro parecer, exigiría mayores matizaciones. Es más, aunque el propio Tribunal considera que la protección social para este colectivo es mayor, ello es debido, como expresamente ha resaltado recientemente la SAN 100/2015, de 5 de junio (cláusula telefónica), a que "...el legislador comprende que en un contexto económico recesivo, donde el desempleo se ha convertido en el primer problema nacional, son un colectivo especialmente vulnerable, puesto que la pérdida de su empleo comportará su inclusión en el grupo de parados de larga duración, que no encontrará probablemente otro empleo". Aspecto, seguramente, minusvalorado por el TC que solamente contempla el menor perjuicio económico a corto plazo para estos trabajadores sin valorar la situación de desventaja relativa en la que ya se hallan situados. Quizás las mejoras estimadas por el pronunciamiento no son suficientes para compensar el perjuicio sufrido y, como bien recuerdan los recurrentes, los trabajadores de mayor edad no debieran ser los "paganos de la crisis".

5. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD

5.1. La estabilidad de la construcción doctrinal sobre la garantía de indemnidad

La construcción sobre la garantía de indemnidad, de factura claramente jurisprudencial, presenta unos contornos bien delimitados desde hace ya algún tiempo, modelados y perfilados en los sucesivos pronunciamientos, ahora cada vez más

esporádicos, del Alto Tribunal²⁰. La doctrina se ha configurado sobre tres elementos: el ejercicio previo de acciones por parte del trabajador, la actuación empresarial y la conexión causal entre ambas. Aspectos abordados por el TC, que ha ido extendiendo tanto la acción del trabajador, incluyendo actos previos necesarios para el proceso e, incluso, extrajudiciales encaminados a evitarlo (STC 55/2004, de 19 de abril) y, aunque no tan prístinamente, las denuncias administrativas (SSTC 198/2001, 4 de octubre y 144/2005, 6 de junio). Operando también una ampliación en relación con los titulares admitiendo demandas de conflicto colectivo (STC 16/2006, de 19 de enero, 44/2006, de 13 de febrero y 65/2006, de 27 de febrero en el conocido supuesto de los veterinarios de la Xunta de Galicia). Por su parte, ha incluido en la doctrina toda posible represalia empresarial y, al menos tangencialmente, de un tercero (98-112/2010, 16 de noviembre, Sentencias con notables peculiaridades por la imposibilidad de readmisión y acompañadas de tres votos particulares), al margen de su carácter intencionado o no, comprendiendo cualquier acto que perjudique al trabajador. Por último, el núcleo de atención ha pasado a ser la conexión causal entre ambas actuaciones, de forma que, en esencia, debe quedar demostrado que en modo alguno el ejercicio del derecho fundamental ha condicionado la decisión empresarial.

Pues bien, sintetizada así la garantía, encontramos la trascendental STC 183/2015, de 10 de septiembre, cuyo interés reside básicamente en tres aspectos. El primero, aun cuando no del todo desconocido, es el no tratarse de un supuesto de despido disciplinario, típico exponente del mecanismo utilizado para la represalia empresarial, sino de una extinción de tipo económico, que permite al TC realizar una serie de consideraciones sobre la extensión a este tipo extintivo de las ya conocidas reglas de la prueba indiciaria. En segundo lugar, la denegación del amparo, en contraste con la sostenida tendencia expansiva, mantenida al menos hasta 2012, con cierto riesgo de desbordamiento²¹, donde el amparo era mayoritariamente otorgado, siendo casi anecdótica la respuesta negativa del Tribunal. Y en tercer lugar, por venir acompañado de un voto particular, firmado por el magistrado Valdés Dal-Re y al que se adhieren tres magistrados más, muestra de las propias discrepancias internas en el seno del TC. En conjunto, podría decirse que el pronunciamiento que ahora nos ocupa es una clara muestra del camino iniciado por el TC ya con otras sentencias anteriores hacia una contención en la interpretación de los derechos fundamentales, que da como resultado mayores exigencias y una restricción de la tutela. Seguramente presenciamos un giro en la trayectoria de garantía de los derechos fundamentales que deparará consecuencias que es pronto para valorar definitivamente. En puridad, como hemos de ver, el TC no asume cambio alguno en su doctrina, pero las patentes diferencias proceden de la forma de aplicar el mecanismo de la prueba indiciaria que le llevan a ser más exigente y, por ende, a un tratamiento menos favorable para el trabajador demandante.

²⁰ Para los aspectos generales de la construcción nos permitimos una remisión a IGARTUA MIRÓ, M.T., *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*, CES, Madrid, 2008. Asimismo, ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Bomarzo, Albacete, 2005; MELLA MÉNDEZ, L., “Garantía de indemnidad: Sentencias clave en la progresiva configuración autónoma de la misma (1999-2010)”, en AA.VV. (BAYLOS GRAU, A. et altri, coords.), *La jurisprudencia constitucional...*, op. cit., pp. 843 ss.

²¹ No obstante, algunos autores valoran muy positivamente la clara tendencia del TC en la defensa de los derechos fundamentales y consideran que el desbordamiento no es tal, sino la mayoría de edad y autonomía para proteger el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores, MELLA MÉNDEZ, L., “Garantía de indemnidad...”, op. cit., p. 872.

En breve síntesis, como antecedentes más destacados, la trabajadora prestaba servicios para una empresa (Aspacecire) que le comunica la decisión de reducir su jornada (de 7 a 2 horas diarias) con la consiguiente reducción salarial. Presentada demanda contra la modificación sustancial, se alcanza un acuerdo en conciliación previa, dejando sin efecto la reducción de jornada. Transcurridos únicamente ocho días desde el mencionado acuerdo (el 29 de noviembre de 2011) la empresa notifica a la trabajadora la extinción del contrato, al amparo de la letra c) del art. 52 ET, por motivos económicos, en aras de garantizar la sostenibilidad de la empresa y su viabilidad de futuro. En cuanto al recorrido judicial, mientras el juzgado de lo social estima la nulidad del despido, el TSJ lo considera procedente, afirmando que la empresa ha acreditado que la extinción contractual responde a razones reales debidamente acreditadas, lo que descartaría la existencia de toda presunta intención de represalia por parte del empleador.

La argumentación contenida en la Sentencia se inicia repasando la elaborada y consolidada doctrina constitucional sobre la garantía de indemnidad en el marco de las relaciones laborales que, en extrema síntesis, afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse vulnerado también cuando su ejercicio o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para una acción judicial produzca como consecuencia una represalia empresarial o, en todo caso, un efecto negativo en su posición y patrimonio de derechos²².

5.2. La técnica de la prueba indiciaria: divergencias en su aplicación

El TC desde las primeras Sentencias en este ámbito, de las que ya han transcurrido más de veinte años, entendió que la clave de bóveda de la garantía, una vez sentada la construcción teórica, era su resolución en base a las reglas de la prueba indiciaria, en la medida en que las dificultades para el trabajador de demostrar el ánimo de perjudicar, progresivamente ampliado a las lesiones objetivas contrarias a la garantía de indemnidad, se consideraban prácticamente insalvables. También ahora elemento crucial es este mecanismo articulado, como ha señalado reiteradamente el Tribunal (por todas STC 104/2014, 23 de junio), sobre un doble plano. El primero consiste en el deber de aportación de un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona el derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto lo que se denuncia y que, como es obvio, corresponde al trabajador denunciante. Indicio, que, como es sabido, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, ni tampoco en la invocación retórica del factor protegido, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido.

Al tratarse de una extinción por circunstancias objetivas, estima el TC conveniente aclarar su doctrina en relación con la prueba a aportar por el empresario, concretando cuatro aspectos: 1) no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de

²² IGARTUA MIRÓ, M.T., “Una nueva vuelta de tuerca en la doctrina sobre la garantía de indemnidad: de la represalia prohibida al perjuicio irrogado”, Relaciones Laborales nº 6, 2012, pp. 13 ss.

facultades legales o convencionales; 2) no es suficiente tampoco una genérica explicación de la empresa, que debe acreditar *ad casum* que su acto aparece desconectado del derecho fundamental alegado; 3) lo verdaderamente relevante es que el demandado lleve a la convicción del juzgador de que las causas que aduce para sustentar la decisión adoptada quedan desligadas y son por completo ajenas al factor protegido; y 4) una vez acreditada la desconexión entre la medida empresarial y el derecho que se dice vulnerado, será ya irrelevante la calificación jurídica que la causa laboral alegada merezca en un prisma de legalidad ordinaria.

Esquema que se extiende de modo natural al supuesto analizado, de forma que, ante un indicio de lesión, la carga de la prueba del empresario debe estar dirigida a demostrar que su decisión de naturaleza económica no queda ni intencional ni objetivamente asociada al factor protegido, se haya articulado o no correctamente en términos de legalidad ordinaria y con independencia por tanto de su calificación jurídica.

En relación con los indicios, el TC considera, trayendo a colación la STC 31/2014, de 24 de febrero, que tienen aptitud indiciaria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. En el bien entendido que, más allá de la dispar fuerza probatoria concebible en un panorama indiciario conformado por un hecho o conjunto de hechos, lo que no cabe en ningún caso es que quede sostenida la prueba en alegaciones meramente retóricas o que falte la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma entre los hechos aducidos y el factor protegido pudiera establecerse, haciendo verosímil la inferencia lesiva. Conforme a esa lógica, será preciso poner indiciariamente en conexión el factor protegido (la interdicción de medidas empresariales que causen un perjuicio y estén asociadas intencional u objetivamente al previo ejercicio de acciones judiciales) y el resultado de perjuicio que concretaría la lesión. El simple hecho del ejercicio previo de acciones judiciales representa, únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la violación del art. 24.1 CE, pero no un indicio de vulneración de ese derecho que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto (SSTC 17/2003, de 30 de enero y 151/2004, de 20 de septiembre).

En el pronunciamiento que nos ocupa puede apreciarse cierta reconsideración de la importancia del factor temporal o la conexión temporal entre el acto del trabajador y la “respuesta” del empresario. Si bien es verdad que siempre se ha exigido un nexo causal entre la decisión empresarial o medida con connotación negativa y el ejercicio del derecho, en ocasiones se ha convertido en un requerimiento más aparente real, puesto que el único indicio aportado es la cercanía temporal, que en algunas Sentencias se ha considerado crucial (125/2008, de 20 de octubre y 140/2014 ya comentada, entre otras). Sin embargo, ahora se relativiza su importancia, aun cuando median únicamente 8 días entre la conciliación judicial y la notificación del despido en la medida en que se estima que el hecho de que tras la conciliación judicial, la empresa, con carácter previo a la extinción, volviese a ofrecer a la trabajadora una nueva propuesta de reducción de jornada de menor impacto que la primera, es una circunstancia que resulta indicativa de que la voluntad empresarial no fue la de represaliar o sancionar a la trabajadora por el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Con ello considera que el limitado panorama indiciario aportado por la trabajadora ha quedado desvirtuado. Es verdad que, como hemos señalado en otras ocasiones, no todo despido producido después de una

reclamación judicial puede ser considerado de modo automático represalia o retorsión por el ejercicio del derecho, pero también lo es que en el caso analizado el calado de la decisión empresarial adoptada a los pocos días de la conciliación judicial, derivada del rechazo por la trabajadora de la medida de flexibilidad interna adoptada, no parece justificada por una causa económica nueva o agravada que despeje cualquier duda sobre el móvil discriminatorio.

A nuestro juicio, en atención a dicha consideración, resulta de especial interés el voto particular²³ que sintomáticamente parte de la aseveración de la existencia de una discrepancia que no es doctrinal, puesto que en esencia el TC mantiene la continuidad con su doctrina, sino en su forma de aplicarla al caso concreto. A su juicio, la carga de la prueba empresarial reside en probar la desconexión del acto con el panorama indiciario, resultado que no depende de la causalidad legal y su calificación jurídica *ad casum* sino, antes bien, de la desconexión causal entre el acto empresarial y el factor constitucionalmente protegido. Para ello reitera las prístinas palabras del TC en el FJ 5º. La lógica empleada por la mayoría, esto es, que la causa económica, que se tradujo en un acto extintivo sólo porque no se logró alcanzar con la trabajadora un acuerdo que concertara una medida menos gravosa, suficiente para el TC para desvincular el acto empresarial del ejercicio previo de acciones judiciales, omite el discurrir de los acontecimientos; en concreto: soslaya la falta de justificación solvente del cambio de criterio de la empleadora en un período tan breve de tiempo. Por tanto, a su parecer, pese a que la causa legal extintiva concurre, la empresa no ha logrado acreditar una desconexión causal entre la resolución del contrato y el previo ejercicio de acciones por parte de la recurrente; la empleadora no demuestra una agravación de la situación de crisis previa o una razón distinta que dote de fundamento a su cambio de criterio.

En este caso, nuestra posición se encuentra mucho más cercana a la mantenida en el voto particular, en la medida en que si bien es cierto que existe por parte del Alto Tribunal una continuidad formal en la elaboración doctrinal, se aprecia una sutil tendencia hacia una aplicación más estricta de la garantía. Esto es, en un contexto genérico de incremento en la propensión del TC a denegar el amparo, se estima probada la legitimidad de la decisión empresarial exclusivamente en la existencia de la causa, relegando en buena medida a un segundo plano la total “desconexión” entre la medida y la vulneración del derecho, que sería la esencia de la justificación empresarial eximente de la vulneración constitucionalmente prohibida.

5.3. Aplicación de la prueba indiciaria y alcance de la tutela de los derechos fundamentales en liza

Sentado lo anterior, es necesario recordar aunque sea en esta sede, que el tema de la prueba indiciaria²⁴ sigue ocupando la atención del TC y dando origen a un importante grado de desacuerdo en su seno también en relación a otros derechos fundamentales. En definitiva, y a pesar de los esfuerzos de construcción teórica por parte del Tribunal, en la práctica la resolución va a depender de la aplicación concreta de este mecanismo probatorio al supuesto enjuiciado. Como hemos visto con anterioridad, en relevantes

²³ Voto particular que formula el magistrado Fernando Valdés Dal-Re y al que se adhieren los Magistrados Adela Asúa Batarrita, Antonio Narváez Rodríguez y Juan Antonio Xiol Ríos.

²⁴ En general, sobre la importancia de la prueba en la protección de los derechos fundamentales, puede verse MARÍN ALONSO, I. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M., “La práctica de la prueba en materia de derechos fundamentales tras la ley de la jurisdicción social”, Relaciones Laborales nº 21/22, 2012, pp. 28 ss.

pronunciamientos emanados en los últimos tiempos queda sin resolver la cuestión de fondo y, por tanto, subsisten importantes cuestiones en relación con el alcance de la tutela constitucional de determinados derechos fundamentales inespecíficos en la medida, por ejemplo, en que el Tribunal rechaza el panorama indiciario y, con ello, se desestima el amparo solicitado. De particular interés en relación con esa cuestión, como hemos anunciado *supra*, la STC 140/2014, de 11 de septiembre, donde se insiste en perfilar el criterio de la conexión temporal. De esta forma, para el TC, el que en un momento pasado se haya ejercido un derecho fundamental constituye un presupuesto de la posibilidad misma de la violación denunciada, pero no un indicio de esta que por sí solo desplace a la otra parte la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto, pues la aportación de la prueba que concierne a la parte demandante deberá superar inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria (STC 17/2003, de 30 de enero; 151/2004, de 20 de septiembre; y 41/2006, de 13 de febrero). A nuestro modo de entender la cuestión, esta interpretación se muestra más estricta en relación con el planteamiento mantenido por el TC, en especial en relación a la garantía de indemnidad. Nos parece que no debemos ignorar que en la práctica, en diversas ocasiones, el que ahora comentamos (conexión temporal entre la represalia o el perjuicio y el ejercicio del derecho de acción) ha jugado como indicio casi exclusivo y con frecuencia determinante del desplazamiento de la carga de la prueba.

La doctrina dista, no obstante, de ser lineal, así en STC 31/2014, de 24 febrero, se aprecia una aplicación más flexible, de forma que otorga el amparo a la trabajadora a la que se cesa en puesto de libre designación considerando vulnerado el derecho a la no discriminación por razón de sexo²⁵ casi en exclusiva en atención a la conexión temporal entre el embarazo y la decisión de la empresa. Sentencia en la que, quizás, el TC pretende recorrer el camino desandado con la polémica Sentencia 173/2013, de 10 octubre donde, como es sabido, se excluye de la doctrina sobre la garantía reforzada y la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, sin exigencia de prueba del conocimiento por parte del tercero, al desistimiento en período de prueba.

Ahora bien, si como vemos parece reforzar el TC su posición sobre la insuficiencia como indicio de la conexión temporal; su reverso, o sea, la desconexión temporal, se considera en ocasiones suficiente para descartar la vulneración del derecho en liza, así en las SSTC 127/2008, avalada por el TEDH y 140/2014, por no ser utilizadas las circunstancias alegadas para perjudicar a la trabajadora en cursos anteriores.

Otro criterio o indicio relevante para el TC descansa en el examen comparativo de la situación de aquellas otras personas, si las hubiere, en quienes también hubieran concurrido idénticas o similares circunstancias. En el caso concreto (STC 140/2014), de 106 que formularon reclamación judicial, sólo son tres las que no fueron propuestas.

²⁵ Entre otros, vid. IGLESIAS CABERO, M., “Extinción del contrato de trabajo y maternidad: supuestos especiales (Comentario al hilo de la STC 173/2013, de 10 de octubre)”, *Actualidad Laboral* nº 1, 2014, pp. 50 ss.; MUNÍN SÁNCHEZ, C., “La trabajadora embarazada frente a las distintas extinciones de su contrato de trabajo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña (AFDUC)* nº 18, 2014, pp. 257 ss.; RODRÍGUEZ COPÉ, L., “Inaplicación de la nulidad objetiva en los casos de desistimiento empresarial durante el período de prueba de la trabajadora embarazada: la evolución? de la jurisprudencia constitucional. Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2013, de 10 de octubre”, *Temas Laborales* 123/2014, pp. 185 ss. BAJO GARCÍA, I., “Embarazo y nulidad objetiva de la extinción del contrato durante el período de prueba”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* nº 36, 2014, www.iustel.com.

Pues bien, aunque en el plano teórico la doctrina parece estar plenamente asentada, sin fisuras ni matizaciones, su aplicación práctica no siempre resulta pacífica y esto es lo que ha ocurrido en relación a la contratación de los profesores de religión. Junto al voto particular ya reseñado en relación al fondo del asunto y a la doctrina ajustada en esta materia, la Sentencia viene acompañada de un segundo voto particular, formulado por el magistrado Fernando Valdés Dal-Re, al que se adhieren Adela Asúa Batarrita, Luis Ignacio Ortega Álvarez y Juan Antonio Xio Ríos (los mismos que en el voto particular de la STC 183/2015), que discrepan en la forma de aplicar la doctrina. Parten de considerar, en contraste con el pronunciamiento de la mayoría, que ningún órgano judicial ha estimado insuficientes los indicios aportados por la actora, desde el momento en que el TSJ descartó la aplicación de esta doctrina cuando se articulan pretensiones diferentes a las que se tramitan por la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales. Por tanto, al afirmar la sentencia que no hubo vulneración porque eran insuficientes los indicios, no tiene en cuenta que el único órgano judicial que se ocupó de este particular (el de instancia), cuya sentencia no ha sido impugnada, declaró que los había y que existió vulneración del derecho fundamental sustantivo que daba soporte a la pretensión. Para los magistrados disidentes, el TSJ al no aplicar la prueba indiciaria vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, una nueva muestra de esa aproximación más restrictiva a los derechos fundamentales por parte del TC, en especial a través del mayor peso específico que cobran los indicios, que no siempre pasan el filtro de “suficiencia” y, de forma particular, el de la conexión temporal, cuestión que ya hemos referido. Tendencia a cierta constricción, también presente en STC 203/2015, de 5 de octubre, donde se estima que la alegación del demandante de amparo es meramente retórica, se descarta la vulneración de la garantía de indemnidad y se centra la atención en el derecho de expresión e información sindical y la discriminación del mismo carácter, ambas desestimadas por el pronunciamiento.

Ahora bien, el recorrido del TC no siempre es lineal, pues en esta misma Sentencia se afirma, si bien tangencialmente, que las violaciones de los derechos fundamentales en la empresa pueden provenir no sólo del empresario sino también de los restantes trabajadores y que el empresario, en tanto que titular de la organización y parte en el contrato de trabajo, tiene un deber de garante frente a las infracciones de derechos fundamentales de los trabajadores que se produzcan con ocasión de la ejecución de la relación laboral o en razón de ésta, lo que puede desembocar en actos de disciplina laboral. En relación a la vigilancia del comportamiento respetuoso con los derechos fundamentales de sus trabajadores, parece el TC mostrarse casi más exigente con el empresario, puesto que tradicionalmente le atribuye una posición de neutralidad y de “no agresión” pero sin progresar hacia la consideración de su posición de garante, camino por el que sería más que conveniente seguir avanzando.

6. CONCLUSIONES

Muy brevemente pueden enunciarse algunas de las conclusiones que arroja el análisis realizado. Aun cuando el estudio se detiene en un número relativamente limitado de sentencias (SSTC 187/2015, libertad de expresión y derecho a la defensa; 140/2014, contratación de profesores de religión; 31/2014, despido de trabajadora embarazada; 66/2014, no discriminación por razón de embarazo; 66/2015, despido colectivo de trabajadores de mayor edad y 183/2015, garantía de indemnidad), algunas revisten un especial interés. A estas alturas, cabría pensar que nos encontramos ante derechos suficientemente delimitados, con doctrinas constitucionales prácticamente “cerradas”, que no habrían de suscitar encendidos debates, pero en la práctica esta

apreciación está lejos de la realidad. Estas divergencias aparecen plasmadas en relevantes votos particulares de cuidada fundamentación²⁶, manifestación de las importantes diferencias ideológicas que se aprecian en la actual composición del alto tribunal y que ponen sobre el tapete el debate sobre la politización de la elección de sus miembros y los distintos equilibrios de fuerza que su constitución depara.

Las Sentencias anotadas traen su causa en conflictos originados por una decisión empresarial (sanción, despido, no contratación y discriminación en las condiciones de trabajo) que provoca una injerencia o una lesión en los derechos fundamentales que lleva al trabajador a reclamar ante un acto limitativo de sus derechos. De las seis sentencias citadas, en tres se otorga el amparo (SSTC 187/2015, 31/2014 y 66/2014, éstas dos últimas en relación con el embarazo) y en otras tres se deniega (SSTC 66/2015, 140/2014 y 183/2015; a las que podemos sumar la 203/2015, citada si bien no comentada, en relación a la garantía de indemnidad y, de modo especial, a la libertad sindical).

Resulta llamativo que algunos de los pronunciamientos no entran en el fondo del asunto. También que el TC presenta cierta tendencia a no afrontar detenidamente el conocido juicio de proporcionalidad, bien porque los derechos analizados tienen unos cánones de enjuiciamiento propios, bien porque se reconduce a criterios peculiares como el “menor perjuicio” o bien porque el aspecto que cobra una particular relevancia es el mecanismo de la prueba indiciaria (garantía de indemnidad, no discriminación y libertad ideológica), donde existen patentes divergencias en la forma de aplicar las reglas de alteración de la carga de la prueba. Las dos sentencias sin duda más polémicas centran su atención en este último aspecto, dando como resultado la denegación del amparo (SSTC 140/2014 y 183/2015). A lo anterior cabe añadir que los amparos otorgados se basan o bien en un matización del derecho por vincularlo al ejercicio de otro derecho fundamental considerado esencial (libertad de expresión en relación al derecho de defensa en la STC 187/2015) o son el fruto de una aplicación más flexible de los indicios, en especial en relación con el derecho a la no discriminación en razón del embarazo, quizás queriendo remediar el lastre que representa la STC 173/2013.

A modo de conclusión general, puede apreciarse cómo aun no existiendo cambios importantes en la doctrina constitucional, en la que, dicho sea de paso, no puede decirse que en ningún momento se haya sentado una posición unánime sobre la posición privilegiada o la preeminencia de los derechos fundamentales, buscando una ponderación entre las distintas posiciones en juego, sí nos parece asistir ahora a cierto replanteamiento de la tutela, a través de modo especial de la aplicación más o menos rigurosa del mecanismo de la prueba indiciaria, que lleva a cierta contención en la garantía de los derechos fundamentales por parte del Alto Tribunal.

²⁶ Dos acompañan a la STC 140/2014, como vimos, y uno a la STC 183/2015, firmado en este caso por los mismos magistrados que el discrepante de la Sentencia anterior.