

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
128/2015 - Primer Trimestre

128



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

128

Junta de Andalucía
Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO
Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo

VOCALES

LUIS NIETO BALLESTEROS	Viceconsejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ANTONIO GONZÁLEZ MARÍN	Secretario General de Empleo
MANUEL GABRIEL PÉREZ MARÍN	Director General de Relaciones Laborales
FCO. JAVIER ZAMBRANA ARELLANO	Director General de Seguridad y Salud Laboral
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGU MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO	Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ÁNGEL J. GALLEGU MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Huelva
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONERERO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Sevilla

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1ª, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales, uno, monográfico- 72 euros. Número suelto: 18 euros
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 128/2015
Primer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Fuerza mayor y otras causas de exoneración: su adaptación en el ámbito preventivo . . . MARTA NAVAS-PAREJO ALONSO	13
Las prácticas no laborales en Estados Unidos: (i)legalidad de las prácticas no retribuidas en el sector privado PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS	51
Una relectura de la ejecución provisional de sentencias en el orden social. MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO	73
La nueva regulación del contrato por proyecto en el ordenamiento italiano. CINZIA DE MARCO	113
La vulneración empresarial del derecho de huelga y responsabilidad por daños y perjuicios NANCY SIRVENT FERNÁNDEZ	139
La política de fomento del empleo de los trabajadores jóvenes BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA	175

2. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL Universidad de Córdoba El derecho a la intimidad informática del trabajador: un límite más al poder de dirección del empresario. MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ CRESPO	209
PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Universidad de Granada La compatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente absoluta en los distintos regímenes de la seguridad social BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA	219

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

La indemnización por desistimiento en la relación del personal directivo del sector público.....	233
ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS	

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Internacional de La Rioja

Una institución jurídica a extinguir: las cláusulas de jubilación forzosa.....	253
Raquel Poquet Catalá	

3. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía.....	277
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Diritti lavori mercati (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Relaciones Laborales (España)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits-und Sozialrecht (Alemania)*.

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista Temas Laborales pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista “Temas Laborales”:

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a la Revista –que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (*abstract*) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (*key words*) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); negrita y minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis. Las referencias a proyectos de investigación se podrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecuillados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva* (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 128/2015
First Trimester

INDEX

1. STUDIES

<i>Force majeure</i> and other grounds for release of liability: adaptation required in the sphere of occupational risk prevention	13
MARTA NAVAS-PAREJO ALONSO	
Non-labor practices in the United States: (i)legality of unpaid internships in the private sector	51
PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS	
A re-reading of the provisional execution of judgements on the social agenda	73
MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO	
The new regulation of the contract for project in Italian law	113
CINZIA DE MARCO	
Business violations of the right to strike and liability for damages	139
NANCY SIRVENT FERNÁNDEZ	
The policy of promoting the employment of young workers	175
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA	

2. JUDICIAL COMMENTS

MANAGEMENT POWER	
University of Cordoba	
The right to information privacy of the worker: one limit to management power . . .	209
MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ CRESPO	
SOCIAL SECURITY PENSIONS	
University of Granada	
The compatibility of the pensions of absolute permanent disability in different social security regimes	219
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA	

THE END OF THE EMPLOYMENT CONTRACT University Pablo de Olavide Compensation for dismissal in the relationship of managers in the public sector	233
ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS	

THE END OF THE EMPLOYMENT CONTRACT International University of La Rioja A legal extinct institution: compulsory retirement clauses	253
RAQUEL POQUET CATALÁ	

3. LEGISLATIVE REMARKS

Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia	277
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

FUERZA MAYOR Y OTRAS CAUSAS DE EXONERACIÓN: SU ADAPTACIÓN EN EL ÁMBITO PREVENTIVO

MARTA NAVAS-PAREJO ALONSO

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social*
Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

Palabras clave: Prevención de riesgos, responsabilidad, exoneración, fuerza mayor, culpa de la víctima y hecho de tercero

Este estudio aborda las específicas adaptaciones que deben realizarse en la interpretación y aplicación de las causas de exoneración de responsabilidad civil cuando se presentan en el contexto de la prevención de riesgos laborales. Para ello se identifican, en primer lugar, los factores que condicionan esta necesidad de adaptación frente al régimen general. A continuación se examina cómo estos factores inciden en la interpretación y aplicación de las causas de exoneración de la responsabilidad que rompen el nexo causal. En concreto, la culpa de la víctima, el hecho de tercero y, fundamentalmente, la fuerza mayor y el caso fortuito; otorgándose en este sentido una relevancia especial a estos dos últimas tanto por ser instituciones más problemáticas en su interpretación como por ser, en ocasiones, confundidas con las restantes vías de exoneración de responsabilidad.

ABSTRACT

Key words: occupation risk prevention, liability, exemption *force majeure*, victim's fault and third-party fault

This study is about how the construction and application of the grounds for release of liability, under the general civil law regime, require proper adaptation to the specific case of employer's liability for accidents at work or for occupational diseases. The study will first identify the relevant factors which call for the need to adapt the general regime to the sphere of occupational risk prevention. It will then move on to examining how these factors affect the interpretation and application of the grounds for release of liability, which interrupt the causal link or causality required in liability, such as the fault by the victim, third-party fault and, more importantly, unforeseeable circumstances and force majeure – two grounds of special relevance because of the difficulties encountered in the constructions of the concepts and because they are often mistaken for the other grounds.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. RUPTURA DEL NEXO CAUSAL EN RESPONSABILIDAD CIVIL: FACTORES DE ADAPTACIÓN AL ÁMBITO PREVENTIVO
 - 2.1. La imputación objetiva y su configuración a partir de elementos propios de la culpabilidad: elementos determinantes de la interrupción del nexo causal
 - 2.2. Los factores que determinan la adaptación al ámbito preventivo
3. LA CULPA DE LA VÍCTIMA
4. HECHO DE TERCERO, FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO
 - 4.1. El hecho de tercero
 - 4.2. Caso fortuito y fuerza mayor: concepto
 - 4.3. Criterios de distinción conceptual y su frontera con la imputación subjetiva
5. LA ADAPTACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DEL CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL A PARTIR DE LA PRESENCIA DE ELEMENTOS SUBJETIVOS
 - 5.1. Valoración de la necesidad de la distinción de figuras en el marco de la seguridad y salud laboral
 - 5.2. La interpretación del caso fortuito y fuerza mayor en el ámbito de la seguridad y salud laboral: la importancia de los elementos subjetivos
 - 5.3. Consecuencias de la adaptación del caso fortuito y la fuerza mayor en cuanto a sus efectos exoneradores de la responsabilidad empresarial
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, una de las materias centrales en el ámbito de la prevención de riesgos laborales es la referida a la responsabilidad generada como consecuencia de un incumplimiento en las obligaciones preventivas. La amplitud, variedad y nivel de exigencia del sistema establecido hacen que, ante un fracaso preventivo, se ponga en marcha un mecanismo de respuesta inmediato que pretende “*reparar y satisfacer la consecuencia de un incumplimiento por falta, delito o una causa legal*”¹. Un incumplimiento que puede tener como consecuencia un daño, un riesgo o nada más allá que la infracción de una norma².

Son muchos los estudios que analizan las particulares condiciones de aplicación del régimen de responsabilidad al ámbito preventivo. Y son particulares porque en nuestro país, salvo alguna excepción, no se cuenta con un régimen propio y específico elaborado para su aplicación en ámbito de la seguridad y

¹ Mateos Beato, Alfredo. *Diccionario de Seguridad y Salud Laboral. Conceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Valladolid, Lex Nova, 2001, p. 957.

² Lluís y Navas, J. *Derecho de la Seguridad e Higiene en el Trabajo. Teoría General, Organización, Responsabilidades, Jurisprudencia*. Barcelona, Cedecs, 1996, p. 219.

salud laboral. En concreto, y en la responsabilidad que aquí se trata, la indemnizatoria o civil, tiene su regulación básica en el Código Civil, encontrando respuesta sólo las cuestiones relativas a la jurisdicción aplicable en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social del año 2011. No obstante, a pesar de estos estudios sobre la responsabilidad, uno de los aspectos que se encuentra necesitado de tratamiento es el referido a las vías de exoneración de responsabilidad empresarial por accidente de trabajo o enfermedad profesional³. Vías o causas de exoneración entre las que cabe citar: aquéllas situaciones en las que el ordenamiento jurídico considera que la actuación del empresario ha sido lícita, los supuestos de inexistencia de culpabilidad, o los que afectan al elemento de la causalidad jurídica.

Cada uno de estos supuestos, como puede comprobarse, se caracterizan por afectar a alguno de los elementos esenciales de la responsabilidad empresarial derivada del AT o EP, esto es, el daño o peligro, la antijuridicidad, la causalidad y la culpa. De modo que, si la actuación del empresario se considera lícita, es porque su conducta adolece del elemento de la antijuridicidad, ya sea porque en sí misma ha sido correcta, ya sea porque concurre alguna circunstancia que evita que dicha conducta sea ilícita. Es el caso de la legítima defensa o el ejercicio legítimo de un derecho. Los supuestos de inexistencia de culpabilidad o falta de imputación subjetiva evidentemente son los que afectan al juicio de reproche al empresario sobre su conducta, de manera que puede suceder que la diligencia desplegada por el empresario haya sido suficiente o la correcta de acuerdo con los parámetros utilizados por cada tipo de responsabilidad⁴.

Por último, se encuentran aquéllas causas o elementos de ruptura del nexo causal. La causalidad jurídica⁵ es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad. Uno de los motivos de tal importancia es que se trata del elemento que permanece siempre que se habla de responsabilidad civil aun cuando ésta sea considerada de tipo objetivo. Esto es, originada por obligaciones de las llamadas de resultado. En este tipo de supuestos, el incumplimiento de la obligación se produce por el mero fallo del resultado final comprometido sin importar el nivel

³ En adelante, AT y EP respectivamente.

⁴ Pues, como se sabe, la interpretación y tratamiento de la culpabilidad en la responsabilidad civil y penal difiere en determinados aspectos.

⁵ Esto es, una vez determinada la existencia de una causalidad natural o material, los excesos de la misma se corrigen estableciendo si dicha causalidad es jurídicamente relevante. Serán los criterios de imputación objetiva los que determinen, por tanto, la existencia de esta causalidad jurídica. (Álvarez Olalla, P. Imputación objetiva y causalidad jurídica versus criterios de imputación subjetiva. *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 8, 2012. BIB 2012\3392). Por este motivo, en ocasiones a la causalidad jurídica también se la denomina imputación objetiva.

de diligencia desplegado por el deudor, de modo que el acreedor puede requerir una indemnización por la no obtención del resultado necesario o contratado. Sin embargo, hay una manera de evitar esta declaración de responsabilidad y la más habitual es la de la ruptura del nexo causal y que es la que determinará la existencia o no de responsabilidad en la mayoría de las ocasiones.

Partiendo de la premisa de la relevancia de la causalidad jurídica en el mecanismo de la responsabilidad por daños, el objetivo de este estudio es examinar las posibles formas de ruptura de la misma y su interpretación en el marco de la seguridad y salud laboral⁶.

2. RUPTURA DEL NEXO CAUSAL EN RESPONSABILIDAD CIVIL: FACTORES DE ADAPTACIÓN AL ÁMBITO PREVENTIVO

2.1. La imputación objetiva y su configuración a partir de elementos propios de la culpabilidad: elementos determinantes de la interrupción del nexo causal

La mayor complejidad de la causalidad deriva de su estrecha relación con otro componente fundamental de la responsabilidad como es la exigencia de culpabilidad. Es habitual la confusión de ambos elementos, tanto en la jurisprudencia como incluso en determinada doctrina atribuyéndose una exoneración de responsabilidad a una ausencia de culpabilidad cuando, en realidad, lo que existe es una ruptura del nexo de causalidad y viceversa. Esto sucede, por ejemplo, con el caso fortuito. Este error, que debe evitarse, es, sin embargo, fruto de la configuración de las teorías propias de la imputación objetiva, donde el análisis de los aspectos que determinan la existencia de una causalidad jurídica entre la conducta u omisión del empresario y el AT o EP lleva aparejada la valoración de ciertos elementos propios de la culpabilidad o criterios de imputación subjetiva. El origen de estos problemas o confusiones se ha localizado en el traslado efectuado de los criterios de imputación objetiva penales al ámbito civil a partir de las teorías de Pantaleón. Criterios que utilizan elementos propios del juicio de culpabilidad⁷. De manera que se afirma que cuando se analizan los aspectos propios de la causalidad jurídica y de la culpabilidad en materia de daños, como es el caso del AT o EP, sería suficiente con realizar el análisis de la concurrencia,

⁶ Un estudio parcial de este tema, centrado sólo en algunas causas de exoneración, y que sirvió de base a este estudio más desarrollado, en NAVAS-PAREJO ALONSO, M. Vías de exoneración de la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo por ruptura del nexo causal: caso fortuito y fuerza mayor. La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Cinca, 2013.

⁷ Álvarez Olalla, P. Imputación objetiva y causalidad jurídica... Op. Cit.

o no, de los elementos propios de esta imputación objetiva. Una operación que, en realidad, es la que en la mayoría de las ocasiones se realiza por las diversas instancias judiciales⁸.

En definitiva, sea esto más o menos correcto desde un punto de vista técnico, el hecho es que la causalidad jurídica se encuentra muy ligada con la culpabilidad⁹ hasta el punto que es complicado, dada la configuración actual, asegurar la existencia de una causalidad sin una culpabilidad, más aún en este ámbito¹⁰. Es por esto que se ha afirmado que, en determinadas ocasiones, “para que jurídicamente pueda hablarse de pluralidad de cursos causales [sea] necesario acudir a los criterios de imputación subjetiva”¹¹. De modo que “los juicios de causalidad y de imputación [subjetiva] tienen que realizarse a la vez, pues los múltiples matices que la relación causal ofrece no reclaman un tratamiento objetivo y aséptico, sólo basado en el curso regular y ordinario de los acontecimientos, sino un análisis simultáneo de las condiciones y circunstancias subjetivas de los intervinientes en la secuencia”¹².

En responsabilidad civil existen criterios que determinan la existencia o no de causalidad jurídica¹³, y elementos que excluyen la responsabilidad a partir de la ruptura del nexo causal. La interrupción o ruptura del nexo causal consiste, en esencia, en la existencia de un suceso, ya sea proveniente de una persona o no, que interfiere en el nexo causal que existe entre la conducta del empresario y el AT o EP sufridos por el trabajador. Estos elementos de ruptura del nexo causal pueden clasificarse conforme a diversos criterios pero uno de ellos es el relativo al origen del elemento que rompe la causalidad. Según esto habría dos grupos: el de los sucesos fuera del alcance de la evitación o previsibilidad del empresario; y el de aquéllos en que se produce la interferencia de otro sujeto en la producción del daño. Así pues, en el primer grupo se situarían el caso fortuito y la fuerza mayor y, en el segundo, el hecho de un tercero y la culpa de la víctima.

⁸ Y esto se produce tanto en cuanto a los criterios de imputación objetiva en sentido estricto como en cuanto al análisis de las causas de ruptura del nexo causal, como se verá más adelante.

⁹ Reglero Campos, L. Fernando. El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas. REGLERO CAMPOS, L. Fernando (Coord.) (et. al.). *Tratado de responsabilidad civil*. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 286.

¹⁰ Ver en este sentido, Navas-Parejo Alonso, M. *Obligaciones y responsabilidades de los trabajadores en materia de Seguridad y Salud Laboral*. Madrid: Thomson Reuters-Lex Nova, 2012, p. 300 y ss.

¹¹ Reglero Campos, L. Fernando. El nexo causal... Op. Cit., 2002, p. 287.

¹² Yzquierdo Tolsada, M. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 188.

¹³ Son los ya mencionados criterios de imputación objetiva: el riesgo general de la vida e incremento del riesgo; la prohibición de regreso; el fin de protección de la norma; el criterio de la provocación o la competencia de la víctima.

Todas estas causas tienen un componente común y es que requieren de su adaptación al terreno preventivo, fundamentalmente por consistir en aspectos que, como se señalaba al inicio de este estudio, no estaban pensados para su aplicación a este ámbito en concreto. Esta adaptación puede venir determinada por diferentes factores cuyo planteamiento y diferenciación se realizará en los epígrafes siguientes.

2.2. Los factores que determinan la adaptación al ámbito preventivo

En el tratamiento de las causas de interrupción del nexo causal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales existen diversos factores que obligan a su adaptación. No todos ellos se presentan de la misma manera, o llegan a presentarse en todas las causas, pero su origen es común, esto es, la particular relación jurídica en torno a la que se producen los mismos así como la esencialidad de los derechos que se intentan proteger. Uno de ellos está constituido por la presencia en su configuración, también aquí, de elementos propios del juicio de culpabilidad o imputación subjetiva, de singular funcionamiento en el ámbito laboral. Pero el factor fundamental que va a condicionar la modulación de las causas de ruptura del nexo causal es el referido al de los sujetos implicados.

En consecuencia, la especialidad proviene del hecho de que se trate de trabajadores subordinados a un empresario en cuya esfera reside la deuda de seguridad. Pero, si bien es indudable que en todas las ocasiones se encuentran implicados trabajadores y empresario, en función de la vía de exoneración de que se hable, se pondrá el centro de atención en uno u otro. De modo que cuando en la interrupción del nexo causal esté implicado un trabajador, será necesario el análisis de su conducta en relación con la del empresario. En cambio, cuando no haya un trabajador implicado en esta conducta concurrente, el centro de interés se situará en la interpretación del suceso con relación a la figura del empresario. Así pues, aquí se diferenciará entre las vías de exoneración causal cuando la adaptación se produce a partir del papel del sujeto interfiriente en el curso causal del accidente o enfermedad y vías de exoneración cuando lo prevalente es tener en cuenta la posición empresarial.

De esta forma, para el caso de la culpa de la víctima, la especialidad vendrá determinada por el sujeto trabajador interfiriente en el nexo causal, debiéndose tener presente en su determinación ciertas matizaciones en cuanto a la exigencia de sus obligaciones y el grado de diligencia desplegado. Por tanto, la particularidad reside esencialmente en el hecho de que la conducta es de un trabajador, el acreedor de la obligación de seguridad empresarial y sobre el que no pesa un deber de autoprotección.

Por otra parte, podría pensarse que el hecho o intervención de un tercero no sólo se apreciará cuando el tercero es ajeno a la empresa sino también en el

caso de que la conducta que interfiere en el nexo causal sea realizada por otro trabajador de la empresa que no sea la víctima del daño. Pero, si bien esto suele ser denominado como “hecho ajeno” cuando se examina la responsabilidad empresarial en relación con la conducta de estos trabajadores, en realidad a esta situación no se la puede calificar en sentido estricto de “hecho de tercero”. Y es que, en sede de responsabilidad civil, se entiende que el hecho o intervención de tercero no comprende “a aquellas personas que por ley revierten la responsabilidad por sus actuaciones sobre aquella en la que recae la imputación que se examina”¹⁴, es decir, en situaciones en que se responde de la actuación de otro sujeto porque se considera dicha conducta como propia. Desde luego, esto en sí mismo constituye una adaptación del funcionamiento de la ruptura del nexo causal al ámbito preventivo. Y es que la circunstancia de que sea, precisamente, un trabajador, esto es, la especialidad del sujeto interfiriente, hace que, por la relación con el empresario y, por supuesto, por previsión legal (art. 1903.4 CCiv), esta conducta sea considerada como propia del empresario por mucho que luego se prevea la posibilidad de que éste pueda ejercitar el derecho de repetición que le concede el art. 1904 CCiv.

Un caso especial sería aquél en que el trabajador que provoca el daño, no el que lo sufre, actúa con dolo, o bien opera fuera de las funciones propias de su relación laboral o actúa en un contexto de desobediencia injustificada. En estos supuestos se considera que el empresario no responderá por los actos de su dependiente por lo que, en realidad, el trabajador que provoca el daño podría considerarse un tercero ajeno a la esfera laboral (un sujeto externo más) y su actuación entenderse como un “hecho de tercero”. Pero no es así ya que, aunque materialmente hay un hecho ajeno, técnicamente no se trata del hecho de un tercero.

Esto es así porque en esta situación, incluso para valorar esa actuación fuera de las funciones, con dolo o con desobediencia injustificada, se deben usar parámetros adaptados a la particular figura de la que estamos hablando, esto es, el trabajador. De este modo, esta vía de exoneración podría llegar a tener una consideración mixta pues su adaptación al ámbito preventivo vendría tanto por la vía de la especial consideración e interpretación de las obligaciones y diligencia empresariales (se debe recordar que el fundamento del art. 1903.4 CCiv es considerar que la conducta se atribuye al empresario como si fuera propia), como por la del trabajador en el sentido señalado anteriormente. De hecho, muy clara tiene que ser la actuación del trabajador desvinculada de la prestación de servicios o su desobediencia para poder ser considerada causa exclusiva del AT

¹⁴ Yzquierdo Tolsada, M. *Sistema de responsabilidad civil...* Op. Cit., p. 203. En el mismo sentido, Reglero Campos, F. *El nexo causal...* Op. Cit., p. 417.

o EP. Más aún teniendo en cuenta la tendencia expansiva en la aplicación del art. 1903.4 CCiv.

Puesto que el análisis de la ruptura del nexo de causalidad se analiza en función de los sujetos, la otra alternativa es la que conecta este factor de especialidad con el empresario, especialmente en las hipótesis de caso fortuito y fuerza mayor, supuestos en los que existe un “suceso” que interfiere y que puede ser de distinta naturaleza. Pero, en esta ocasión, el factor de adaptación no proviene de este suceso que interfiere en el curso causal iniciado por el empresario, sino de la figura empresarial, del análisis de su previsibilidad y de la evitabilidad enfocados desde el punto de vista de la protección a la seguridad y salud, dado que, ya sea una conducta humana o no la que interfiera en el nexo causal, el nexo con el trabajo únicamente lo proporciona el empresario. Su posición como garante de la seguridad y salud laboral hace que determinados criterios de apreciación de las vías de exoneración se interpreten de manera más exigente que en circunstancias ajenas a este ámbito. Y es que la relevancia de los derechos que se pretenden proteger obliga ser más rigurosos en la aplicación de figuras que dejan a la víctima de un AT o EP sin reparación por el daño sufrido, por lo menos fuera de lo que es el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social. Una justificación que se encuentra también en otros ámbitos donde la protección y preponderancia de determinados derechos hace que, incluso, se llegue a negar la posibilidad de exoneración de responsabilidad en casos de fuerza mayor estableciendo regímenes de responsabilidad absoluta¹⁵. Y por supuesto, que en el caso de que la conducta que interfiere en el nexo causal sea cometida por un tercero ajeno a ninguna relación jurídica de dependencia con el empresario, el punto de mira se centrará también en el empresario y su capacidad de prever o evitar el acontecimiento.

Así pues, especialidades de los sujetos y especialidades de la interferencia del elemento de la culpabilidad. Unos factores que obligan a realizar una interpretación

¹⁵ Es el caso de la responsabilidad de las empresas ferroviarias a partir de la regulación establecida en el Reglamento (CE) n° 1371/2007, donde prima el derecho a la indemnización de los viajeros. Y es que, se argumenta, “Si las causas de exención son circunstancias ajenas al control de la empresa transportista, esto es, casos de fuerza mayor o acontecimientos imprevisibles e inevitables, y en el marco del transporte ferroviario de viajeros las causas más comunes de fuerza mayor son las condiciones meteorológicas adversas, los daños a la infraestructura ferroviaria y los conflictos laborales, cabe afirmar que, de hecho, no estamos ante acontecimientos sobre los cuales el ser humano no puede actuar por ser imprevisibles e inevitables (a pesar de que no pueda predecirse exactamente cada incidente concreto). Esto significa que en el sector ferroviario las empresas ya conocen la posibilidad de que acontezcan estas causas y que, incluso, se tomen en consideración al calcular el precio del billete”. (Iráculis Arregui, N. Derecho de indemnización por el precio del billete del viajero por ferrocarril: retraso y fuerza mayor. *Aranzadi Civil-Mercantil*, n° 11/2014. BIB 2014\576).

adaptada al particular ámbito que aquí nos ocupa, el de la seguridad y salud laboral, donde los sujetos son trabajadores acreedores del deber de protección empresarial y donde los componentes de la culpabilidad (previsibilidad y evitabilidad) se matizan hasta modificar su grado de exigencia en el contexto empresarial.

En los siguientes epígrafes se analizarán estos elementos, si bien se prestará especial atención al supuesto del caso fortuito y fuerza mayor por diversos motivos. No tanto por tratarse de dos de las causas más relevantes en el supuesto de exoneración de responsabilidad empresarial pues lo cierto es que, por ejemplo, la culpa de la víctima ha experimentado en los últimos tiempos un creciente protagonismo en la práctica judicial. En cambio, uno de los motivos que impulsan a realizar un estudio más extenso del caso fortuito y la fuerza mayor es que son elementos con menos tratamiento en el marco de la seguridad y salud laboral y que presentan dificultades añadidas a las mencionadas anteriormente, dado que sus problemas comienzan por su propio concepto, discutido durante mucho tiempo.

Pero la justificación fundamental del tratamiento más extensivo de estas dos figuras es el hecho de que, en mayor o menor medida, se ha considerado que las otras dos causas (culpa de la víctima y hecho de tercero) suponen o pueden encuadrarse en un concepto más ampliado de caso fortuito o de fuerza mayor. Un encuadramiento que se debe a esos caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad que se mencionaba y que serán examinados posteriormente¹⁶ y que suelen fundamentarse en la ausencia de regulación de estas vías de exoneración¹⁷. Así pues, como se mencionaba anteriormente, cuando se produce un “hecho de tercero”, dependiendo de aspectos como su exterioridad o no al ámbito del sujeto demandado (aquí el empresario), se le dará la consideración de caso fortuito o fuerza mayor¹⁸. Y en el caso de la culpa de la víctima, se la suele asimilar a la fuerza mayor¹⁹.

¹⁶ Medina Alcoz, María. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 123. O, en la STS (Social) de 14 de octubre de 2014 (JUR 2015\462) se trata como caso fortuito un supuesto de accidente de trabajo “in itinere” producido a partir de un robo a una trabajadora en el camino de vuelta a casa.

¹⁷ Es el caso, por ejemplo, de Álvarez Olalla, P. ¿Quién responde de los daños causados por colisión con animales que irrumpen en la calzada? Novedades legislativas y jurisprudenciales. *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 6, 2014. BIB 2014\3284, que equipara el “hecho de tercero” a la fuerza mayor, en este caso concreto, en cuanto a los accidentes de circulación.

¹⁸ Un caso en que se trata un accidente de trabajo como derivado de un hecho fortuito pero que podría tener cierta dosis de culpa de la víctima, se analiza en la STSJ Castilla y León de 5 de septiembre de 2014 (JUR 2014\249618).

¹⁹ En concreto, el supuesto de culpa exclusiva de la víctima, dado que se produce una situación imprevisible o, si previsible, inevitable por el empresario, no existiendo culpa por su parte (Medina Alcoz, M. *La culpa de la víctima...* Op. Cit., p. 141).

3. LA CULPA DE LA VÍCTIMA

El supuesto de ruptura del nexo causal que requiere una adaptación al ámbito preventivo por la vía del sujeto que interfiere en el mismo es, por excelencia, el de la culpa de la víctima, más correctamente “conducta de la víctima”²⁰. En este caso, se establece que un trabajador que comete una conducta imprudente (de nuevo aquí se ve la mezcla con el elemento de la culpabilidad) y que sufre a consecuencia de ello un AT o EP, puede no ser merecedor de una indemnización por daños y perjuicios por imputársele la conducta a él en exclusiva.

Su funcionamiento consiste, en esencia, en examinar las conductas del empresario y de la víctima del suceso para determinar en qué medida, proporción o cuota ha contribuido cada uno a la producción del accidente o enfermedad profesional. Una proporción que se mide de acuerdo a determinados criterios deducidos de la jurisprudencia y que, una vez establecida, dará lugar a la minoración o anulación del importe de la indemnización que cubriría los daños sufridos por el trabajador. Es la particular relación entre la víctima y el empresario la que provoca la especialidad en la medición e interpretación de los criterios utilizados para la determinación de esa cuota causal que corresponde a la esfera de la víctima. Tales criterios son los siguientes: valoración de la causalidad jurídica en la conducta de cada uno de los sujetos; la gravedad de la culpa, con especial mención a la imprudencia profesional; el momento en que se produce la culpa de la víctima en relación con la del empresario; y circunstancias añadidas a la valoración de estos parámetros. No se va a entrar aquí en el análisis pormenorizado de estos criterios, pues se ha hecho ya en otras ocasiones²¹, de modo que únicamente se hará referencia a los aspectos que requieren esa especial interpretación para el ámbito que aquí se trata.

En el caso de la causalidad jurídica, partiendo de que mide la probabilidad de que el comportamiento de la víctima haya ocasionado el daño y en qué proporción lo ha hecho²², se deben tener en cuenta unos factores previos que son²³: la personalidad de la víctima; su comportamiento anterior al daño; y su

²⁰ STS (Sala de lo Civil) de 1 de febrero de 1989 (RJ 1989\650); STS (Sala de lo Civil) de 1 de octubre de 1985 (RJ 1985\4566), entre otras.

²¹ Ver un desarrollo de estos elementos en Navas-Parejo Alonso, M. Obligaciones y responsabilidades de los trabajadores ... Op. Cit., p. 481 y ss.

²² Esto es, en qué medida le es atribuible esa consecuencia negativa, de acuerdo con un juicio normativo aunque aquí, estrictamente, no haya una causalidad jurídica porque no puede hablarse en sentido técnico de “responsabilidad” de la víctima por su propio accidente.

²³ Lapoyade Deschamps, C. *La responsabilité de la victime*. Tesis doctoral. 1977. Université de bordeaux I, p. 391 y ss.

comportamiento posterior al daño. Dependiendo de ellos la culpa de la víctima se considerará o no relevante.

En concreto, aquí interesa señalar, siquiera brevemente, lo referido al comportamiento de la víctima anterior a la producción del daño en el sentido del consentimiento a su producción y su aceptación del riesgo. En este sentido, la especialidad del ámbito preventivo consiste en impedir la aplicación de los criterios de consentimiento de la víctima al daño y de la aceptación del riesgo, dado que, por una parte, se está ante derechos de carácter indisponible y cuya renuncia incurre en nulidad²⁴, y, por otra parte, el trabajador se encuentra en el ámbito de la relación laboral en una situación de subordinación respecto al empresario que, no puede olvidarse, es el principal garante de su seguridad²⁵. Por tanto, el comportamiento de un trabajador que asume una serie de riesgos, fruto de los cuales sufre un accidente de trabajo, no siempre se considerará susceptible de valorarse como incumplimiento y de generar una culpa relevante para afectar la responsabilidad del empresario²⁶. Una vez determinado que el comportamiento de la víctima no está incurrido en ninguna causa de irrelevancia, es cuando se procedería a evaluar qué comportamiento ha incidido más eficazmente o con mayor probabilidad en la producción del daño, si el del empresario o el de la víctima.

Por lo que se refiere a la gravedad de la culpa, indudablemente este por sí mismo es un elemento ya distorsionante en el tema que aquí se trata dado que el análisis se efectúa en relación con la causalidad. De esta forma la peculiaridad se origina a través de la modificación del estándar de diligencia exigible al trabajador²⁷ frente al que se exigiría a cualquier otro tipo de sujeto víctima de un suceso dañoso. Por tanto, si en cualquier tipo de relación se aplica el art. 1104 CCiv como exponente del canon de diligencia exigible, en el caso de la culpa de la víctima este artículo se aplicará de forma matizada ya que será necesario tener en cuenta las peculiares obligaciones que tiene un trabajador en materia de segu-

²⁴ Luque Parra, M. *La responsabilidad civil del empresario en materia de Seguridad y Salud Laboral*. Madrid: CES, 2002, p. 58. La STSJ Cataluña (Sala de lo Social) de 30 de septiembre de 2003 (AS 2003/236788), establece la irrelevancia de los pactos que desplazan la obligación empresarial de garantizar la seguridad de los trabajadores.

²⁵ Gutiérrez-Solar Calvo, B. Responsabilidad civil por accidentes de trabajo a cuya producción ha contribuido el trabajador. Borrajo Dacruz, E. (Dir.) *Nueva sociedad y derecho del trabajo*. Madrid: La Ley, 2004, p. 452.

²⁶ Navarro Fernández, J. A.; Pertíñez Vílchez, F. *Responsabilidad civil empresarial y riesgos laborales*. Barcelona: Bosch, 2002, p. 251

²⁷ Lapoyade Deschamps, C. *La responsabilité*. Op. Cit., p. 18. En contra, Martínez Mendoza, José Manuel F. Las distintas responsabilidades dimanantes del accidente de trabajo y enfermedades profesionales por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales. *Relaciones Laborales*, II/1999, p. 672.

ridad y salud laboral y su alcance; en concreto, el hecho de que se trata de obligaciones de segundo orden²⁸ y de que el empresario no puede excusar el cumplimiento de las suyas en el incumplimiento de la víctima, debiendo prever las posibles imprudencias de éste²⁹. Por estos motivos, hay que tener en cuenta que “no pueden ser aplicados los mismos criterios para medir la culpa de la víctima que la del agente del daño por la sencilla razón de que es exigible un superior grado de diligencia a quien controla un instrumento de riesgo que a quien no lo hace”³⁰. Así pues, la diligencia exigida a la víctima será inferior a la del empresario ya que se parte de que éste controla el instrumento de riesgo, esto es, es garante de seguridad. Por este motivo el canon de diligencia de la víctima debe completarse con aspectos de modalización de las obligaciones del trabajador, que pueden resumirse en los siguientes³¹: sus características personales, en el sentido de los conocimientos, experiencia, etc; la naturaleza de las medidas de prevención previstas en la empresa; la formación del trabajador³²; y las instrucciones provenientes del empresario o mando. Son estos factores los que determinarán el alcance de esos deberes por lo que no puede considerarse que exista incumplimiento del trabajador si no ha recibido formación, las medidas de prevención eran insuficientes, o se seguían las instrucciones del empresario³³. Sí lo habrá, en cambio, en las situaciones en que se contravengan dichas órdenes.

²⁸ González Ortega, S.; Aparicio Tovar, J. *Comentarios a la Ley 31/1995...* Op. Cit., p. 189. Aspecto también a tener en consideración para la medición de la imputación objetiva.

²⁹ Art. 14.4 y 15.4 LPRL y Pizá Granados, J. Los siniestros laborales por imprudencia del trabajador asociada con la falta de previsión del empresario (Comentario a propósito de la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 15 mayo 2000 (AS 2000, 2614)). *Aranzadi Social*, nº 13/2000, p. 3. Ref. electrónica BIB 2000\1509.

³⁰ Reglero Campos, L. Fernando. La conducta o la negligencia del perjudicado... Op. Cit. Ref. electrónica BIB 1997\160.

³¹ González Ortega, S.; Aparicio Tovar, J. *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*. Madrid: Trotta, 1996, p. 189-190.

³² STSJ Galicia (Sala de lo Social) de 8 noviembre 2004 (AS 2004\3790); STSJ Madrid (Sala de lo Social) de 4 de abril de 2006 (AS 2006\908); STSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Social) de 10 de enero de 2007 (AS 2007\3587); STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 21 de junio de 2006 (AS 2007\3777); STSJ Andalucía (Sevilla), (Sala de lo Social) de 27 de febrero de 2007 (AS 2007\1577); STS (Sala de lo Civil) de 22 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10092). En distinto sentido, STSJ Galicia (Sala de lo Social) de 23 junio 2000 (AS 2000\1708), que considera que el deber de vigilancia del empresario, teniendo en cuenta la formación y experiencia del trabajador, no debe jugar aquí como incumplimiento pues sería objetivar la responsabilidad empresarial, aspecto no adecuado en la responsabilidad civil.

³³ STS (Sala de lo Civil) de 12 julio 1999 (RJ 1999/4772); STS (Sala de lo Civil) de 31 diciembre 1997 (RJ 1997/9413); STS (Sala de lo Civil) de 10 julio 1993 (RJ 1993/6005). SAP (Penal) Alicante 29 enero 2003 (ARP 2003\211); STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 16 de mayo de 2006 (AS 2006\3513).

Todo ello, a su vez, al estar modalizado por las características personales del trabajador³⁴, suaviza el contenido de las obligaciones de éste último.

La misma idea es la que subyace en el caso de los restantes requisitos debiéndose tener en cuenta en este ámbito las peculiaridades que presenta la existencia de una modalidad de imprudencia como es la profesional o, relacionado con ese carácter secundario de las obligaciones del trabajador, la relevancia del momento en que se produce la conducta del mismo respecto del empresario, esto es, establecer quién incumplió primero y si estos incumplimientos son una consecuencia de otro o independientes.

Estas matizaciones se trasladan a los efectos que producen estas situaciones de conducta de la víctima en el ámbito laboral. De esta manera, a diferencia de otros ámbitos, no sólo el tratamiento de la conducta de la víctima será más comprensivo con su situación sino que los efectos derivados de esta conducta serán más moderados. De forma, que los efectos pueden ser de exoneración total del empresario, de exoneración parcial, o de no exoneración a partir de los distintos grados de ruptura del nexo causal. Supuestos que en la práctica se traducen en la eliminación o moderación de la cuantía indemnizatoria a la víctima del daño. Lo cierto es que para que exista una exoneración total de responsabilidad del empresario, la gravedad de la culpa de la víctima debe ser extrema.

En este sentido, se diferencia entre los casos de absorción de la culpa del empresario o la culpa exclusiva de la víctima. El supuesto de absorción de la culpa del empresario tiene lugar cuando se aprecia una culpa de la víctima en un grado tan elevado que la culpa del empresario deviene en irrelevante. En cambio, la culpa exclusiva de la víctima es un supuesto que suele asimilarse al de fuerza mayor, en que se produce una situación imprevisible o, si previsible, inevitable por el empresario, no existiendo culpa por su parte³⁵. Sin embargo, los supuestos de absorción de culpa del empresario apenas se plantean en la práctica y los casos en que la jurisprudencia ha considerado que existía son aquellos en los que ésta era tan insignificante³⁶ que el resultado se habría producido de igual modo³⁷. De forma que los supuestos de absorción se traducen en supuestos de culpa exclusiva de la víctima donde, en realidad, más que una

³⁴ STS (Sala de lo Civil) de 18 diciembre 1997 (RJ 1997/9105); STS (Sala de lo Civil) 11 julio 1997 (RJ 1997/5605); STS (Sala de lo Civil) 30 junio 1997 (RJ 1997/5409).

³⁵ Medina Alcoz, M. *La culpa de la víctima...*p. 141.

³⁶ En la práctica, cuando la cuota causal correspondiente al empresario es inferior al 10% se considera que existe culpa exclusiva de la víctima. En las restantes ocasiones, se procede a la moderación del quantum indemnizatorio.

³⁷ Yzquierdo Tolsada, M. *Sistema de responsabilidad civil...*Op. Cit., p. 208.

exoneración en sentido estricto podría afirmarse que no existe responsabilidad del empresario³⁸.

Por otra parte, es precisamente la especialidad del ámbito en que nos movemos lo que también afecta a la situación de “conurrencia de concausas”, esto es, cuando se considera que en el AT o EP han contribuido tanto el empresario como la víctima. Aquí es necesario señalar el elemento que suele diferenciar el tratamiento de esta figura respecto del resto de ámbito de la responsabilidad civil y que es la imprudencia profesional. En este sentido, durante mucho tiempo se ha discutido de qué forma puede afectar un supuesto de imprudencia profesional del trabajador a la responsabilidad del empresario, existiendo opiniones que consideraban que no se produce la ruptura del nexo causal dado que se trata de casos que el empresario debe prever³⁹, y otra opiniones que consideran que se puede llegar incluso a exonerar de responsabilidad civil al empresario⁴⁰. En todo caso, lo cierto es que lo más habitual en las resoluciones judiciales es no aceptar la exoneración total de responsabilidad pero sí su moderación⁴¹. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la imprudencia profesional no puede producirse en grado temerario⁴², y que una conducta con un grado de imprudencia inferior a esa graduación de temeridad no elimina el deber de cuidado empresarial. Esto resulta de su papel como garante de la seguridad, del cual se deriva, entre otros, el principio de desconfianza⁴³.

³⁸ STS de 27 enero 1983 (RJ 1983\392) que declara que al no poder ser reprochada de culposa o negligente la conducta del demandado, *desaparece la base jurídica imprescindible para la imputabilidad del dicho demandado en la causación del accidente y la consiguiente relación de causalidad entre la actuación de aquél y el daño resultante*.

³⁹ Gutiérrez-Solar Calvo, B. Responsabilidad civil por accidentes de trabajo a cuya producción... Op. Cit., p. 451.

⁴⁰ Alonso Olea, M. *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid: Civitas, 18ª edición, 1998, p. 78, citado en Navarro Fernández, J. A.; Pertíñez Vilchez, F. *Responsabilidad civil empresarial...* Op. Cit., p. 139 y STS 18 noviembre 1998 y 8 octubre 2001.

⁴¹ Más aún a partir de que el art. 96.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social prohíba la exoneración de responsabilidad empresarial en casos de culpa no temeraria o imprudencia profesional del trabajador..

⁴² Navas-Parejo Alonso, M. Culpa de la víctima y responsabilidad empresarial por accidente de trabajo. *Justicia Laboral*, nº 28, 2006, p. 89 y ss.

⁴³ Principio que se afirma por oposición al principio de confianza, el cual tiene especial importancia en el seno de organizaciones empresariales caracterizadas por la división del trabajo, tanto en sentido vertical como horizontal. En general, la base del principio de confianza reside en que, en los supuestos de reparto de roles, se da por hecho la ausencia de un control constante de unos sujetos respecto de los otros, no sólo por ser una tarea de complicada realización sino porque los otros sujetos son también responsables de sus propios actos (Díez-Picazo Giménez, Gema. *Los riesgos laborales...* Op. Cit., 2007, p. 183). En materia de seguridad y salud laboral este principio

Por lo que se refiere a la moderación de la responsabilidad, la doctrina y jurisprudencia atribuyen mucha relevancia al criterio de la imprudencia profesional, pues se trata de un elemento relacionado con la producción del daño, teniéndolo en cuenta en muchos de sus pronunciamientos⁴⁴. Lo fundamental en este sentido es que parece que una conducta o una imprudencia de tipo profesional suele dotar de menor relevancia a la conducta culpable de la víctima teniendo como consecuencia, como mucho, la reducción de la indemnización que le corresponde, e incluso de la cuantía del recargo de prestaciones, pero no la exoneración del empresario⁴⁵. En todo caso, esta consecuencia deberá ser matizada por las concretas características de la víctima; de forma que, si se trata de un profesional cualificado y sujeto a la *lex artis*, no será posible la calificación de su imprudencia como profesional en el sentido del art. 15.4 LPRL y, por tanto, perderá su derecho a la indemnización⁴⁶.

Como cierre a este apartado referido a la culpa de la víctima ha de señalarse que las pautas interpretativas que se derivan de la doctrina jurisprudencial llevan a las siguientes conclusiones⁴⁷: que no existe imprudencia cuando haya una orden del deudor de seguridad; tampoco cuando existe una insuficiencia de formación o de información de la víctima respecto del riesgo que efectivamente produce el

se encuentra modulado pues se entiende que el empresario, como garante de la seguridad y salud, siempre debe presuponer un cierto nivel de negligencia por parte de los trabajadores que se encuentran a su cargo. Más aún teniendo en cuenta que la LPRL establece la obligación del empresario de prever las distracciones o imprudencias profesionales del trabajador. (Íñigo Corroza, Elena. Sobre la sentencia absolutoria de empresarios de la construcción por las lesiones de un trabajador fundamentada en la imprudencia del propio trabajador. Comentario a la Sentencia de la Sección segunda de la Audiencia Provincia del Barcelona, de 2 de septiembre de 2003 (ARP 2003, 619). *Aranzadi Social*, nº 18, 2003. Ref. electrónica BIB 2003\1519). SAP Córdoba 24 julio 2000 (ARP 2000\2123).

⁴⁴ STSJ Cataluña (Sala de lo Social) de 23 febrero 2004 (JUR 2004\118157), entre otras.

⁴⁵ STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 23 de mayo de 2007 (AS 2007\69). Aunque hay sentencias que establecen que la imprudencia profesional del trabajador excluye el recargo de prestaciones, como es la STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 16 de mayo de 2006 (JUR 2006\271426). Por otra parte, es de señalar la STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 19 de abril de 2004 (RJ 2004/4049), que es la primera que admite la incidencia de la culpa de la víctima, no ya en cuanto al recargo de prestaciones, sino en cuanto a las sanciones administrativas que se impongan al empresario por falta de medida de seguridad. Ver el comentario realizado por Gómez Pomar, F.; Agrafojo Vázquez, I. Culpa de la víctima y derecho sancionador: el caso de la seguridad laboral. *REDT*, nº 127, 2005.

⁴⁶ Carrasco Martín, Jordi; Azagra Malo, Albert. Responsabilidad empresarial por accidentes laborales causados por cintas transportadoras. Comentario a la STS, 1ª, 6.11.2002. *Indret*, nº 4, 2003, working paper nº 176. www.indret.com.

⁴⁷ Pérez Capitán, Luis. *Imprudencia del trabajador accidentado y su incidencia en la responsabilidad empresarial*. Navarra: Aranzadi, 2009, p. 25 y ss.

daño; que la conducta del trabajador no es negligente aun cuando no ejerza el derecho de resistencia; que no operará la culpa de la víctima si el empresario mantiene una actitud de permisividad ante los incumplimientos de seguridad del trabajador; por último, que la imprudencia de la víctima debe ponerse en consideración con sus circunstancias personales, como puede ser la edad.

4. HECHO DE TERCERO, FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO

El segundo grupo de causas de exoneración es el que hace hincapié en el sujeto garante de la seguridad y salud laboral, esto es el empresario. Se trata del hecho de tercero, del caso fortuito y de la fuerza mayor.

4.1. El hecho de tercero

Tanto el hecho del tercero como la culpa de la víctima tienen en común el que se trata de hipótesis de intervención de la conducta de otro sujeto activo y su carencia de regulación en el CCiv. Ambos supuestos consisten en situaciones en que se produce la concurrencia de cursos causales que llevan a un AT o EP. Sin embargo, el hecho de tercero es un caso más general que el de la culpa de la víctima pues, partiendo de lo señalado anteriormente, se trata de un supuesto en que el interfiriente en el curso causal es ajeno a la relación laboral.

A este respecto, se afirma que “la actuación de tercero exonera de responsabilidad al agente material del daño, siempre que tal conducta no haya venido predeterminada o condicionada por la de dicho agente material o haya sido un mero instrumento suyo”. Su fundamento se sitúa en uno de los criterios de imputación objetiva que se manejan en la responsabilidad civil y que es el de la prohibición de regreso, que “impide retroceder en el curso causal cuando en él ha interferido la conducta dolosa de un tercero”⁴⁸. Un criterio cuyos condicionantes son que el sujeto que interfiere actúe con dolo o de forma gravemente negligente y que su conducta no se haya visto favorecida sensiblemente por la del demandado⁴⁹, es decir, que el acto sea libre. Si estos requisitos no se cumplen, el hecho de tercero afectará al nexo causal pero no lo romperá⁵⁰, produciéndose un supuesto de concurrencia de causas⁵¹. Por tanto, es habitual, y más en el ámbito que nos ocupa, la

⁴⁸ Citas de Yzquierdo Tolsada, M. *Sistema de responsabilidad civil...* Op. Cit., p. 203.

⁴⁹ Op. Cit. p. 203 y ss.

⁵⁰ García Murcia, Joaquín. La responsabilidad civil en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Temas Laborales*, nº 50, 1999, p. 226.

⁵¹ Morales & Sancho. *Manual práctico de responsabilidad civil*. Granada: Comares, 1993, p. 132.

existencia de concurrencia de responsabilidades a través de la presencia concurrente de cursos causales.

Hay que tener en cuenta que aquí la conducta empresarial se analizará con especial cuidado. De modo que, se insiste, en estos casos, debido al deber de cuidado que pesa sobre el empresario será esencial analizar su conducta y en concreto los elementos de la previsibilidad y evitabilidad pues no se trata de dos sujetos que no tienen ninguna relación con la víctima, como puede suceder ante un accidente de circulación en que se ven implicados tres vehículos, sino casos en que uno de los sujetos tiene un deber de cuidado sobre el otro, la víctima. Por esta razón se afirma que “decae la responsabilidad del agente inicial si la intervención de tercero fue completamente libre, pero no cuando el primer agente está obligado a impedir la segunda acción o cuando la segunda acción fue determinante de la primera, es decir, cuando sólo es continuación del curso causal existente”⁵².

Por tanto, en el caso de la seguridad y salud laboral, siendo el daño provocado por el tercero un AT o EP, se deberá examinar también la conducta del empresario dado que existe un deber de cuidado. Lo que no quiere decir que no pueda darse el caso de una ruptura del nexo causal pues habrá acontecimientos extremos que, aun dándose en el marco de la relación laboral, sean imposibles de prever o de evitar por el empresario. Por tanto, se deberá hacer un análisis de modo idéntico a lo que sucede en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor. Debe tenerse en cuenta que es complicado diferenciar entre el hecho de tercero y el caso fortuito y fuerza mayor, estableciendo la doctrina que, “con carácter general, tendrá la consideración de fuerza mayor si constituye un fenómeno externo a la conducta o al ámbito de actividad del eventual responsable o, en su caso, ajeno al ámbito de aplicación de una ley especial”⁵³. Por tanto, el tratamiento del hecho de tercero, en general, será equivalente al de fuerza mayor o caso fortuito en función de la exterioridad al ámbito de actividad del empresario⁵⁴ y del tipo de responsabilidad, objetiva o subjetiva, de que se trate⁵⁵. De hecho, si se observa, la jurisprudencia suele analizar estos casos equiparándolos posteriormente a una de estas dos figuras⁵⁶.

⁵² Moreno De Toro, C. La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados. Madrid: CES, 1999, p. 94.

⁵³ Reglero Campos, F. El nexo causal, ... p. 384.

⁵⁴ Op. Cit., p. 417 y ss.

⁵⁵ Rodríguez López, P. Manual sobre la responsabilidad en el derecho español. Madrid: Edisofer, 2010, p. 61.

⁵⁶ Es el caso de la ya mencionada STSJ Castilla y León de 5 de septiembre de 2014 (JUR 2014/249618).

4.2. Caso fortuito y fuerza mayor: concepto

Se ha dicho que en este estudio se pretende prestar una especial atención al caso fortuito y fuerza mayor. Los motivos son diversos. Entre todas las causas de exoneración por razón de la ruptura del nexo causal, las del caso fortuito y fuerza mayor constituyen aún una cuestión abierta que suscita importantes dudas tanto en cuanto a su concepto como en cuanto a su funcionamiento en materia preventiva. De hecho, como se viene afirmando, las anteriores causas, culpa de la víctima y hecho de un tercero, han sido consideradas en ocasiones como modalidades de la fuerza mayor o el caso fortuito seguramente porque tienen en común la incidencia de un suceso o conducta que el empresario no puede prever o evitar. De forma que la mayoría de causas de exoneración pivotan en torno a estas dos figuras que, precisamente, plantean como primer problema la carencia de un concepto propio de la seguridad y salud laboral y, es más, su distinción entre ellas. En consecuencia, en los siguientes epígrafes⁵⁷ se pretende esclarecer la distinción conceptual entre ambas así como su papel como figura situada en la frontera del elemento de la culpabilidad; sus efectos en la responsabilidad empresarial como elementos que pueda determinar, no sólo la ruptura total del nexo causal, sino también que sea posible que la misma sea parcial al igual que sucedía con las situaciones examinadas anteriormente.

En nuestra legislación no existe un concepto de caso fortuito y fuerza mayor específico para situaciones relacionadas con la seguridad y salud laboral y las previsiones al respecto son escasas⁵⁸. Es el art. 1105 del CCiv el que recoge un concepto que, en conjunto, engloba a estas dos figuras⁵⁹. Esta ausencia de diferenciación por parte del mencionado precepto es lo que ha planteado multitud de debates en torno a la delimitación de ambas vías de exoneración causal.

En general, la mayor parte de los sistemas no suele diferenciar entre ambas figuras (es lo que sucede en el sistema español) llegándose, incluso, en algunos casos como el italiano, a regular únicamente una de ellas. Sin embargo, lo cierto es que a lo largo de nuestro CCiv (y pese a esa regulación unitaria) sí existen preceptos que especifican que, en determinados casos, la exoneración de responsabilidad se producirá, únicamente, en supuestos de fuerza mayor, como existen determinados ámbitos en donde el caso fortuito no opera como excepción a la

⁵⁷ Ver también Navas-Parejo Alonso, M. Vías de exoneración de la responsabilidad empresarial... Op. Cit., 2013.

⁵⁸ Arts. 115.4 LGSS y 139 Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común.

⁵⁹ Así pues, establece que “Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

responsabilidad del deudor. Es precisamente esta ambigüedad lo que llevó a la doctrina y jurisprudencia a plantearse si se estaba ante dos figuras distintas.

No obstante, se puede decir que esta distinción no siempre resulta útil o necesaria. En concreto, y ello se observa también a través del estudio de la más reciente jurisprudencia, en los sistemas de responsabilidad civil por culpa la diferencia entre el caso fortuito y fuerza mayor no resulta relevante dado que sus efectos son siempre idénticos. En cambio, en los sistemas de responsabilidad objetiva la cuestión es diferente. Dando como resultado que los efectos, e incluso en ocasiones el concepto, de caso fortuito y fuerza mayor son coincidentes en los ámbitos de la responsabilidad por culpa; mientras que difiere en la responsabilidad objetiva, de modo que, la fuerza mayor sería la única que exonerase de responsabilidad, no así el caso fortuito, por depender más de elementos propios de la culpabilidad al acaecer en el interior de la actividad del demandado⁶⁰. Esto será analizado con mayor profundidad en epígrafes posteriores.

El art. 1105 CCiv al definir caso fortuito y fuerza mayor presenta dos componentes⁶¹: uno objetivo, que es el suceso; otro subjetivo, que es la necesidad de que dicho suceso sea imprevisible o inevitable, esto es, los condicionantes fundamentales de calificación de una situación como tales.

Por lo que se refiere al suceso, cabe preguntarse si éste está constituido por el acontecimiento insuperable o por el daño producido por el mismo. El art. 1105 CCiv parece comprender ambos ya que se habla de “responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse”. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia clarifican este aspecto dando prioridad a determinar si el acontecimiento, el suceso, no el resultado del mismo, era previsible y evitable⁶². En todo caso, habría sido más adecuado en este sentido una redacción que estableciera que nadie responderá de las consecuencias o daños producidos por un suceso imprevisible o, si previsible, inevitable⁶³. Así pues, por suceso debe entenderse tanto

⁶⁰ Reglero Campos, L. F. El nexos causal... Op. Cit., p. 382 y ss. También, Álvarez Olalla, P. ¿Quién responde de los daños causados por colisión con animales que irrumpen en la calzada? Novedades legislativas y jurisprudenciales. Aranzadi Civil-Mercantil, nº 6, 2014. BIB 2014\3284.

⁶¹ Peña López, F. *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Granada: Comares, 2002, p. 572.

⁶² En este sentido, cabe citar a Jordano Fraga, F. *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*. Madrid: Civitas, 1994, p. 232 y ss: “en el ámbito de ciertas actividades, industriales o no, la diligencia exigible al deudor, para prever y evitar los eventos que puedan causar la imposibilidad sobrevenida de su cumplimiento, de su exactitud, de su puntualidad – ex artículos 1105 y 1182 y ss. CC.-, puede imponer al deudor el estar dotado de equipos electrónicos de emergencia para el caso de que el suministro público falle”.

⁶³ Debiendo entenderse que esa afirmación de que “nadie responderá” se refiere a los deudores de la obligación, no a posibles terceros, por ejemplo.

una conducta humana (aquí es donde suele producirse la confusión con el hecho de tercero) o el efecto o el resultado de la misma, como un fenómeno de la naturaleza. Dicho suceso, además, debe guardar una relación de causalidad con el daño para que pueda considerarse determinante de la exoneración de responsabilidad del sujeto en cuestión⁶⁴. Por tanto, cualquier suceso podría ser constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor⁶⁵.

Por su parte, con la previsibilidad se mide si la producción de un hecho es posible de contemplar atendiendo a las circunstancias normales de la vida. En este sentido, es necesario precisar que, aunque este elemento suele analizarse atendiendo a las circunstancias existentes en el momento de constituirse la obligación, en el caso de la seguridad y salud laboral, al tratarse de una obligación derivada del contrato de trabajo, la previsibilidad se debe referenciar a toda la vida de la relación laboral⁶⁶. Así pues, para la medición de este requisito se tendrán en cuenta parámetros de normalidad y frecuencia del suceso frente a su carácter excepcional, y de probabilidad de su realización atendiendo a las circunstancias del caso pero sin prescindir de la valoración de la diligencia empresarial.

En cuanto a la inevitabilidad, también llamada en ocasiones irresistibilidad, se entiende por tal la imposibilidad de evitar que el hecho se presente. Esta inevitabilidad que se exige no es absoluta, sino que también se considera como tal aquella en que se produce un suceso que “no cabe sensatamente detener”, de modo que aunque con una diligencia extrema pudiera atajarse, esta exigencia supondría un exceso. En general, es un elemento que suele manifestarse simultáneamente con la previsibilidad, pues normalmente un suceso llega a ser inevitable por ser imprevisible. En cualquier caso, como se examinará después, la evitabilidad requiere también de un análisis de la diligencia del deudor ya que el suceso es inevitable según la diligencia exigible, que no será otra que “la correspondiente a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”⁶⁷. Además, el hecho no debe derivar de la conducta culpable del empresario, es decir, que el suceso se produzca con independencia de la conducta del deudor⁶⁸, que puede ser tanto dolosa como a título de simple negligencia. En conse-

⁶⁴ Peña López, F. *La culpabilidad en la responsabilidad civil...* Op. Cit., 2002, p. 578 y ss.

⁶⁵ Con excepción, si habláramos en sentido estricto, de la conducta de la víctima o el hecho de tercero.

⁶⁶ Fernández Domínguez, J. J. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*. Madrid: Civitas, 1992, p. 55 y ss.

⁶⁷ Op. Cit. p. 62.

⁶⁸ Concepción Rodríguez, J. L. *Derecho de Daños...* Op. Cit., 1997, p. 88. Aunque existen discusiones doctrinales acerca de si considerar esta inimputabilidad como ausencia de culpa o como presencia de una diligencia normal (Fernández Domínguez, J. J. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*. Madrid: Civitas, 1992, p. 46 y 49).

cuencia, la inevitabilidad exige el estudio de la diligencia del empresario, lo que suele realizarse de forma conjunta con la valoración de la previsibilidad del sujeto.

Por último, el suceso debe determinar que el cumplimiento de la obligación sea imposible⁶⁹. Dicha imposibilidad debe ser sobrevenida, definitiva o temporal, pero siempre total pues si es parcial el empresario no podrá exonerarse de responsabilidad, debiendo tenerse en cuenta que la imposibilidad puede ser absoluta o relativa en función del supuesto en que nos encontremos, pues no será posible de realizar una prestación que conlleve una excesiva onerosidad. La medición de estos parámetros se realiza teniendo en cuenta las concretas circunstancias y el sujeto deudor ya que resulta más que factible que esta imposibilidad lo sea para un concreto empresario pero no para otro sujeto.

4.3. Criterios de distinción conceptual y su frontera con la imputación subjetiva

Pese a las anunciadas dificultades, existen diversos criterios que permiten distinguir entre las dos figuras⁷⁰. El primero de ellos atiende al origen del suceso encontrándose la diferencia en el hecho de que el suceso a que se refiere el mencionado precepto, ése que es imprevisible o, si previsible, inevitable, tiene un origen diferente que, en el caso del caso fortuito sería ajeno a la voluntad del hombre y provendría de causas naturales, mientras que, si el hecho procede de un tercero, se estaría ante un supuesto de fuerza mayor⁷¹. Un segundo criterio atiende, no al origen, sino en quién recaen los efectos del suceso. De este modo, se estaría ante una fuerza mayor cuando dichos efectos recaigan sobre la persona del obligado, en este caso el empresario, y se trataría de caso fortuito cuando los mismos recayesen sobre la prestación⁷². Esto es, una cosa sería que el empresario sufriera una eventualidad en su persona que le hiciera imposible cumplir con su obligación; y otra, que el suceso recayera sobre las circunstancias que le rodean haciendo imposible su prestación. Por tanto, “se trataría así de fuerza mayor todo tipo de acto violento sobre las personas, quedando el caso fortuito para los demás accidentes inevitables”⁷³.

⁶⁹ Martín Iglesias, F. Caso fortuito, fuerza mayor y consumidores. *Cuadernos de Estudios Empresariales*, nº 10, 2000, p. 103.

⁷⁰ Fernández Domínguez, J. J. *La fuerza mayor como causa de extinción...* Op. Cit., p. 90 y ss.

⁷¹ Sánchez Román, F. *Estudios de Derecho Civil IV*. Madrid: Est. Tipográfico “Sucesores de Rivadeneyra”, 1899, p. 311 y ss, citado por Yzquierdo Tolsada, M. *Sistema de responsabilidad...* Op. Cit., p. 201.

⁷² Mucius Scævola. *Código Civil*, t. XIX, Madrid, 1902, p. 523 y ss.

⁷³ Yzquierdo Tolsada, M. *Sistema de responsabilidad...* Op. Cit., 2001, p. 202.

Los anteriores criterios, aun teniéndose en cuenta, son escasamente utilizados. En cambio, existen otros dos que tienen más relevancia y son empleados en la práctica judicial. Uno de ellos, de tipo subjetivo⁷⁴, hace referencia a las características del suceso y se refiere a la “evitabilidad mediante la previsión”⁷⁵. Así pues, la fuerza mayor sería “un tipo de suceso absolutamente insuperable en cualquier condición”; a diferencia de ello, el caso fortuito es el evento que es insuperable por ser imprevisible. Se trata de un criterio que introduce en la noción de caso fortuito elementos de apreciación subjetiva. De este modo, en la fuerza mayor, la previsión o no por el empresario sería irrelevante debido a que la violencia o naturaleza del acontecimiento que causa el daño es inevitable. Por lo contrario, en el caso fortuito dicho suceso es más relativo de modo que si hubiera sido previsto probablemente habría sido evitado, examinándose la previsibilidad según el caso y las circunstancias concretas. Con la dimensión subjetiva se tiene en cuenta la diligencia del empresario, trascendiendo esta figura su carácter de elemento relacionado con la causalidad de la responsabilidad y acercándola a la culpabilidad, motivo por el que en algún caso se residencia el caso fortuito en el juicio de culpabilidad y no en el de causalidad⁷⁶.

El otro criterio, el objetivo, se refiere a la exterioridad del acontecimiento. Se señala así que será caso fortuito aquél que se desarrolla en la esfera interna del sujeto, en el caso que nos ocupa en la esfera del control o actividad empresarial, y fuerza mayor el que se produce fuera de ella y de forma objetiva. Una teoría desarrollada por Exner originariamente en el ámbito de los transportes y que ha sido considerada como la más adecuada para el ámbito de la seguridad y salud laboral, no sólo por su perfecta adecuación a la consideración de los ámbitos de riesgo creados por el empresario sino, también, porque “la diferencia entre ambas figuras debe establecerse partiendo de un criterio objetivo (origen del suceso) y no subjetivo (grado de inevitabilidad o imprevisibilidad), porque es el único que resulta razonable desde la perspectiva de la causalidad jurídica ligada a tales actividades”⁷⁷.

⁷⁴ Aunque parte de la doctrina lo denomina teoría objetiva (Martín Iglesias, F. Caso fortuito... Op. Cit., p. 101).

⁷⁵ Medina Crespo, M.; Medina Alcoz, M.; Medina Alcoz, L. La fuerza mayor y su condicionada virtualidad exoneradora en sede de responsabilidad civil. <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Mariano%20Medina%20Crespo%20parte1.pdf>.

⁷⁶ Rogel Vide. La responsabilidad civil extracontractual. Madrid, 1976, p. 73 y ss. STSJ Cataluña (Social) de 4 de mayo de 2012 (AS 2012\2658).

⁷⁷ Medina Crespo, M.; Medina Alcoz, M.; Medina Alcoz, L. La fuerza mayor... Op. Cit.

Por tanto, este criterio de diferenciación presta atención a la “esfera de acción/obligaciones” del empresario⁷⁸. Un criterio que, no obstante y en la práctica, es combinado por la jurisprudencia⁷⁹. Así pues, fuerza mayor (también denominada en ocasiones caso fortuito extraordinario) sería el acontecimiento externo a la esfera de acción y obligaciones del sujeto o, incluso, ajeno a la aplicación de una ley especial, y extremo en cuanto insuperable. Esto es, ajenidad e insuperabilidad⁸⁰. Una exterioridad que hace que en la fuerza mayor la valoración de la dili-

⁷⁸ Para esta diferenciación ver también Navas-Parejo Alonso, M. “Obligaciones y responsabilidades... Op. Cit., 2012.

⁷⁹ STS (Civil) de 30 de septiembre de 1983 (RJ 1983\4688): “los casos de fuerza mayor no sólo son imprevisibles sino además inevitables o irresistibles (“vis cui resisti non potest”) manteniendo teorías subjetiva y objetiva, apreciando en la primera que mientras el caso fortuito es el acontecimiento que no puede preverse, pero que previsto pudiera haber sido evitado, la fuerza mayor es el acontecimiento que aun cuando se hubiera previsto habría sido inevitable, en cambio la segunda, atendiendo a la procedencia interna o externa del obstáculo impositivo del cumplimiento de la obligación, configura el caso fortuito como acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación, y a la fuerza mayor como el acaecimiento que se origina fuera de la empresa o círculo del deudor, con violencia insuperable tal que, considerado objetivamente, queda fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario y normal de la vida, lo que conduce, en ambas apreciaciones, a que si en principio, y por punto general, la distinción entre el caso fortuito u la fuerza mayor no está expresamente recogida en nuestro Código Civil, y concretamente en su art. 1105, no obstante esta distinción es necesaria en determinados casos [...]”. De igual modo, la STS (Contencioso-Administrativo) de 4 de octubre de 1999 (RJ 1999\8539) establece que “la fuerza mayor [...] no sólo exige que obedezca a un acontecimiento que sea imprevisible e inevitable, como el caso fortuito, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente”. Por tanto, como supuestos de fuerza mayor pueden señalarse acontecimientos tanto procedentes de las fuerzas de la naturaleza como puede ser el terremoto o la inundación, como procedentes de la acción del hombre, como podría ser la guerra. (Jourdain, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2003, 6ª ed., p. 72). En el mismo sentido, STS (Contencioso-Administrativo) de 1 de noviembre de 2001 (RJ 2001\10098); STS de 23 de mayo de 1986 (RJ 1986\4455); STS de 19 de abril de 1997 (RJ 199\3233). También, en el ámbito de la circulación de vehículos de motor (SAP Cádiz de 15 de abril de 2008 (JUR 2008\244543).

⁸⁰ Esta combinación de criterios se observa también en otros ámbitos como es el de la asistencia sanitaria (STSJ C. Valenciana de 21 de noviembre de 2001 (AS 2001\1391): “precisando en cuanto a la exclusión de imputación por existencia de fuerza mayor, después de subrayar la inexistencia en nuestro derecho de una definición de la fuerza mayor distinguiéndola del caso fortuito, puesto que en el artículo 1105 del Código Civil se establece una regulación omnicomprendensiva de ambos supuestos, en la que se exige, como señala el precepto, que estemos en presencia de sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables, y de resumir la doctrina al respecto de la acentuación de la imprevisión e inevitabilidad y de que el acaecimiento se origine fuera de la empresa o círculo del deudor –fuerza mayor–, o en el ámbito interno –caso fortuito–, con ejemplos de derecho positivo y de jurisprudencia, que «en esta distinción... no se pueden olvidar los requisitos que se derivan de la definición del artículo 1105 del

gencia desplegada por el deudor sea irrelevante⁸¹. En cambio, el caso fortuito se asociaría a la esfera del empresario, sería un acontecimiento relacionado con su actividad, pero que es imprevisible ya que, si fuera previsible, tendría que ser también insuperable, algo que no suele ser lo habitual en este tipo de situaciones⁸². Sería un supuesto que forma parte “del círculo de actividades del deudor”⁸³.

El uso de este criterio de distinción puede encontrarse, además de en la jurisprudencia, en la propia legislación en lo referido a los AT. Por una parte, en el art. 139 LRJAPyPAC que prevé la exoneración de la Administración en supuestos de AT por fuerza mayor pero no cuando se trate de caso fortuito⁸⁴, lo mismo que sucede con el Code de Assurances en Francia⁸⁵. Y, por otra parte, en el art. 115.4 LGSS⁸⁶ que establece que no tendrán la consideración de AT “los

Código Civil, requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad, y así también se pueden contraponer al caso fortuito y como fuerza mayor, los hechos que no se puedan incardinar, por no poder preverse en el curso normal de la vida, en la forma ordinaria de producirse las cosas o los acontecimientos. En la doctrina objetiva cuanto pasa en el círculo interno, que es calificado como supuesto de caso fortuito, lo es en tanto constituye un hecho previsible o evitable. Las doctrinas de referencia establecen criterios de diferenciación entre ambos supuestos, el caso fortuito y la fuerza mayor, pero no pueden imponer criterios de definición ya que éstos los estableció el legislador en el artículo 1105 del CC”.

⁸¹ Medina Crespo, M.; Medina Alcoz, M.; Medina Alcoz, L. La fuerza mayor y su condicionada...Op. Cit.

⁸² STS 6 de abril de 1909, que atribuye responsabilidad al empresario en supuestos de caso fortuito por tener “relación con los riesgos propios de cada una de las profesiones o industrias que dicha Ley (LAT) abarca, mientras no sean producidos por fuerza mayor extraña al trabajo, debiendo entenderse que existe fuerza extraña cuando ésta es de tal naturaleza que ninguna relación ni conexión guarda con el ejercicio o profesión de que se trate”; En el mismo sentido, STS (Civil) de 2 de enero de 1945 (RJ 1945\117).

⁸³ STS (Civil) de 2 de enero de 1945 (RJ 1945\117); STS (Contencioso-Administrativo) de 28 de octubre de 1998 (RJ 1998\9589); SAP (Civil) Teruel de 5 de marzo de 2002 (AC 2002\644). Reglero Campos, L. F. El nexa causal. ... Op. Cit., 2002, p. 324.

⁸⁴ Díaz-Regañón García-Alcalá, C. Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria. *InDret*, nº 1, 2004, doc. electrónico nº 180. www.indret.com. En cuanto a la exclusión del caso fortuito como vía de exoneración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública también Nistal Burón, J. La responsabilidad patrimonial de la administración penitenciaria derivada de la anulación de actuaciones por la jurisdicción de vigilancia penitenciaria. *Aranzadi Doctrinal*, nº 7, 2014. BIB 2014\3672.

⁸⁵ Norma que regula el contrato de seguro (art. 113.1). (Calzada Conde, M. A. La protección del asegurado en la Ley de Contrato de Seguro. BIB 2013\16045 Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). La protección del cliente en el mercado asegurador. BIB 2013\2342).

⁸⁶ Así pues, establece que “no tendrán la consideración de accidente de trabajo: a.- Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza”.

que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente”. Este artículo, sin mencionar el caso fortuito⁸⁷, hace referencia a la fuerza mayor extraña al trabajo y establece ejemplos de lo que en ningún caso se consideran tales (insolación, rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza), supuestos que podrían considerarse claramente de fuerza mayor en el ámbito civil. Podría entenderse, al igual que hace el art. 1105 CCiv y mucha doctrina y jurisprudencia, que la LGSS aúna en uno los dos conceptos. Sin embargo, debe observarse que dicho precepto establece que el suceso no debe tener ninguna relación con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. De este modo, un caso fortuito definido como aquél que entra en la esfera de actuación del sujeto no podría enmarcarse en la exclusión del art. 115.4 LGSS pues siempre se producirá en el ámbito del trabajo. Esto no quiere decir que el sujeto que produce el daño deba responder en los supuestos de caso fortuito sino que lo que significa es que, a efectos de la Seguridad Social, este acontecimiento será AT y por tanto generará el derecho a las prestaciones que corresponda⁸⁸. No así la fuerza mayor, situación en la cual el sujeto demandado no sólo no será responsable sino que ni siquiera el daño se calificará como AT pues el nexo causal con el trabajo no existiría⁸⁹.

5. LA ADAPTACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DEL CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL A PARTIR DE LA PRESENCIA DE ELEMENTOS SUBJETIVOS

5.1. Valoración de la necesidad de la distinción de figuras en el marco de la seguridad y salud laboral

Se ha dicho que la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor no tiene en realidad interés práctico debido a que sus efectos en el marco de la responsabilidad civil son idénticos, esto es, exoneración de la responsabilidad empresarial.

⁸⁷ Lo cual hace que diversos autores consideren que en esta definición puede encontrarse incluido en cierto modo, algún supuesto de caso fortuito. (Luque Parra, M. *La responsabilidad civil...* Op. Cit., p. 66).

⁸⁸ Es el caso que analiza la STS (Social) de 14 de octubre de 2014 (JUR 2015\462).

⁸⁹ Aunque el TS prefiera calificarlo de “condición” más que como “causa”. González Ortega, S., A vueltas con el concepto de accidente de trabajo, en el supuesto de enfermedades comunes manifestadas en tiempo y lugar de trabajo, (Comentario a la Sentencia del TS de 27 de febrero de 2008), *Aranzadi Social*, nº 5, 2008. BIB 2008\990).

No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que esto es así sólo en los casos en que la responsabilidad que se sustancie sea por culpa ya que las responsabilidades objetivas suelen funcionar bajo parámetros definidos por las “teorías del riesgo”, de modo que se entiende que, cuando un factor se desarrolla dentro del riesgo creado y controlado por el deudor, éste debe responder de sus consecuencias, tanto si fue diligente como si no.

Como se ha visto, la diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor suele atender al ámbito de la actividad del deudor. Así pues, la fuerza mayor, al ser externa queda fuera del ámbito de la obligación del deudor por lo que, se esté ante un sistema subjetivo u objetivo, no habrá generación de responsabilidad. Por sus características “excede a priori el concepto de diligencia”⁹⁰. En cambio, no sucede lo mismo cuando se trata del caso fortuito pues su integración en la esfera interna le dota de una mayor exigencia de modo que su examen depende en mayor medida de elementos relacionados con la culpa que, en un sistema de responsabilidad objetiva, no se tienen en cuenta.

Estas afirmaciones se ven avaladas por la existencia en el CCiv de determinados preceptos que consideran que en determinadas situaciones el deudor se ve exonerado del cumplimiento de sus obligaciones únicamente en el supuesto de la fuerza mayor no siendo así en el caso fortuito. El propio art. 1105 CCiv lo permite cuando establece que “Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación ...” (es el caso ya comentado sobre la responsabilidad en el marco de la Administración Pública). Ahora bien, la cuestión es ver si esto, la diferenciación entre figuras, es aplicable en el caso de la responsabilidad civil o indemnizatoria por AT.

La cuestión referida a la naturaleza de la responsabilidad civil por AT ha sido relativamente resuelta⁹¹. Y se dice relativamente porque, aunque en principio puede parecer que se está, evidentemente, ante un supuesto de responsabilidad por culpa, existen todavía opiniones que sostienen lo contrario⁹², apoyándose en la concepción de la obligación de seguridad como una obligación de resultado. No obstante, se acepta de forma general que, aunque a priori parece

⁹⁰ Olmo Guarido, N. del. *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones*. Navarra: Aranzadi, 2004, p. 224.

⁹¹ Un análisis sobre este tema en Navas-Parejo Alonso, M. “Obligaciones y responsabilidades... Op. Cit., p. 309 y ss.

⁹² De hecho, existe doctrina que considera que es posible encontrarse ante una obligación de resultado en cuya imputación de responsabilidad sea exigible la negligencia (Rodríguez Sanz De Galdeano, B., «Hacia un concepto único de seguridad y diligencia debida en la determinación de las responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales», en *Revista de Derecho Social*, núm. 44, 2008, p. 86).

más garantista que la obligación se considere de resultado⁹³, su valoración como tal no es posible no sólo porque esto generaría evidentes efectos desincentivadores de la prevención⁹⁴ sino, también, porque ni siquiera el art. 4.1 LPRL exige la eliminación de cualquier situación de riesgo ya que acepta e la mera atenuación de los mismos cuando sean imposibles de eliminar. No obstante, también es verdad que, sin ser una obligación de resultados y, por tanto, generadora de una responsabilidad objetiva, en la práctica la exigencia de diligencia al empresario es tan elevada⁹⁵ que llevaba a la calificación de este tipo de responsabilidad como “cuasi objetiva”⁹⁶. En todo caso, una vez sucede el AT prácticamente recae sobre el empresario una presunción de culpabilidad⁹⁷, sólo posible de desvirtuar con una exhaustiva prueba a su cargo en la que quede suficiente demostrado que ha desplegado un nivel de diligencia muy elevado; lo que, en definitiva, convierte la exoneración de responsabilidad en casi excepcional.

⁹³ Luque Parra, M., *La responsabilidad civil del empresario...*, op. cit., 2002, p. 21.

⁹⁴ Desdentado Bonete, A.; Puebla Pinilla, A. de la, “Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones”, en Gonzalo González, B.; Nogueira Gustavino, M. (dirs.), *Cien Años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*. Madrid: Fraternidad Muprespa, 2000, p. 650.

⁹⁵ Lo cual lleva a la doctrina a afirmar que la obligación de seguridad y salud, pese a ser de medios, “prácticamente es de resultados”. (González Ortega, S.; Aparicio Tovar, J. *Comentarios a la Ley 31/1995...* Op. Cit. p. 107.

⁹⁶ Es cierto que esta consideración de corte cuasi objetivo era más propio de la jurisdicción Civil, siendo la sala de lo Social del TS más propicia a utilizar criterios propios de la responsabilidad subjetiva mediante la imposición de un canon o nivel de diligencia no especialmente estricto, sobre todo en comparación con la otra jurisdicción. Pero dicha diferencia se fue reduciendo con el tiempo produciéndose un acercamiento entre jurisdicciones. De este modo, y aunque con la aprobación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se establece, definitivamente, la competencia del orden Social en estos asuntos, el tratamiento en este orden de las cuestiones relativas a los AT y EP es el de una responsabilidad cuasi objetiva.

⁹⁷ STSJ Galicia (Social) de 9 de marzo de 2012 (AS 2012\1003); STSJ Andalucía (Social) de 14 de julio de 2011 (AS 2011\2740): “No puede sostenerse la exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio alguno, fundamentalmente porque no son parejas la respectiva posición de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral, desde el punto y hora en que con su actividad productiva el empresario “crea” el riesgo, mientras que el trabajador -al participar en el proceso productivo- es quien lo “sufre”; aparte de que el empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar (art. 20 ET) y en último término está obligado a evaluar y evitar los riesgos, y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias (art. 15 LPRL), estableciéndose el deber genérico de “garantizar la seguridad y salud laboral” de los trabajadores (art. 14.1 LPRL). En el mismo sentido, STSJ Extremadura (Social) de 15 de mayo de 2012 (AS 2012\2239); STSJ Cataluña (Social) de 4 de mayo de 2012 (AS 2012\2658). No obstante, en contra, por ejemplo, la STSJ Castilla y León de 5 de septiembre de 2014 (JUR 2014\249618).

La anterior conclusión haría innecesaria, de acuerdo con las consideraciones señaladas anteriormente, la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor ya que sus efectos siempre serían los de exoneración de la responsabilidad⁹⁸. Sin embargo, la exigencia de diligencia en este ámbito es importante⁹⁹ y, si se observa, cuando se diferencia entre ambas figuras con base en criterios de corte objetivo, esto es, la interioridad o exterioridad del acontecimiento respecto a la esfera de actuación empresarial, el caso fortuito exige un examen pormenorizado de la conducta empresarial, de su grado de diligencia empleado. Esto es, su adaptación al terreno preventivo viene determinada por la especial posición del empresario.

Por ello, si en un AT el acontecimiento fue externo esto significa que habrá que examinar lo relativo a su inevitabilidad más que a su previsibilidad, mientras que en el caso fortuito se centrará la atención fundamentalmente en la previsibilidad. Con esto se quiere decir que puede ser que los efectos del caso fortuito y la fuerza mayor sean los mismos, exoneración de responsabilidad, pero el análisis de la conducta empresarial será diferente en cada caso debiéndose valorar, ante un AT, si el suceso entra en la esfera de acción empresarial o no. Si no es así, se examinará su inevitabilidad y los restantes elementos añadidos que se comentaban anteriormente. Si, por el contrario, se integra en la esfera

⁹⁸ STS (Social) de 23 de noviembre de 1994 (RJ 1994\9233); STSJ País Vasco (Social) de 18 de abril de 2006 (AS 2006\1471).

⁹⁹ Y, de hecho, admitida en este ámbito (STSJ País Vasco (Social) de 12 de septiembre de 2000 (JUR 2001\40383). STSJ Cataluña (Social) de 23 de enero de 2012 (AS 2012\490): “El caso fortuito y la fuerza mayor responden a la situación que no hubiera podido preverse, o que prevista fuera inevitable (art. 1105 CC), excluyéndose en tales casos la responsabilidad empresarial siempre que exista una constancia diáfana de la inexistencia de incumplimiento por parte del empleador. Desde el prisma doctrinal se manejan dos teorías para distinguir caso fortuito y fuerza mayor, las teorías subjetiva y objetiva: Conforme a la Teoría subjetiva: el caso fortuito es el acontecimiento que no puede preverse, pero que previsto pudiera haber sido evitado, y la fuerza mayor es el acontecimiento que aun cuando se hubiera previsto, habría sido inevitable. Conforme a la Teoría objetiva: el caso fortuito es el acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación, y a la fuerza mayor como el acaecimiento que se origina fuera de la empresa o círculo del deudor, con violencia insuperable tal que, considerado objetivamente, queda fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario y normal de la vida. Para que caso fortuito o fuerza mayor originen la irresponsabilidad han de concurrir los siguientes requisitos. 1) Que sea imprevisible por exceder del curso normal de la vida o que previsto, sea inevitable, insuperable o irresistible. 2) Que no se deba a la voluntad del deudor. 3) Que su concurrencia haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impida el nacimiento de la misma. 4) Que entre el caso fortuito o la fuerza mayor y el daño exista una relación de causalidad adecuada. 5) Que el empresario pruebe la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, en tanto que hechos impositivos del deber de seguridad”. En contra de la diferenciación, STSJ Galicia (Social) de 9 de junio de 2011 (AS 2011\2316).

empresarial, se deberá examinar la previsibilidad del evento a partir de un examen de la diligencia empresarial.¹⁰⁰ Esto es, mientras la fuerza mayor no requiere de especial prueba de diligencia, el caso fortuito sí¹⁰¹.

5.2. La interpretación del caso fortuito y fuerza mayor en el ámbito de la seguridad y salud laboral: la importancia de los elementos subjetivos

Se acaban de mencionar los elementos que componen los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor y cómo su relevancia es diferente en función de cuál sea la figura. Pero, como sucedía con las otras vías de exoneración, se trata de unos elementos y conceptos que no fueron pensados para el concreto ámbito de la seguridad y salud laboral. A pesar de contar con determinados antecedentes de la existencia de estas figuras en el marco de la legislación de accidentes de trabajo, lo cierto es que los conceptos relativos a ellos se encuentran, exclusivamente, en el ámbito civil. Las menciones en el ámbito laboral se limitan a reseñar sus efectos y limitaciones.

Este tipo de carencias y la necesidad de remisión a la normativa propia de otras ramas del derecho provocan siempre problemas de interpretación en el marco de la seguridad y salud laboral, donde la relación entre las partes del contrato es especialmente singular. La posición del trabajador, en desequilibrio respecto del empresario, hace que determinados principios y normas sean matizadas con el fin de equilibrar esas posiciones en principio desajustadas; entre otras, la interpretación de la culpabilidad o de determinados principios referidos a la causalidad como es el de confianza. Por todo ello, y habida cuenta que estas figuras son propias del marco civil, debe examinarse su proyección en el marco de la prevención de riesgos laborales.

En general, se ha visto que resulta útil la diferenciación entre estos dos conceptos pues, dadas las características de la relación laboral, el que un suceso se enmarque en el ámbito de la actividad empresarial suele teñir de sospecha la actuación del empresario, que deberá probar que el AT se produjo por causas

¹⁰⁰ Son supuestos de casos fortuitos en situaciones de AT la caída del andamio por mareo del trabajador (STSJ Andalucía (Social) de 19 de enero de 2012 (AS 2012\176)), el fallecimiento por el derrumbamiento de un muro colindante a lugar de la construcción cuando no hay culpa o negligencia del empresario (STS Andalucía (Social) de 22 de diciembre de 2011 (AS 2012\231)); la lesión por el descorche de una bombona de oxígeno (STSJ Galicia (Social) de 9 de junio de 2011 (AS 2011\2316)); accidente por la rotura de una cuchilla y carcasa protectora revisada adecuadamente por el empresario (STSJ Andalucía (Social) de 9 de junio de 2011 (AS 2011\237)), entre otros. Mientras que es un supuesto de fuerza mayor el accidente en un supuesto de vientos de excepcional fuerza (STSJ Murcia de 15 de marzo de 2002 (JUR 2002\120998)).

¹⁰¹ Medina Crespo, M.; Medina Alcoz, M.; Medina Alcoz, L. La fuerza mayor y su condicionada... Op. Cit.

ajenas a su actuación. Pero esto no significa que todos los supuestos que se desarrollan fuera de esa esfera sean calificados de fuerza mayor, ni tampoco que los que se desarrollan dentro conlleven responsabilidad empresarial. Ambos supuestos tienen una serie de elementos precisos que deben concurrir para exonerar de responsabilidad empresarial; si bien es cierto que esto es más sencillo en la fuerza mayor. Entre dichos elementos destacan la previsibilidad y la evitabilidad; y destacan no sólo porque son los establecidos en el art. 1105 CCiv, sino por otros motivos añadidos: tienen ciertas connotaciones subjetivas, aun siendo estas figuras propias del elemento causal de la responsabilidad; son los elementos que diferencian en mayor medida al caso fortuito de la fuerza mayor; y, por último, son los que suelen determinar la existencia, en su caso, de responsabilidad empresarial. No es que los demás requisitos no sean relevantes, ya que los elementos de la causalidad con el daño o el de la imposibilidad de la prestación son absolutamente fundamentales, pero estos no requieren especial adaptación al ámbito que nos ocupa ni tampoco plantean tantos problemas de interpretación.

Se parte, pues, de que en el análisis de este tipo de situaciones, la fuerza mayor y el caso fortuito impiden, en principio, el nacimiento, no ya la exoneración, de responsabilidad empresarial. Pero las particulares condiciones de la relación laboral y el tipo de obligación empresarial en este campo exigen que para valorar la responsabilidad por AT sea necesario, conjuntamente al análisis del evento, realizar, también, un análisis de la conducta empresarial, tanto en relación con dicho evento como con la producción del accidente. En definitiva, ante una situación de AT con sospecha de caso fortuito y fuerza mayor, el papel de la causalidad irá decididamente unido al de la culpabilidad. Puesto que la previsibilidad y la evitabilidad presentan, como se decía, connotaciones de tipo subjetivo, ambos tienen relación con el examen de la diligencia empresarial.

Empezando por el elemento de la previsibilidad, debe plantearse cómo establecer si un suceso es imprevisible o no, para lo cual se deben usar inevitablemente parámetros subjetivos. En primer lugar porque con el avance de la tecnología y de la ciencia cada vez hay más posibilidades de prever determinados tipos de sucesos. El caso más claro es el de los agentes climatológicos. Por otra parte, porque si nos situamos dentro de la esfera de actuación del empresario, si no se establecen límites, previsible podría ser prácticamente cualquier cosa. Por este motivo, es necesario utilizar, parámetros de racionalidad, de la frecuencia del acontecimiento, de experiencia, del tipo de actividad que se esté desarrollando, etc¹⁰². Y, además de todo ello, también criterios de “onerosidad”. No en

¹⁰² En este sentido, se afirma que es necesario que para calificar como fuerza mayor cualquier suceso se tenga en cuenta el contexto en que se desarrolla el suceso. Esto es, más que, o además

un sentido económico, sino de obligación desorbitada, más allá de lo razonable. Por esta razón, los parámetros de medición a utilizar tienen en cuenta la medida de la diligencia empresarial en un sentido de hombre medio, no de las concretas circunstancias de la persona. Esto es, los que nos proporciona el art. 1104 CCiv: “circunstancias de las personas, tiempo y lugar”. Por tanto, deberá realizarse un análisis caso por caso y que atienda a los acontecimientos desacostumbrados o que racionalmente no sean previstos de acuerdo con la experiencia y en función de las circunstancias de las personas, tiempo y lugar¹⁰³; debiendo dejarse fuera del concepto de previsibilidad los sucesos “totalmente insólitos o extraordinarios que, aunque no imposibles ni físicamente, y por tanto teóricamente previsibles, no son de los que puede calcular una conducta prudente, atenta a las eventualidades que el curso de la vida permita esperar”¹⁰⁴.

Pero esto en el ámbito de la seguridad y salud laboral no es suficiente. Es cierto, se insiste, que sería lo más ajustado en un sentido estricto de examen de causalidad pues el criterio empleado es la teoría de la causalidad adecuada, que utiliza parámetros objetivos y abstractos en la valoración de la conducta, atendiendo a lo exigible para un hombre medio dejando el examen de las concretas circunstancias personales de los sujetos para un momento posterior, en el examen de la culpabilidad. Pero si bien esto sería lo correcto en una concepción purista de la responsabilidad, no es operativo ni se emplea en la práctica, pues en ocasiones la lógica proporciona soluciones más adecuadas a los problemas que se plantean.

De este modo, la conducta concreta del empresario, también concreto, sí será también analizada cuando se examine el elemento de la previsibilidad. Así pues, como manifestaciones de este análisis de la conducta empresarial concreta, de su diligencia para la específica situación, se establece que un suceso no se considerará imprevisible si el empresario actuó con dolo o provocándolo¹⁰⁵. De igual modo, se deberá examinar las actuaciones preventivas realizadas por el empresario, destacando la jurisprudencia la vigilancia, la puesta a disposición de

de, la naturaleza del hecho, ha de estarse también a la frecuencia del mismo en el sentido de que sea o no insólito. (Martín Iglesias, F. Caso fortuito, fuerza mayor... Op. Cit., p. 102).

¹⁰³ Fernández Domínguez, J. J. *La fuerza mayor como causa de extinción...* Op. Cit., p. 54 y ss.

¹⁰⁴ Marín Castán, F. Comentario al art. 1105 CCiv. Bustos Gómez-Rico, Modesto de.; Corbal Fernández, J. (et. al.). *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*. Madrid; Colex, 2005, p. 669.

¹⁰⁵ En este sentido, la doctrina afirma que la fuerza mayor debe tener carácter extraordinario tanto negativamente, esto es, que no se deba ni a culpa ni negligencia del obligado, como positivamente, esto es, cumpliendo los caracteres que se vienen mencionando de imprevisibilidad e inevitabilidad. (Montoya Melgar, A. El despido por fuerza mayor. *Revista de Política Social*, nº 85, 1970, p. 100 y ss).

medidas de seguridad, el establecimiento de sistemas de protección, etc. En definitiva, esto supone entrar a valorar el caso concreto, la actuación específica del empresario y su influencia en la causación del AT¹⁰⁶, un análisis que incluya elementos causales y elementos propios de la diligencia desplegada¹⁰⁷.

Por lo que se refiere a la evitabilidad, se ha dicho que este requisito se encuentra igualmente influenciado por ciertas dosis de subjetividad ya que su examen requiere tener de nuevo en cuenta los parámetros de la diligencia del deudor en un sentido, de nuevo, objetivo. En general, esta inevitabilidad del suceso es más relevante en el caso de la fuerza mayor pues, como se ha dicho, los casos fortuitos suelen ser evitables si hubieran podido preverse.

Pero lo que se quiere hacer notar aquí es lo referido a una vertiente de la evitabilidad que cobra especial importancia en el marco de la seguridad y salud laboral. Cuando el CCiv habla de inevitabilidad se refiere al suceso que causa el daño. Debe ser inevitable teniendo en cuenta las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, considerándose inevitable lo que sensatamente no cabía detener. En el caso de la fuerza mayor esa inevitabilidad suele ser absoluta, esto es, el suceso no puede combatirse por la mayoría, si no por todos, los sujetos. En el caso fortuito es relativa. Pero debe plantearse hasta qué punto el empresario es exonerado de responsabilidad en cualquier caso ante un suceso inevitable. Si el que se dé una situación en que el evento ocurrirá sin poder hacer nada al respecto justifica, por ejemplo, que el empresario no intente evitar sus consecuencias.

Por esta razón, se considera fundamental que esta inevitabilidad se predique también respecto del daño producido. Así pues, para que este tipo de situaciones exoneren completamente de responsabilidad se exige, no sólo que el suceso sea inevitable, sino que también su resultado, el daño producido, lo

¹⁰⁶ Algo que la jurisprudencia y la doctrina considera fundamental en estos supuestos (Carrero Domínguez, C. La obligación del empresario de adaptación del puesto de trabajo. *Aranzadi Social*, nº 7, 2013, BIB 2013\2127, y STS de 30 de junio de 2010).

¹⁰⁷ STSJ País Vasco (Social) de 18 de abril de 2006 (AS 2006\1471): "... el requisito de la previsibilidad, según tiene declarado esta Sala (ver sentencia de 23 junio 1990 (RJ 1990, 4888) y, a 'sensu contrario', alguna de las que en ella citadas), es esencial para generar culpa extracontractual, porque la exigencia de la previsibilidad hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias, desde el momento en que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser y sin que a ello obste la teoría de la inversión de la carga de la prueba por causa del riesgo, en cuanto viene proyectada al daño normalmente previsible por el actuar con algún medio peligroso que también normalmente puede producirlo, de manera que en los supuestos en que el daño sea imprevisible habrá de entenderse cesada la obligación de responder, por aplicación del artículo 1105 del Código Civil". Y de hecho, la jurisprudencia suele aludir a este tipo de conductas como constitutivas de la "causa" del suceso, pero después relacionándola con la falta de diligencia. (STSJ Galicia (Social) de 9 de marzo de 2012 (AS 2012\1003); STSJ Andalucía (Social) de 14 de julio de 2011 (AS 2011/2740))

sea¹⁰⁸. Debe hacerse, pues, un examen de la conducta empresarial, valorando si desplegó la diligencia necesaria para impedir el daño o al menos para disminuir su gravedad. Se convierte esto en un requisito fundamental que puede llegar a desvirtuar los efectos que puede tener incluso una fuerza mayor en el ámbito de la seguridad y salud laboral. Por ejemplo, en un supuesto de caso fortuito, un incendio producido por un escape de gas se considerará previsible por las altas temperaturas que alcanzaba la caldera¹⁰⁹ y evitable si se hubiera establecido un sistema de protección adicional. En este caso no habrá caso fortuito ya que entraría en juego la causalidad respecto del concreto sujeto¹¹⁰.

Es decir que habrá que averiguar si el empresario hizo todo lo posible para evitarlo atendiendo a la diligencia que le era exigible en concreto y a la previsibilidad y evitabilidad del daño atendiendo a las circunstancias del caso. Esto es, un juicio de reproche, un juicio de culpabilidad. En conclusión, para que un suceso sea considerado caso fortuito o fuerza mayor también es necesario que el sujeto haga lo posible por evitar el daño¹¹¹, aunque siempre dentro de, se insiste, parámetros de racionalidad, pues la inevitabilidad del suceso, “si bien no excusa de prestar la diligencia necesaria para superar las dificultades que se presenten, no exige la llamada “prestación exorbitante”¹¹². Por tanto, en la valoración de estos supuestos, no es posible llegar a una conclusión definitiva hasta que se hayan analizado todos los elementos en su conjunto, incluido el de la culpabilidad¹¹³. Hasta tal punto que parte se argumenta que “el nivel de previsibilidad y

¹⁰⁸ Peña López, F. *La culpabilidad en la responsabilidad civil...* Op. Cit., 2002, p. 584.

¹⁰⁹ En este sentido, STS (Civil) de 4 de abril de 2000 (AS 2000\2506). En similar sentido, STS (Civil) de 8 de junio de 1984 (RJ 1984\3222) en cuanto a un supuesto de responsabilidad de un arquitecto ante un caso de inundaciones que provocan la ruina de una obra.

¹¹⁰ Fernández Domínguez, J. J. *La fuerza mayor como causa de extinción...* Op. Cit., p. 56 y ss.: “En este sentido, la previsibilidad no puede ser un juicio que se formule desde un punto de vista de un observador externo, sino del de los contratantes a la hora de contraer la obligación”.

¹¹¹ Pantaleón Prieto, F. El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil*, v. 44, nº 3, 1991, p. 1068.

¹¹² Marín Castán, F. Comentario al art. 1105 CCiv..., Op. Cit., p. 669.

¹¹³ SAP Málaga 19 de enero de 2010 (AC 2010\489): “También tiene dicho esta Sala que la fuerza mayor ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido a posteriori de la convención que hace inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado (S. 24 diciembre de 1999), debiendo concurrir en dicho acontecimiento -hecho determinante- la cualidad de ajenidad, en el sentido de que ha de ser del todo independiente de quien lo alega (SS. 19 de mayo de 1960, 28 de diciembre de 1997, 13 de julio y 24 de diciembre de 1999 y 2 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2589)), sin que pueda confundirse la ajenidad con aquellas circunstancias que tienen que ser asumidas y previstas por la parte contratante de quien depende el cumplimiento (S. 22 febrero de 2005); y asimismo debe haber una total ausencia de culpa (SS. 31 marzo de 1995, 31 de mayo de 1997, 18 de abril de 2000, 23 de noviembre de 2004), porque la culpa es incompatible con la fuerza mayor y el caso fortuito (S. 2 de enero de 2006). La “fuerza mayor” ha de

evitabilidad al que se refiere el art. 1105 CC., es el que se exige con carácter general para no incurrir en culpa”¹¹⁴. Dicho de otro modo, aunque el caso fortuito y la fuerza mayor son independientes de la noción de culpa, lo cierto es que estos sucesos, para exonerar completamente de responsabilidad, son incompatibles con la concurrencia de culpa o negligencia del agente¹¹⁵.

5.3. Consecuencias de la adaptación del caso fortuito y la fuerza mayor en cuanto a sus efectos exoneradores de la responsabilidad empresarial

Como se ha repetido, la ruptura del nexo causal generador de la responsabilidad puede darse en diversos grados, esto es, puede ser total o parcial. Esto que se ha afirmado respecto de las figuras del hecho del tercero y la culpa de la víctima, suele ser menos patente, en general, ante supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, pues lo habitual es que con ellos se produzca la ruptura total del nexo causal. No obstante, se ha dicho antes que su interpretación en el ámbito preventivo es más exigente, reduciendo incluso las situaciones en que pueda entenderse que concurren este tipo de sucesos con los requisitos exigidos por la normativa. Esto hace que existan más probabilidades de que un suceso de este tipo, aun concurriendo, no suponga la exoneración total de responsabilidad empresarial sino sólo su moderación. Y es que no siempre las circunstancias anteriores se presentan de forma exclusiva sino que, en algunas ocasiones, se manifiestan acumulativamente, esto es, sumadas a alguna conducta del empresario, también susceptible de ser considerada causa jurídica del daño.

El supuesto más sencillo es aquél en el que estos sucesos se producen de modo que excluyen o rompen totalmente el nexo de causalidad en relación con el empresario, lo cual determina la exoneración total de su responsabilidad. Por otra parte, también es posible encontrarse con una situación de coincidencia de

consistir en una fuerza superior a todo control y previsión (S. 20 de julio de 2000 (RJ 2000, 6754)), y para ponderar su concurrencia habrá de estarse a la normal y razonable previsión que las circunstancias exijan adoptar en cada supuesto concreto, o inevitabilidad en una posibilidad de orden práctico (S. 4 de julio de 1983, reiterada en las de 31 de marzo de 1995, 31 de mayo de 1997, 20 de julio de 2000 y 15 de febrero de 2006). La jurisprudencia, en su versión casuística, insiste en la exigencia de haber obrado con la diligencia exigible por las circunstancias de cada caso (atención y cuidados requeridos -S. 16 febrero de 1988-; diligencia razonable - S. 5 diciembre de 1992 (RJ 1992, 10396) -; adecuada-S. 5 de febrero de 1991 y 2 de enero de 2006-; precisa-S. 31 marzo de 1995-; debida-SS. 28 de marzo de 1994 y 31 mayo de 1997 (RJ 1997, 4146) -; necesaria-S. 8 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8008)-), pues la fuerza mayor, como el caso fortuito, no procede ante un comportamiento negligente con suficiente aportación causal”.

¹¹⁴ Peña López, F. *La culpabilidad En La Responsabilidad Civil...* Op. Cit., P. 583.

¹¹⁵ Concepción Rodríguez, J. L. *Derecho de Daños...* Op. Cit., p. 89 y 94.

curso causales¹¹⁶, en los cuales se producirá la llamada moderación de responsabilidad que, en realidad, consiste en una operación de reparto de la cuantía de indemnización por el daño producido. Un efecto que no suele producirse en el caso de la fuerza mayor.

La coincidencia de la conducta empresarial con un caso fortuito o fuerza mayor puede producirse de dos formas diferentes, esto es, cuando ambos sucesos, conducta del empresario y suceso imprevisible o previsible pero inevitable, podrían haber causado el daño por sí solos; o, cuando ha sido necesaria la concurrencia de ambas causas para la producción del daño¹¹⁷. Así pues, cuando la conducta incumplidora del empresario tiene una intensidad tal que podría haber provocado el daño por sí misma aunque no hubiese habido caso fortuito, la jurisprudencia suele declararle único responsable del AT o EP¹¹⁸. En cambio, cuando para la producción del daño ha sido necesaria la concurrencia o suma de la conducta empresarial con el caso fortuito, es necesario que esta conducta empresarial sea independiente al caso fortuito. Es decir, que se deba a un incumplimiento que no tenga que ver con su falta de previsión o de evitación del caso fortuito y del daño que éste provoca. Si no fuera así y su incumplimiento tuviera que ver con una falta de diligencia en prever o evitar el suceso o evitar sus consecuencias, ya se ha dicho que no habría caso fortuito y la responsabilidad sería en exclusiva del empresario¹¹⁹. Es el caso de la STSJ Galicia (Social) de 9 de marzo de 2012 (AS 2012\1003) y la STSJ Andalucía (Social) de 14 de julio de 2011 (AS 2011/2740) entre otras.

Por último, en el supuesto en que el caso fortuito o la fuerza mayor lo que hacen es agravar el daño que ha sido causado por el agente, se estará ante un supuesto de concurrencia de concausas; de modo que lo que procederá es una moderación de la responsabilidad del empresario¹²⁰. En este supuesto no sería razonable ni exonerar completamente al empresario ni atribuirle en exclusiva la responsabilidad, de modo que se producirá una moderación de la misma en proporción a la cuota de causalidad que corresponde a su conducta¹²¹.

¹¹⁶ Díez-Picazo, L.; Gullón, A. *Sistema de Derecho Civil. Volumen II*. Madrid: Tecnos, 7ª ed., 1995, p. 606.

¹¹⁷ Concepción Rodríguez, J. L. *Derecho de Daños...* Op. Cit., 1997, p. 94.

¹¹⁸ STS (Civil) de 25 de julio de 1994 (RJ 1994\6776). Concepción Rodríguez, J. L. *Derecho de Daños...* Op. Cit., 1997, p. 94.

¹¹⁹ Marín Castán, F. Comentario al art. 1105 CCiv... Op. Cit., p. 670.

¹²⁰ Díez-Picazo, L.; Gullón, A. *Sistema de Derecho...* Op. Cit., 1995, p. 606.

¹²¹ Concepción Rodríguez, J. L. *Derecho de Daños...* Op. Cit., 1997, p. 94-95.

6. CONCLUSIONES

El objeto de este estudio era plantear las singularidades existentes en la aplicación de las diversas vías de interrupción del nexo causal en la imputación de responsabilidad civil por AT o EP. Para ello, se ha partido de la relevancia especial del criterio de causalidad jurídica en el marco de esta responsabilidad señalando las disfunciones que, en su configuración, constituyen el hecho de encontrarse entremezcladas con parámetros propios de la culpabilidad. Parámetros que son consecuencia de la traslación de criterios propios de la responsabilidad penal a la civil y que se observan tanto en la apreciación de la existencia de causalidad jurídica como en la de elementos que determinan la interrupción de la misma.

En su estudio, se parte del hecho de que todas estas figuras, al ser conceptuadas para otro tipo de ámbitos, presentan determinadas singularidades en su aplicación en materia de seguridad y salud laboral, bien por los sujetos que interrumpen el nexo causal, bien directamente por la flexibilización de, precisamente, los criterios de culpabilidad que se encuentran entremezclados con los de, propiamente, la causalidad.

De esta forma, como exponente del primero de los casos se ha mencionado la culpa de la víctima, que exige la interpretación de su conducta conforme a los parámetros de la relación laboral: posición subordinada y obligaciones de segundo orden. Aspectos que pueden llevar tanto a la exoneración total como parcial del empresario. Como exponentes del segundo grupo, se encuentran el hecho de tercero, el caso fortuito y la fuerza mayor.

El primero de ellos es complicado precisamente por la especialidad señalada. Esto es, porque en el ámbito de la seguridad y salud laboral los sujetos que suelen interferir en el curso causal son trabajadores. Trabajadores que precisamente cometen errores o conductas que en muchas ocasiones derivan de una previa del empresario al ser éste el que determina las pautas de desarrollo de la relación laboral en condiciones de seguridad o deberían haber sido previstas por éste. Por tanto, un actuar que no es propio del hecho de tercero. Si esto es así en sentido estricto, su tratamiento debe ser muy similar al de las otras vías de ruptura del nexo causal: el caso fortuito y la fuerza mayor.

A estas dos figuras se les ha dado una importancia prevalente en este estudio debido a que, en realidad, en muchas ocasiones las otras vías de exoneración de responsabilidad se han reconducido a variantes del caso fortuito y la fuerza mayor. Se trata de dos vías que presentan también una importante dosis de subjetividad en su determinación, esto es, de elementos propios de la culpabilidad, y cuya interpretación en el ámbito preventivo dependerá fundamentalmente de los parámetros de medición de la conducta exigida al empresario; todo ello subrayando las dificultades de establecer su propio concepto y la diferencia

entre ambas figuras, valorando su aplicación al ámbito de la seguridad y salud laboral.

Como es clásico, el caso fortuito y la fuerza mayor se definan como aquéllos sucesos imprevisibles o que, siendo previsibles, son inevitables. Además de estos elementos la doctrina y jurisprudencia añaden los de la inimputabilidad del empresario, existencia de una relación causal entre el suceso y el daño y la imposibilidad de la prestación. Por otra parte, puesto que el art. 1105 CCiv los define de forma única (para todos los ámbitos) y conjunta, se ha intentado establecer las diferencias entre ambas. Lo que se ha hecho, utilizando dos criterios combinados, aun teniendo en cuenta las muchas posibilidades que se ofrecen para la diferenciación de esas figuras, aportadas tanto por la rama administrativa del derecho¹²² como por la civil o la laboral, e incluso el derecho comparado. En primer lugar, si el suceso en cuestión se circunscribe a la esfera de actuación empresarial; de esta forma, si excede el círculo de su actividad, se estará ante una fuerza mayor, siendo caso fortuito el contrario. Una vez determinado esto, deben examinarse los elementos propios de dicho suceso, esto es, situados en el ámbito exterior de las obligaciones empresariales, el suceso será fuerza mayor si es inevitable de una forma tan extrema hasta tal punto que aunque hubiera sido previsto habría sido imposible resistirlo. En cambio, en el caso fortuito presenta especial relevancia el requisito de la imprevisibilidad pues se entiende que la fuerza del acontecimiento es más relativa hasta el punto que de haberse previsto se habría podido evitar.

Por otra parte, se ha visto cómo una de las principales adaptaciones que se producen en el ámbito de la seguridad y salud laboral es la del distinto tratamiento o consecuencias que pueden tener ambas figuras. En general, el hecho de que la responsabilidad civil por AT sea cuasi objetiva, hace que los sucesos producidos en el interior de la esfera de control de la empresa, los casos fortuitos, sean sospechosos de haber sido posibles de prever por el empresario. Esto lleva a otro de los criterios de distinción de figuras, basado en la consideración de que la fuerza mayor es un suceso que, aun siendo previsible, es inevitable siempre; y que el caso fortuito es un suceso imprevisible pero que, de haberse previsto, probablemente se podría haber evitado. Esta cualidad del caso fortuito lo hace más débil como causa de exoneración de modo que será preciso analizar la conducta empresarial en orden a su previsibilidad al no tratarse ya de un suceso tan extremo que no pudiera haber sido evitado por el empresario.

¹²² Un ejemplo del tratamiento de la diferencia entre estas figuras en Peces Morate, J. E. La responsabilidad administrativa. El nexo causal. Últimas orientaciones jurisprudenciales. *QDL*, nº 8, Junio 2005, p. 75-83.

Por último, por lo que se refiere a su interpretación en el marco de la seguridad y salud laboral, presentan especial relevancia los elementos de la previsibilidad y evitabilidad del suceso. En principio, esta valoración deberá hacerse de modo objetivo, atendiendo a un canon de diligencia media, sin tener en cuenta las concretas características del sujeto de que se trate; sin embargo, la realidad es que finalmente la diligencia desplegada por el empresario se analizará y terminará influyendo decisivamente en la atribución de responsabilidad, determinando si se ha producido un supuesto de exoneración de responsabilidad, de concurrencia de causas o de responsabilidad exclusiva para el empresario. Un análisis de la diligencia que llega al punto de extenderse, en el caso de la prevención de riesgos laborales, a la valoración, no ya de la evitabilidad del suceso, sino también de sus consecuencias de modo que si el empresario pudo reducir las mismas y no lo hizo responderá, aunque sea parcialmente.

LAS PRÁCTICAS NO LABORALES EN ESTADOS UNIDOS: (I) LEGALIDAD DE LAS PRÁCTICAS NO RETRIBUIDAS EN EL SECTOR PRIVADO*

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

Profesora Titular de Área
Universidad Loyola Andalucía

EXTRACTO

Palabras clave: prácticas no laborales; prácticas no retribuidas; programas de prácticas

La mayoría de los internos (estudiantes y recién graduados que participan en programas de prácticas) en Estados Unidos no recibe una retribución. A través de las prácticas los internos adquieren experiencia y hacen contactos que les facilitarán en el futuro un trabajo retribuido. Sin embargo, no todas las prácticas en EEUU son legales, la mayor parte de los internos en prácticas no son tales, en realidad son verdaderos empleados que deberían ser retribuidos con el salario mínimo a nivel estatal o federal. Un programa de prácticas habría de ser similar a la formación que se da en un centro de enseñanza, para el beneficio del interno; no habría de desplazar a los empleados regulares; tendría que contemplar una estrecha supervisión del interno por el personal existente, y no habría de proporcionar al empleador ‘‘ ventaja inmediata ‘‘ de las actividades del interno. También sería ventajoso que el programa se realizase en colaboración con una institución educativa.

ABSTRACT

Key words: internships; unpaid internships

Most interns in the USA are not paid. Through practices students and recent graduates gain experience and make contacts that will facilitate future gainful employment. However, not all practices are legal in USA. Most interns are true employees that should be paid the minimum wage at the state or federal level. An internship program would be similar to the training given in an educational institution for the benefit of the interns; would not displace regular employees; would have to look closely monitored by the existing internal staff, and would not have to provide the employer ‘immediate advantage’ of the activities of the intern. It would also be advantageous for the program to be conducted in collaboration with an educational institution.

* Con profundo agradecimiento, a mi querida amiga la profesora Risa Lieberwitz, sin cuya generosidad no hubiera sido posible la realización de este artículo así como mi inolvidable estancia en la Universidad de Cornell en el verano del 2014.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO GLOBAL DEL PROBLEMA
2. LAS PRÁCTICAS NO RETRIBUIDAS EN EL SECTOR PRIVADO EN ESTADOS UNIDOS (UNPAID INTERNSHIPS)
 - 2.1. Efectos negativos de las prácticas no retribuidas (unpaid internships) en el mercado laboral en Estados Unidos
3. DESCRIPCIÓN DEL MARCO LEGAL DE LAS PRÁCTICAS NO REMUNERADAS (UNPAID INTERNSHIPS) EN EL SECTOR PRIVADO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA
 - 3.1. La Hoja Informativa del Departamento de Empleo de EEUU (inconsistencias); su aplicación por los tribunales federales
 - 3.1.1. Carencias de la Hoja Informativa del Departamento de Empleo
 - 3.1.2. Interpretación y aplicación de la HI por los tribunales federales
4. A MODO DE CONCLUSIÓN: SUGERENCIAS A LOS EMPRESARIOS (ESTADOS UNIDOS) PARA SER INCORPORADAS EN LOS PROGRAMAS DE PRÁCTICAS DE CONFORMIDAD CON LA FLSA Y LAS LEYES ESTATALES SOBRE SALARIOS Y TIEMPO DE TRABAJO

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO GLOBAL DEL PROBLEMA

Sin un historial de trabajo que mostrar a los potenciales empleadores es muy difícil irrumpir en el mercado de trabajo, de modo que en cualquier parte del mundo un recién graduado desempleado de veintidós años fácilmente se convierte en uno de veinticuatro, lo que conlleva un efecto perjudicial sobre los ingresos de por vida de los individuos y representa un enorme coste económico en el potencial perdido¹.

Con presupuestos muy restringidos los empleadores están menos inclinados a dar oportunidades a la gente joven; buscan algo más que una buena formación académica, tratando de asegurar desde un principio que los jóvenes estén preparados para desarrollar en su trabajo una combinación de habilidades sociales y habilidades específicas de la industria donde prestan servicios². Los períodos de prácticas (*internships*) ofrecen estas oportunidades, siendo un reflejo de la preparación para el trabajo, del mismo modo que un título universitario, lo es de un cierto nivel de conocimientos. Los empleadores acaban contratando de forma estable a las personas (a quienes se denomina internos³) que previamente han realizado prácticas para ellos o a quienes han tenido expe-

¹ Lyons, B., "Interns are workers, too," OECD OBSERVER 2013. OECD YEAR BOOK 2013, p. 32

² Lyons, B., "Interns are workers...", cit., p. 33.

³ Se entiende por internos los estudiantes o recién graduados que participan en programas de prácticas.

riencia como internos en otras organizaciones, preferiblemente en la misma industria. La Comisión del Reino Unido para el Empleo y las Habilidades ha puesto de manifiesto que los empleadores consideran más importante la experiencia laboral previa de los jóvenes que su rendimiento académico. Un estudio de la Comisión Europea sobre los períodos de prácticas indica que la experiencia laboral relacionada con la formación aumenta la probabilidad de ser empleado después de terminar los estudios alrededor de un 40 por ciento. En consecuencia los períodos de prácticas (*internships*) aumentan la empleabilidad; no obstante en los supuestos en que no son remuneradas, también aumentan la desigualdad. Se estima que en los Estados Unidos entre la mitad y un tercio de los internos no son retribuidos, lo que significa que un 1,5 millones de internos trabajan sin ningún tipo de remuneración⁴.

Esta tendencia se refleja en Europa donde aproximadamente la mitad de las personas en prácticas no son remuneradas así lo refleja un estudio realizado por el Foro Europeo de la Juventud; el resto de los internos pagados, el 45 por ciento tienen muy poco dinero para cubrir sus gastos diarios⁵. Por ejemplo, tres cuartas partes de las personas en prácticas no pueden llegar a fin de mes, y dos tercios necesitan financiar su colocación a través de sus familias. Los jóvenes cuyos padres no pueden permitirse costear sus periodos de prácticas se enfrentan con la exclusión de muchas carreras profesionales⁶; una reciente encuesta realizada en el Reino Unido reveló que más de las dos quintas partes de los jóvenes opinan que, por razones como las expuestas, los períodos de prácticas están actuando como una de las mayores barreras para obtener un trabajo⁷.

Un estudio realizado en Austria en 2010⁸ reveló que el 57 por ciento de los internos son contratados a través de redes cerradas más que por sus méritos, poniendo de manifiesto que en más de la mitad de las ocasiones los estudiantes encontraron su período de prácticas a través de parientes, amigos y conocidos⁹. En los países en que los trabajos están concentrados en las grandes ciudades, las dificultades se agravan para los jóvenes que viven fuera de esas ciudades dado el coste de su estancia durante el período de prácticas, lo que comporta criterios menos equitativos de incorporación de los candidatos. Los jóvenes que vienen de fuera se enfrentan a importantes gastos que difícilmente pueden ser cubiertos con ahorros o con un trabajo a tiempo parcial. Al verse obligados a realizar

⁴ Lyons, B., "Interns are workers...", cit., ibidem.

⁵ <http://www.guiafc.com/.../juventud/.../Foro%20Europeo%20de%20la%20Juve...>

⁶ Lyons, B., "Interns are workers...", cit., ibidem.

⁷ Lyons, B., "Interns are workers...", cit., p. 34.

⁸ Lyons, B., "Interns are workers...", cit., ibidem.

⁹ Lyons, B., "Interns are workers...", cit., ibidem.

trabajos que no son de graduados sufren un desajuste de competencias que perjudica su empleabilidad futura como graduados¹⁰.

Los empleadores que ofertan prácticas ajustadas a la legalidad, contratando a los internos sobre las premisas del mérito y retribuyéndolos, atraen a más gente con talento a la vez que reducen sus costes y ganan flexibilidad. Al tener la oportunidad de poner a prueba a jóvenes por unos meses, tienen un mayor conocimiento de su potencial a largo plazo; si en el futuro ofrecen un puesto permanente a uno de sus internos estarán contratando a alguien que por su conocimiento previo de la empresa es improbable que abandone prematuramente. Cada vez más, las empresas se manifiestan abiertamente de acuerdo con los razonamientos expuestos, así Liz Bingham, socia para la gestión de personas y carreras profesionales de Ernst & Young ha declarado recientemente “que las prácticas son verdaderos empleos y como tales tienen que ser tratados”¹¹.

2. LAS PRÁCTICAS NO RETRIBUIDAS EN EL SECTOR PRIVADO EN ESTADOS UNIDOS (*UNPAID INTERNSHIPS*)

El número de internos no remunerados se ha incrementado durante la recesión. Los internos están sobre todo de moda en industrias como la de las comunicaciones, el espectáculo y la publicidad, donde la experiencia laboral y los logros son cualificaciones necesarias para tener un trabajo; asimismo, la presencia de internos es muy habitual en empresas pequeñas en las que habitualmente se busca ahorrar dinero a la vez que beneficiarse de la productividad de los estudiantes que contratan¹².

La mayoría de los internos en Estados Unidos no percibe retribución alguna. A través de las prácticas los estudiantes y los recién graduados adquieren experiencia y hacen contactos que les facilitarán en el futuro un trabajo retribuido. Sin embargo, no todas las prácticas son legales, la mayor parte de los internos en prácticas no son tales, en realidad son verdaderos empleados que deberían ser retribuidos con el salario mínimo a nivel estatal o federal¹³. La Ley de Condiciones de Trabajo (en adelante FLSA), normativa federal que exige que todos los trabajadores sin excepción sean retribuidos por lo menos con el salario

¹⁰ Lyons, B., “Interns are workers...”, cit., ibidem.

¹¹ Lyons, B., “Interns are workers...”, cit., ibidem.

¹² <http://www.investopedia.com/articles/economic/12/impact-of-unpaid-internships.asp>.

¹³ Smith, K. y Harris, M. “Are your unpaid interns actually employees?”, published on line in Wiley Online (wileyonlinelibrary.com), 2013, p.93; vid in extenso, Bird, B. “Preventing employer misclassification of student interns and trainees”, *Cornell HR Review*, p.1-9.

mínimo semanal y con las horas extras trabajadas por encima de las 40 semanales, incluye una definición muy amplia del término empleado. Conforme a la FLSA, empleado significa “quien lleva a cabo un trabajo o al que se le permite trabajar”. Por consiguiente, todo individuo que “lleva a cabo un trabajo o al que le es permitido trabajar” es un trabajador conforme a la FLSA. En 1947, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Walling contra Portland*, creó una excepción para los “aprendices” (aplicable también a los internos), señalando que la definición de empleado de la FLSA no es aplicable en los casos en que una persona presta servicios a otra que se limita a darle formación a cambio. Esta excepción permite al sector lucrativo tener internos no remunerados si son clasificados como aprendices. Es ésta una excepción muy restrictiva, que será de aplicación únicamente si el aprendiz reúne todos los criterios legales¹⁴.

2.1. Efectos negativos de las prácticas no retribuidas (*unpaid internships*) en el mercado laboral en Estados Unidos

Las prácticas no remuneradas (*unpaid internships*) están distorsionando el mercado laboral en general, y en particular en Estados Unidos. Los efectos negativos de las mismas incluyen perjuicios económicos para el interno, que, con frecuencia, para poder permitirse realizar prácticas en una gran empresa incurre en elevados gastos de transporte y vivienda, necesitando tener un trabajo remunerado de carácter secundario¹⁵. Existiendo al respecto claras desventajas para los estudiantes menos acomodados; no solo porque las familias acomodadas pueden sufragar el coste de la vida de los jóvenes durante dichos períodos, sino también por la urgencia que tienen dos tercios de los estudiantes en Estados Unidos de reembolsar las deudas contraídas por préstamos para estudios. La deuda media de los graduados en Estados Unidos por dicho motivo era de 26.500 dólares en 2011 (con un incremento del 5 por ciento respecto del año anterior), si bien casi dos tercios de los estudiantes se gradúan con una deuda superior a la media. La deuda no es uniforme y algunos estudiantes tienen padres o terceras personas que pagan el coste de la misma. Únicamente un tercio de los estudiantes no tienen deuda alguna, el resto de los jóvenes tienen la urgencia de conseguir trabajos retribuidos para liquidar sus deudas, en vez de prácticas no remuneradas. La disparidad de situaciones descrita comporta que los más acomodados tendrán una mayor disponibilidad para realizar prácticas no remu-

¹⁴ Smith, K y Harris, M., “Are your unpaid interns...”, *ibidem*.

¹⁵ Durrant, G., “To benefit or not to benefit: mutually induced consideration as a test for the legality of unpaid internships”, *University of Pennsylvania Law Review*, dec. 2013, vol.162, issue 1, p. 181.

neradas. En consecuencia, ellos tendrán también una ventaja competitiva en sus respectivas industrias sobre quienes se ven obligados a realizar trabajos remunerados, ya sea de camareros o pinches, repartidores de periódicos, cuidadores, almaceneros, conductores, etc...¹⁶.

Otro efecto negativo de las prácticas no remuneradas es que subsidiariamente comportan un incremento de la tasa de desempleo en Estados Unidos, al evitar la nueva contratación de personas, que engrosarán el número de desempleados en el mercado de trabajo. La contratación de internos no remunerados es muy fácil para los empresarios en momentos de crisis económica porque los estudiantes aspiran a tener una experiencia profesional que sea relevante y les proporcione una ventaja competitiva después de graduarse. La enorme oferta de internos hace muy fácil su incorporación y provee a los empleadores de un flujo constante de trabajo gratuito, esta afluencia permanente de estudiantes y graduados logra desplazar la contratación de trabajadores a tiempo completo¹⁷.

No es un secreto que los empleadores prefieren candidatos con experiencia previa. Un análisis del informe de empleo de 2010 en USA refleja que el 75 por ciento de los empleadores prefiere candidatos con una experiencia previa de trabajo destacada y más del 90 por ciento prefieren contratar internos que hayan trabajado antes para ellos; existiendo diferencias sensibles en los porcentajes de los graduados que reciben una oferta de trabajo cuando han realizado previamente prácticas, el 42 por ciento frente al 30 por ciento cuando no las han realizado. Como corolario los internos no tienen el poder para reclamar un salario mínimo pues si lo hacen sus empleadores contratarán alguien distinto sin remunerar¹⁸.

La consecuencia final negativa de la existencia de prácticas no remuneradas es que no proporcionan a quienes las realizan los mismos derechos que a los empleados. Al no ser los internos considerados empleados conforme al Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1968, debido a su carácter no retribuido, no se encuentran protegidos por las leyes sobre discriminación en el lugar de trabajo (tampoco por la Ley de Americanos con Discapacidades, ni la Ley de no discriminación por razón de la edad), lo que les hace más vulnerables al acoso sexual, al estar situados en los escalones más bajos del escalafón en el lugar de trabajo¹⁹.

¹⁶ Durrant, G., "To benefit or not to benefit...cit., ibidem.

¹⁷ Durrant, G., "To benefit or not to benefit...cit., p. 183.

¹⁸ Durrant, G., "To benefit or not to benefit...cit., p. 181.

¹⁹ Mann Ligarde, A., "Unpaid interns expose Austin employers to FLSA liability, Texas employment Law letter, *Legal News*, Lexis Nexis, enero 2014; Rubenstein, A., "Unpaid Interns Claim Harassment Under NYC Law", *Legal News*, Lexis Nexis, octubre 2013: véase en extenso, el interesante trabajo de las profesoras Bowman, C. Y Lipp, M., "Legal Limbo of the Student Intern: The Responsibility of Colleges and Universities to Protect Student Interns Against Sexual Harassment, *Harvard's Women's Law Journal*, vol. 23, 2000.

La insatisfacción de los internos por la falta de valor del trabajo que se les encomienda y la carencia de una remuneración han desembocado en un número significativo y creciente de reclamaciones de éstos frente a los tribunales desde el año 2011 hasta el momento presente²⁰. En esos últimos años, se han interpuesto demandas por parte de los internos contra empresas privadas en las cuales se cuestionaba la aplicabilidad de la excepción de los aprendices a los internos. En 2012 se produjeron dos reclamaciones muy sonadas contra dos grandes empresas; la primera, contra la Fox, más de 100 internos que trabajaron en la película “El Cisne Negro” ganaron una demanda contra la Fox, por incumplimiento de las normas sobre salario mínimo y tiempo de trabajo (horas extras), por negarle a los internos que habían colaborado en el rodaje de la película los beneficios que sobre este particular la ley les otorga a los empleados. Asimismo, Diana Wang, una ex becaria, y los ocho internos a su cargo, demandaron a la Corporación Hearst en febrero de 2012, reclamando que el tratamiento que les daba la empresa infringía las leyes estatales y federales. Diana Wang reclamaba la retribución de cinco meses de trabajo en los que como becaria de la revista Harper’s Bazaar, trabajó de 40 a 55 horas semanales transportando vestuario a empresas de relaciones públicas como si fuera una mensajera. Similares reclamaciones de un número creciente de internos han proliferado tras sus frustrantes experiencias²¹.

A pesar de todos los graves inconvenientes descritos, según fuentes de la Asociación Nacional de Universidades y Empleadores de Estados Unidos, las practicas no remuneradas no solo continúan sino que se han intensificado, el

²⁰ Dehass, J., “It could be payback time”, *Maclean’s*. 2/14/2011, Vol. 124 Issue 5, pp. 58-59; Chatzy, J., y McGrath, M., “The Great American Swindle”, *Newsweek*. 11/28/2011, Vol. 158 Issue, p. 22; Baer., H., “Xuedan Wang, on behalf of herself and all others similarity situated, Plaintiff v. The Hearst Corporation, Defendant, 12 CV 793; U.S. District Court, Southern District; Employment”, *New York Law Journal*, Lexis Nexis, mayo 2013.

²¹ Durrant, G., “To benefit or not to benefit...”, cit., p. 171; Bird, B., “Preventing employer...”, cit., p.1; Swanton, M., “Unpaid internships pose a litigation risk for employers”, *Inside Counsel* (formerly Corporate legal Times), *Legal News*, Lexis Nexis, abril 2013; Danin-hirsch, H., “Litigation consequences of unpaid internships”, *Inside Counsel* (formerly Corporate legal Times), *Legal News*, Lexis Nexis, abril 2014; Flaherty, S., “Unpaid Hearst Interns Seek Class cert. In FLSA Dispute”, *Legal News*, Lexis Nexis, marzo 2013; Prochil, D., “New York Bill Would Extend Anti Bias Protection To Interns”, *Legal News*, Lexis Nexis, octubre 2013; James, B., “Hearst Interns Can’t Score Quick Win On Wage Damages”, *Legal News*, Lexis Nexis, abril 2013; Vanderford, R., “Fox can Bring Appeal In Unpaid Interns Case”, *Legal News*, Lexis Nexis, septiembre 2013; Vanderford, R., “Conde Nast Intern Suit Will Go On Despite Appeals”, septiembre 2013; S. BISHOP, “Fox Movie Interns Look To Widen Wage-And-Hour Suit”, *Legal News*, Lexis Nexis, agosto 2012; Heller, M., “NBC Universal Hit With Unpaid Intern Class Action”, *Legal News*, Lexis Nexis, Julio 2013.

porcentaje de estudiantes que consiguieron prácticas se ha incrementado del 17 por ciento en 1992 al 50 por ciento en 2008²². Es difícil calcular el número exacto de becarios²³ que se han sumado desde la crisis porque el Departamento de Estadísticas Laborales no hace seguimiento del número de internos no remunerados²⁴. Motivos de diversa índole se han esgrimido para justificar dicha continuidad, entre ellos, que la negociación de condiciones laborales entre los internos y el empleador se ha tornado especialmente complicada en un contexto de crisis en el que la tasa de jóvenes desempleados era un 8,8 por ciento en 2011; además, de los jóvenes graduados que estaban empleados en 2011, el 37,8 por ciento tenía un trabajo que no precisaba el título de grado. Dichas cifras se vuelven especialmente problemáticas puestas en relación con los más de 26.000 dólares de promedio de deuda por préstamo arrastrada por los graduados. El resultado final de este débil mercado de trabajo y de las elevadas deudas por préstamos es que los jóvenes americanos harán cualquier cosa para salir adelante, incluso trabajar gratis²⁵.

A ello se añade la escasa vigilancia por parte del Departamento de Empleo de los Estados Unidos, debida en parte a que las inspecciones se impulsan mediante denuncia. El dilema es que los jóvenes tienen más estímulos para conservar sus prácticas aunque no sean remuneradas que para informar de los abusos de que son objeto; debido a que las prácticas incrementarán sus oportunidades futuras de tener un trabajo remunerado a tiempo completo. A lo que hay que añadir la preocupación por las repercusiones personales de actuar como denunciantes²⁶.

Como respuesta al escepticismo creciente sobre las prácticas no remuneradas en los Estados Unidos, desde comienzos del año 2010, la Administración Obama ha manifestado que dichas prácticas son abusivas en cuanto a las condiciones de trabajo e injustas por las desventajas que comportan para los estudiantes que no pertenecen a familias acomodadas²⁷. En Abril del año 2010, el Instituto de Política Económica, lanzó una crítica a las prácticas no remuneradas sobre la base de tres argumentos diferenciados: 1) la mayoría de los internos está desprotegida contra el acoso y la discriminación porque no se les considera

²² Bird, B., "Preventing employer...", cit., p. 1.

²³ Usaremos de forma indistinta el término interno o becario para evitar la reiteración de la palabra interno.

²⁴ <http://usatoday30.usatoday.com/education/internship27>.

²⁵ Durrant, G., "To benefit or not to benefit...", cit., p. 185.

²⁶ Durrant, G., "To benefit or not to benefit...", cit., p. 186.

²⁷ Brann & Isaacson, "Hiring unpaid Interns: Advice for Employers", 16 EMP. L. LETTER, Agosto 2011, p. 4.

como empleados; 2) la regulación actual de las practicas fomenta el crecimiento de las prácticas no remuneradas, que con frecuencia se limitan a las personas bien acomodadas que pueden permitirse trabajar sin cobrar; 3) la disponibilidad de trabajo sin remunerar incita a los empleadores a reemplazar a los empleados con internos no remunerados²⁸.

3. DESCRIPCIÓN DEL MARCO LEGAL DE LAS PRÁCTICAS NO REMUNERADAS (*UNPAID INTERNSHIPS*) EN EL SECTOR PRIVADO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Los empleadores no pueden eludir las exigencias sobre salario y tiempo de trabajo de la FLSA simplemente etiquetando a sus empleados como “internos”. Como regla general, las personas que participan en períodos de prácticas o programas de formación legales no están protegidas por la normativa federal sobre empleo. En los casos en que el interno es en la realidad un empleado al que el empresario le da un nombre distinto, existiría una relación laboral encubierta, y el interno tendría derecho, a los beneficios y derechos reconocidos en la normativa federal, que incluyen el derecho al salario mínimo, horas extras y a la protección frente a la discriminación en el lugar de trabajo. Desafortunadamente, ninguna de las normas originarias sobre empleo en Estados Unidos, en particular ni la FLSA ni tampoco las leyes sobre discriminación en el lugar de trabajo, proporcionan una orientación clara sobre la diferenciación entre el estatus de empleado y el de interno o aprendiz. De manera que la solución definitiva se ha dejado en manos del Departamento de Empleo y los tribunales federales. Tanto el Departamento de Empleo como los tribunales federales han desplegado un intensa labor de análisis al respecto basada en hechos concretos, pero a pesar de ello no siempre está claro si existe una relación laboral, en la que el interno tenga derecho al salario mínimo y la retribución por horas extras, en la mayor parte de las ocasiones dependerá de que los internos estén recibiendo formación sin desplazar a los empleados habituales o de que su prestación de servicios proporcione auténticos beneficios al empresario²⁹.

El problema principal de orden práctico con el que se enfrentan los empleadores es si en aplicación de las FLSA, los internos tienen o no derecho al salario mínimo y también a la retribución por horas extras. La respuesta está relacionada

²⁸ Durrant, G., “To benefit or not to benefit..., cit., p. 175; Bird, B., “Preventing employer..., cit., p.1.

²⁹ Nelson, M., “Internships and federal law: Are interns employees?, *Employee Relations Law Journal*. Fall 2010, Vol. 36 issue 2, p. 42.

precisamente con que los individuos sean considerados como empleados conforme a la FLSA, ya que ésta norma exige que los empleadores abonen a todos los empleados al menos el salario mínimo. Por tanto, el problema es en realidad clarificar si el interno es en realidad un empleado. Al respecto, son de poca ayuda las definiciones sobre empleador y empleado contenidas en la FLSA. Conforme a dicha norma, empleador es alguien que emplea a un trabajador y el empleado alguien que presta servicios para un empresario. En consecuencia, podría pensarse que cualquier individuo que ejecute un trabajo para un empresario, será casi siempre su empleado y tendrá derecho al salario mínimo y a la remuneración por horas extras. Al respecto, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, hace ya tiempo (1947) que ha reconocido que el Congreso no pretendía con la FLSA que todas las personas que prestasen un servicio al empresario tuviesen derecho al pago del salario mínimo³⁰. En el caso *Walling contra Portland* (1947), el Tribunal Supremo consideró que, bajo determinadas circunstancias, como en el caso de que los individuos opten por trabajar por cuenta propia, un empleador puede proporcionar formación a voluntarios no retribuidos, sin que por ello incumpla la FLSA. Resumidamente, el problema en *Walling contra Portland* es si el empresario, la empresa *Portland*, estaba obligado a pagar a sus aprendices el salario mínimo. Por entonces, la política de la empresa *Portland* era que una persona que aspirase a un empleo como ferroviario primero tenía que recibir primero formación. La empresa *Portland* no contrataba a quien rehusase realizar o no terminase de completar el programa de formación inicial. Una vez que los futuros ferroviarios completaban el programa inicial de formación, se les encomendaba trabajo en equipo. De acuerdo con la empresa *Portland*, el propósito de esta segunda tarea era que los futuros empleados aprendiesen las rutinas necesarias y las actividades por observación. Solamente después de completada la formación se ponía a los individuos a trabajar bajo supervisión. Los futuros empleados no eran retribuidos durante el período de formación. Después de examinar el ámbito y el propósito de la FLSA, el Tribunal Supremo concluyó que en *Walling contra Portland* los aprendices no eran empleados, al menos en relación a los efectos de FLSA, durante el período de formación. El Tribunal Supremo señaló que los aprendices no suplían a los empleados habituales, ni tampoco la empresa *Portland* recibía una ventaja inmediata de los aprendices durante el período de formación; a la vez que la realidad demostraba que la actividad de los aprendices en modo alguno dificultaba la productividad de la compañía. Y lo que era más importante, de su acuerdo con la empresa no se traslucían expectativas de recibir compensación alguna; por el contrario conocían desde un principio que no serían retribuidos.

³⁰ Nelson, M., "Internships and federal law...", cit., p. 43.

Por consiguiente, dado que los aprendices no eran empleados, no tenían derecho a los beneficios de la FLSA y Portland estaba en su derecho de denegar cualquier tipo de retribución a estos aprendices. El Tribunal Supremo razonó que aunque la FLSA es una norma enormemente extensiva, “no había sido la intención del Congreso al promulgarla caracterizar a todas las personas como empleados, quienes con independencia de que exista o no un acuerdo de retribución, podrían trabajar por cuenta propia si bien en las instalaciones de otro”³¹. De lo contrario, supondría por analogía “que todos los estudiantes son empleados de las universidades en las que estudian, y por tanto tendrían derecho a recibir un salario mínimo”³².

3.1. La Hoja Informativa del Departamento de Empleo de EE UU (inconsistencias); su aplicación por los tribunales federales

Recapitulando, en el momento presente existen tres instrumentos legales que rigen la jurisprudencia laboral que se aplica a los internos: 1) La FLSA; 2) la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América; 3) Las orientaciones contenidas en la Hoja Informativa del Departamento de Empleo. Los tribunales interpretan extensivamente la FLSA para precisar que los internos no sean considerados empleados a no ser que exista un contrato³³; entretanto el Tribunal Supremo no ha dictado una sentencia que clarifique de modo definitivo la materia. La insuficiencia y ambigüedad de la normativa para decidir sobre la condición de empleados de las personas que realizan prácticas en el sector privado ha motivado un interés creciente del Departamento de Empleo sobre la situación de los internos no remunerados³⁴.

En respuesta a las críticas antes vertidas y para reforzar el control de los Gobiernos de los Estados sobre las prácticas no remuneradas, en Abril de 2010, el Departamento de Empleo publicó una Hoja Informativa (en adelante HI o HIDE) para clarificar cuando se considera que un interno no remunerado es un empleado que debe ser retribuido conforme a la FLSA de 1938. Este documento del Departamento de Empleo contiene instrucciones para reformular las reglas aplicables a la materia contenidas en la FLSA, a propósito del referido caso de Walling contra Portland Terminal Company (1947).

³¹ Nelson, M., “Internships and federal law...cit., p. 44.

³² Nelson, M., “Internships and federal law...cit., ibidem.

³³ Bird, B., “Preventing employer...cit., p.1.

³⁴ Bird, B., “Preventing employer...cit., ibidem.

Los criterios que han de reunir los estudiantes en prácticas para no ser considerados empleados conforme a lo establecido en la HIDE son los siguientes:

1. El período de prácticas, aunque suponga trabajar en las instalaciones del empresario, es similar a la formación que se imparte en un entorno educativo.
2. La experiencia que adquiere el interno durante el período de prácticas es para su beneficio.
3. El interno no ha de desplazar a los empleados habituales.
4. Para el empleador que da la formación no se deriva una ventaja inmediata de la actividad del interno; y en ocasiones, debido a la impartición de la formación “sus rutinas pueden verse obstaculizadas”³⁵.
5. El interno no tiene necesariamente derecho a un trabajo al final del período de prácticas.
6. El empleador y el estudiante en prácticas entienden mutuamente que este último no tiene derecho a salario por el período en el que realiza las prácticas³⁶.

Conforme a lo establecido en la HI si las prácticas realizadas por un estudiante no reúnen los criterios expuestos, habría que considerar que el estudiante no es un interno sino un empleado. Los criterios contenidos en la HI se aplican solo a las empresas con ánimo de lucro; los internos de las organizaciones no lucrativas son considerados voluntarios conforme a la FLSA y están en consecuencia excluidos de la aplicación de dicha norma³⁷.

Un importante aspecto del test de los seis criterios es que se trata de un test conjunto, es decir el interno tiene que reunir todos y cada uno de los criterios para que sea clasificado como empleado. Conforme a la literalidad de la Hoja Informativa en la que se reflejan los seis criterios la carga de la prueba de si el interno reúne o no los criterios parece situarse sobre el empleador. La Hoja informativa establece literalmente que “los períodos de prácticas en el sector privado lucrativo la mayor parte de las veces son considerados como empleo, a no ser que los aprendices (internos) cumplan los seis criterios descritos”³⁸. Ello significa que los períodos de prácticas en el sector lucrativo se presumen relaciones laborales y el empresario tiene que rebatir esta presunción mostrando que su programa de prácticas reúne los criterios arriba expuestos³⁹.

³⁵ Durrant, G., “To benefit or not to benefit..., cit., p. 176; M. NELSON, “Internships and federal law..., cit., p 45.

³⁶ Durrant, G., “To benefit or not to benefit..., cit., ibidem.

³⁷ Durrant, G., “To benefit or not to benefit..., cit., ibidem.

³⁸ Durrant, G., “To benefit or not to benefit..., cit., ibidem.

³⁹ Durrant, G., “To benefit or not to benefit..., cit. ibidem.

Además del test de los seis criterios, la HI expone algunos criterios en párrafos adicionales, explicando literalmente que “en términos generales cuanto más se estructura el período de prácticas entorno a un aula o una experiencia académica en contraposición a la actividad normal del empresario, es más probable que el período de prácticas sea considerado como prolongación de la experiencia educativa del individuo (esto sucede con frecuencia cuando una universidad ejerce control sobre el programa de prácticas, y proporciona créditos académicos)”⁴⁰.

3.1.1. Carencias de la Hoja Informativa del Departamento de Empleo

La HI ha sido objeto de diversas críticas, entre ellas⁴¹:

1) *El criterio educativo*. La redacción de los párrafos aclarativos sobre la legalidad de los períodos de prácticas cuando el interno recibe créditos académicos es artificiosa y no se encuentra respaldada por cifras, ya que el Departamento de Empleo no hace un seguimiento de la información sobre prácticas no retribuidas, de manera que las afirmaciones contenidas en la HI no se apoyan en evidencias empíricas⁴².

Los criterios sobre la legalidad de las prácticas cuando el interno recibe créditos de la universidad distan mucho de ser reales. La HI señala que con frecuencia las prácticas en supuestos en que una institución universitaria ejerce su supervisión y los estudiantes reciben créditos académicos son consideradas una extensión de la experiencia académica del individuo. Sin embargo, un estudiante en prácticas puede recibir créditos de su universidad y a pesar de ello que su trabajo no se realice en un entorno académico, sino laboral, y por tanto no ser un interno sino un empleado conforme a lo preceptuado por la FLSA. Así sucede, por ejemplo en situaciones bastante frecuentes en las que si bien se proporcionan créditos al interno su trabajo consiste simplemente en hacer recados personales al editor, preparar comida, organizar viajes, etc... Una interpretación literal de la HI podría suponer que la recepción de créditos de una institución universitaria es suficiente para convertir en legales unas prácticas no remuneradas y en ese escenario el empleador podría obtener beneficio del interno; presunción que es incorrecta⁴³. Además el cuarto criterio del test exige

⁴⁰ Durrant, G., “To benefit or not to benefit..., cit., ibidem.

⁴¹ Durrant, G., “To benefit or not to benefit..., cit., p.177.

⁴² Durrant, G., “To benefit or not to benefit..., cit., p.178; Nelson, M. “Internships and federal law..., cit., p 45.

⁴³ Durrant, G., “To benefit or not to benefit..., cit., ibidem; Nelson, M. “Internships and federal law..., ibidem; B. Bird, B., “Preventing employer...,cit, p 3.

que el empleador no obtenga una ventaja inmediata del interno con independencia de si el interno está inmerso en una experiencia académica. Insistimos, trabajar en un entorno educativo y recibir créditos académicos no son el mismo concepto, un estudiante puede recibir créditos de su universidad y sin embargo trabajar en un ambiente que se aleje mucho de lo académico. Como sucedería en el caso de que su universidad conceda créditos a un interno, pero en la realidad su trabajo consista solamente en realizar encargos personales al editor⁴⁴.

2) *Excesiva complejidad del test conjunto*. El test conjunto es innecesariamente complejo. Cada uno de los criterios en sí mismo sería insuficiente, necesitando ser puestos en relación con una cuestión más amplia sobre si la relación entre empleador e interno comporta beneficios mutuos. Así pues, el primer criterio relativo a la educación no es suficiente en sí mismo; es solamente un indicador de si la relación beneficia principalmente al empleador o al interno (que es la cuestión del segundo y cuarto criterio). Ahora bien, si el entorno del lugar de trabajo se asemeja a una universidad, podría entenderse que el empleador está ayudando al empleado sin beneficiarse de él (que son las cuestiones del segundo y cuarto criterio). Lo mismo sucede con el tercer criterio también es insuficiente, si el interno desplaza a los empleados habituales, ello evidenciaría que el empresario está recibiendo una ventaja del interno reduciendo sus costes. Y también, respecto al quinto, si el interno es contratado durante un período de formación con la expectativa de que el empleador le contratará después de forma estable, este hecho apoyaría la conclusión de que el empleador estaba tratando de obtener un beneficio del periodo formativo de la relación⁴⁵.

3) *La ausencia de una ventaja inmediata por parte empresario*. El cuarto criterio exige que el empleador no reciba una “ventaja inmediata” del interno, la utilización de la expresión “ventaja inmediata” resulta problemática, porque permitiría la falta de remuneración del interno cuando la ventaja que el interno provea al empleador sea a largo plazo. Ejemplos de ventajas a largo plazo podrían ser la mejora de la imagen del empleador de cara a los clientes, la comunidad y la universidad. La distinción entre ventaja inmediata y futura es un tanto artificiosa, pues en ambos casos, los internos no remunerados están haciendo crecer los beneficios finales del empleador. El cuarto criterio de la “ventaja inmediata” estaría ignorando los importantes beneficios, que de forma diferida, proporcionan los internos no retribuidos a los empleadores.

En conclusión, el test de la HI resulta excesivamente complejo, puesto que cada criterio por sí solo sería insuficiente, siendo todos ellos, como se ha seña-

⁴⁴ Durrant, G., “To benefit or not to benefit...”, cit., *ibidem* y Nelson, M., “Internships and federal law...”, cit., *ibidem*.

⁴⁵ Durrant, G., “To benefit or not to benefit...”, cit., 179.

lado, complementarios de una cuestión más amplia sobre si la relación comporta beneficios mutuos⁴⁶.

3.1.2. Interpretación y aplicación de la HI por los tribunales federales

Las orientaciones contenidas en la HI del Departamento de Empleo no suponen modificación alguna respecto a la FLSA, ni tampoco en relación a la jurisprudencia previa sobre prácticas no remuneradas, ya que no tienen supremacía sobre la FLSA o sobre las decisiones de los jueces.

La HI aplicada por el Departamento de Empleo dirigida al sector privado no es vinculante para los tribunales de los estados al no ser vinculante para ellos, los criterios en ella enunciados son solamente medidas discrecionales a las que los tribunales federales se pueden adherir. Existiendo disparidad de razonamientos entre las decisiones de los tribunales de los diferentes estados, los cuales van instituyendo criterios propios para determinar cuando los estudiantes tienen la condición de empleados, criterios propios que únicamente rigen en la jurisdicción en la que el respectivo tribunal se encuentra⁴⁷.

Cuando el Departamento de Empleo verifica un incumplimiento de la FLSA si no fuera viable una solución amistosa del conflicto, el interno (o internos) podría interponer una reclamación ante el tribunal competente, que decidiría cuál es el test de derecho común aplicable para la valoración de si reúne o no la condición de empleado, los distintos tribunales federales discrepan sobre los criterios para definir la condición de empleado de los internos y aprendices.

Existirían tres grupos o categorías de criterios acuñados por los diversos tribunales federales para determinar cuando los estudiantes tienen la condición de empleados:

1) El test del “la ventaja inmediata” o “la asignación del beneficio principal al empresario”⁴⁸ que no toma en consideración las directrices de la HI. El denominado “cuarto circuito” que agrupa a los tribunales federales (una mayoría) de Virginia del Oeste, Virginia, Carolina del Sur, Carolina del Norte y Maryland, ha desestimado las orientaciones de la HI y tomado en consideración los criterios de Walling. Más específicamente, en 1964 los tribunales del denominado “cuarto circuito” en Wirtz contra Wardlaw crearon su propia versión de los criterios de Walling, el llamado Wardlaw test⁴⁹. El Tribunal Supremo, en Donovan contra American Lines, Inc., precisó que en Wardlaw el tribunal había propuesto

⁴⁶ Durrant, G., “To benefit or not to benefit...”, cit., ibidem.

⁴⁷ Bird, B., “Preventing employer...”, cit., p. 4.

⁴⁸ Bird, B., “Preventing employer...”, cit., p 5.

⁴⁹ Bird, B., “Preventing employer...”, cit., ibidem.

tres pautas a seguir: 1) analizar si el becario desplaza a los empleados habituales; 2) valorar si trabaja únicamente para su propio beneficio; 3) determinar si para el empresario se deriva una ventaja inmediata del trabajo del becario⁵⁰. En consecuencia, la clasificación de los internos y aprendices para los tribunales del “cuarto circuito” habría de realizarse de acuerdo con el test de Wardlaw por tratarse de un test propio diferenciado de los criterios de Walling⁵¹.

2) El test conjunto que considera la totalidad de los criterios (“todo o nada”⁵²) contenidos en la HI. El test de “todo o nada” propugna que el interno tiene que reunir todos y cada uno de los seis criterios de la HI, si el becario cumple los seis criterios a la vez, entonces no es un empleado conforme a lo establecido por la FLSA. Los tribunales del llamado “quinto circuito”, que comprende el distrito de Louisiana, Missisipi y Texas abogan por el test conjunto “de todo o nada”⁵³.

3) El test que propugna “una consideración de la totalidad de las circunstancias concurrentes”⁵⁴ en la interpretación y aplicación de los criterios contenidos en la HIDE⁵⁵. El llamado “décimo circuito” que comprende los distritos de Colorado, Kansas, Nuevo Méjico, Oklahoma, Utah, y Wyoming, aplica el test de la consideración de la totalidad de las circunstancias concurrentes para determinar si el interno o el aprendiz han de ser considerados empleados.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: SUGERENCIAS A LOS EMPRESARIOS (ESTADOS UNIDOS) PARA SER INCORPORADAS EN LOS PROGRAMAS DE PRÁCTICAS DE CONFORMIDAD A LA FLSA Y LAS LEYES ESTATALES SOBRE SALARIOS Y TIEMPO DE TRABAJO

A modo de conclusión, a continuación se reflejan algunas directrices para los empleadores que pongan en marcha en sus empresas programas de prácticas;

⁵⁰ Bird, B., “Preventing employer...”, cit., p 4.

⁵¹ Véase el apartado 3 del presente estudio sobre los criterios establecidos por el Tribunal Supremo de EEUU en Walling contra Portland.

⁵² Nelson, M., “Internships and federal law...”, cit., p. 45; G. Durrant, G., “To benefit or not to benefit...”, cit., p. 176.

⁵³ Nelson, M., “Internships and federal law...”, cit., ibidem; G. Durrant, G., “To benefit or not to benefit...”, cit., ibidem.

⁵⁴ Bird, B., “Preventing employer...”, cit., p. 5; Nelson, M., “Internships and federal law...”, cit., p 44.

⁵⁵ Bird, B., “Preventing employer...”, cit., ibidem; Nelson, M., “Internships and federal law...”, cit., ibidem.

recomendaciones dirigidas a evitar que dichos programas supongan un incumplimiento de la FSLA y las leyes federales sobre salarios y tiempo de trabajo.

1. La figura central del programa de prácticas debe ser la persona del interno (estudiante o recién graduado que lo realiza)

El interno debe ser el principal beneficiario del programa de prácticas, no el empleador. Conforme han establecido mayoritariamente los tribunales federales la diferencia esencial entre interno y empleado radica en determinar quién es el principal beneficiario del programa de prácticas, que debería ser el interno, no el empleador⁵⁶. Los empleadores que quieran poner en marcha programas de prácticas no retribuidas deben tener un especial cuidado en asegurar que sus internos no realicen trabajos que principalmente beneficien al empleador. Se considera que un trabajo beneficia principalmente al empleador cuando el empleador utiliza a los internos en lugar de contratar (y retribuir) a empleados regulares, y cuando el empleador no contribuye a que el interno adquiera y aplique habilidades adecuadas que sean transferibles⁵⁷.

Los empleadores deberían desarrollar programas de prácticas que proporcionen a los estudiantes o recién graduados una experiencia exitosa de aprendizaje. Las prácticas habrían de suponer la transmisión a los becarios de habilidades propias de una industria, a tal fin convendría que se les asignasen tareas que favorezcan la adquisición de habilidades propias de una profesión o área de estudio específica⁵⁸. Por ejemplo, si se trata de unas prácticas de recursos humanos, el empleador debería preocuparse de que los internos aprenden habilidades necesarias para desempeñar las funciones propias de los profesionales de recursos humanos. Si el empleador se limita a asignar tareas tales como la confección de documentos, la realización de fotocopias y clasificación del correo, es poco probable que el Departamento de Empleo o los tribunales de EEUU consideren que esta experiencia es beneficiosa para los internos, por el contrario, es bastante posible que se estimase que los becarios desplazan al personal administrativo⁵⁹.

La realización de las prácticas habría de ajustarse a la formación que se imparte. Sería conveniente que se adecuasen los programas de prácticas a los objetivos de aprendizaje específicos previamente identificados en el módulo de

⁵⁶ Durrant, G., "To benefit or not to benefit...", cit., p. 176.

⁵⁷ Barbara, A., "Suggested guidelines and best practices for unpaid internships programs", *Bender's California Labor & Employment Bulletin*, Vol. 2012, No. 11 November 1, 2012, p. 3.

⁵⁸ Barbara, "Suggested guidelines...", cit., p. 4.

⁵⁹ Barbara, A., "Suggested guidelines...", cit., p. 5.

formación del programa de prácticas. Sería conveniente que las tareas asignadas a los becarios consistiesen en cometidos equilibrados. Los empleadores habrían de asignar a los becarios, trabajos asequibles, con resultados concretos y plazos cómodos para su realización. Ello facilitaría el proceso de aprendizaje y también la evaluación de la idoneidad del becario⁶⁰.

Sería conveniente que existiese un equilibrio entre el tiempo dedicado al trabajo supervisado y a la formación. Como regla general, los internos no habrían de dedicar más de la mitad de su tiempo a la realización de tareas supervisadas, relacionadas con el trabajo que los empleados realizan habitualmente (para no ser sobrecargados ni tampoco desplazar a los empleados). El tiempo restante convendría que se emplease en el aprendizaje, lo que incluye formación, observación, y la creación de redes con otros empleados. Los becarios no habrían de ser utilizados por los empleadores para desplazar a los empleados ni tampoco para cubrir puestos vacantes.

Es lícito y razonable que se derive de los programas de prácticas un beneficio indirecto para el empleador, si bien han de beneficiar principalmente a los internos. Delimitar quién se beneficia es una cuestión de equilibrio de intereses. El beneficio que obtiene el empresario de progresar en el reclutamiento de personal a través de un programa de prácticas, no sería suficiente para convertir al becario en un empleado.

2. El componente esencial del programa de prácticas es la formación

La formación es el elemento esencial del programa de prácticas. Los empresarios tienen la responsabilidad de ofrecer formación similar y a la vez complementaria a la que se ofrece en los programas académicos. Habría de consistir en un tipo de formación que ayude a la transferencia de habilidades específicas de una industria. Para ser trasladables a una industria específica, las habilidades que adquieran los internos tienen que ser generales en origen y aptas para ser aplicadas en otras compañías, en otras palabras, no deberían ser tan específicas que solo puedan aplicarse en la empresa en que se desarrollan las prácticas⁶¹.

Las prácticas habrían de adaptarse al modelo académico⁶². Sería conveniente que los empresarios diseñasen la parte formativa del programa de prácticas sobre la base de un currículo académico trazado para enseñar a los estu-

⁶⁰ Barbara, A., "Suggested guidelines...", ct., p. 6.

⁶¹ Barbara, A., "Suggested Guidelines ...", cit., ibidem.

⁶² Barbara, A., "Suggested Guidelines ...", cit., ibidem

diantes habilidades generales en un área específica importante. Por ejemplo un programa de prácticas en marketing debería permitir al alumno observar y participar en la aplicación práctica de conceptos aprendidos en cursos centrados en áreas como publicidad, políticas de precios, manejo de la marca. Habría de elaborarse una guía docente para el programa de prácticas que refleje objetivos concretos del aprendizaje. El plan de estudios incorporaría distintas modalidades de enseñanza. En la fase de desarrollo del programa de prácticas los empresarios habrían de colaborar con profesionales de los recursos humanos y profesorado de las universidades. Recurrir a estos últimos es una buena forma de garantizar que la parte formativa del programa complementa adecuadamente la enseñanza en el aula universitaria de los alumnos. Habría de establecerse un convenio con las universidades para desarrollar estos programas de prácticas, frecuentemente las universidades exploran fórmulas para que los estudiantes puedan adquirir experiencia y consigan ventajas competitivas, suelen contar con personal dedicado a la gestión de este tipo de oportunidades para los estudiantes; a la vez que el empresario puede beneficiarse de la asociación con estas instituciones pues le permite ampliar las posibilidades de encontrar los candidatos más cualificados para el programa de prácticas. El trabajo conjunto con el profesorado y secretarios académicos de estas instituciones es la mejor manera de determinar que los créditos académicos que se conceden asociados al programa de prácticas sean los adecuados. Cuestión que si bien es de gran importancia para los participantes en el programa aun lo es más para los empresarios que pretenden realizar programas de prácticas no remuneradas⁶³.

Es conveniente impartir una formación inicial a los participantes sobre el negocio de la empresa que organiza el programa de prácticas. Convendría, durante la misma, proporcionar información sobre la compañía y el departamento; analizar las expectativas y retos de los participantes; examinar las políticas y procedimientos del lugar de trabajo (seguridad, tiempo de trabajo, prendas de trabajo, tecnología y teléfonos); realizar una visita guiada al lugar de trabajo; y presentar a los internos a las personas clave de la empresa/del departamento y del programa de prácticas⁶⁴.

3. Asignar supervisores internos a los becarios

Sería conveniente que cada interno tuviese asignado un supervisor, un empleado con experiencia de la empresa, para que sea un soporte para el interno

⁶³ Nelson, M., "Internships and federal law...", cit., p 45.

⁶⁴ Barbara, A., "Suggested guidelines...", cit., p. 6.

durante el programa de prácticas, sería la mejor manera de asegurarse que el interno recibe un adecuado nivel de formación y que le son transferidas las habilidades requeridas⁶⁵.

4. Identificar un coordinador del programa de prácticas

Los empresarios deberían identificar una persona (el coordinador) que se responsabilice de realizar todas las tareas necesarias para la realización de un programa de prácticas exitoso. Convendría que gestionase el programa en su conjunto, entre sus obligaciones estarían, coordinar las actividades con las universidades; centralizar las soluciones a los problemas que surjan en el programa; asegurarse de que los internos están convenientemente ubicados y tienen los supervisores y mentores adecuados; asegurándose también de que todos los participantes en el programa cumplen plazos y responsabilidades. El coordinador procurará la mejora continua del programa, y el cumplimiento de los requisitos legales⁶⁶.

5. Crear materiales para los internos

Para que los programas de prácticas sean exitosos convendría elaborar materiales tales como un folleto, un manual con información detallada tanto del programa como de la empresa, materiales para el módulo de formación teórica, así como todos los materiales del programa, en particular los anuncios de prácticas, en los que se debe indicar claramente que la práctica es una experiencia de aprendizaje, no una oferta de temporal o estable de empleo.

6. Informar por escrito

Convendría comunicar por escrito a los becarios cuáles son los beneficios que el empresario espera conseguir en relación con ellos a través del programa de prácticas y obtener confirmación por escrito de su recepción en el sentido de haber entendido dichas expectativas del empresario⁶⁷.

Los empleadores habrían de elaborar un documento explicativo de dos cuestiones esenciales: los internos no tienen derecho a un trabajo a la conclusión del programa de prácticas, y que todas ambas partes comprenden que los

⁶⁵ Barbara, A., "Suggested guidelines...., cit., ibidem.

⁶⁶ Barbara, A., "Suggested guidelines...., cit., ibidem.

⁶⁷ Barbara, A., "Suggested guidelines...., cit., p.7.

internos no tienen derecho a salarios por el tiempo empleado en la formación⁶⁸. Asimismo, las prácticas deben tener una duración fija, delimitada en el documento. El documento habría de reflejar la duración de las prácticas, limitada en el tiempo; así como las firmas de ambos: la del empresario para corroborar que ha explicado al becario el alcance del compromiso que asume y la del interno en prueba de su conformidad, de que conoce claramente sus posibilidades. Este tipo de manifestaciones no impide sin embargo al empleador contratar a los internos en cualquier momento después de que el período de prácticas ha terminado. Tampoco le impide pagar salarios al interno. Su finalidad es que tanto el empleador como el interno tengan unas expectativas claras.

7. Proceso de selección de los internos

Los empleadores habrían de establecer para los programas de prácticas procesos internos de selección que sean transparentes en los que se enfatice la naturaleza del aprendizaje de las prácticas. Realizar un proceso de selección de internos que sea sustancialmente similar al proceso de contratación de los empleados podría intimidar al becario. El proceso de selección de los becarios, en lugar de reproducir el proceso de selección para reclutar trabajadores ordinarios de la empresa, habría de centrarse en la naturaleza formativa del programa de prácticas. Los empleadores han de pretender de los internos que demuestren su capacidad y voluntad de aprender, y no la adquisición de habilidades de trabajo específicas.

8. Como resumen...

Las prácticas sean o no remuneradas pueden valer como excelentes oportunidades para las personas que buscan cumplir con los requisitos para la obtención del título de grado en la universidad; para la obtención de puestos de trabajo que requieren experiencia laboral; para probar la valía de un individuo en un terreno o trabajo en particular; para lograr experiencia antes de iniciar una trayectoria profesional; y para ensayar el trabajo real en un entorno laboral real. Sin embargo, a menos que las prácticas cumplan los estrictos criterios para el trabajo no remunerado en el sector privado, tanto las leyes federales como las del Estado de California sobre salarios y tiempo de trabajo exigen a los empleadores que retribuyan a los becarios. El cumplimiento de las exigencias legales requiere de una planificación reposada y minuciosa para evitar la responsabi-

⁶⁸ Barbara, A., "Suggested guidelines...", cit., *ibidem*.

lidad de la empresa por una clasificación errónea de internos que eluda su consideración de verdaderos empleados.

Un programa de prácticas no remuneradas habría de ser similar a la formación que se da en un centro de enseñanza, para el beneficio del interno; no habría de desplazar a los empleados regulares; tendría que contemplar una estrecha supervisión del interno por el personal existente, y no habría de proporcionar al empleador “ ventaja inmediata ” de las actividades del becario. Además, el interno no necesariamente tiene derecho a un trabajo al finalizar el período de prácticas. Ambos deben entender que a la finalización de las prácticas, el interno no tiene derecho a los salarios por el tiempo de realización de las prácticas. El empresario debería describir los términos de las prácticas en un escrito proporcionado al becario, que habría de firmarse por ambos al iniciarse las prácticas. También sería ventajoso que el programa se realizase en colaboración con una institución educativa.

UNA RELECTURA DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL*

MARÍA TERESA ALAMEDA CASTILLO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

Palabras clave: Ejecución provisional de sentencias, sentencias de despido, sentencias de seguridad social de tercero

Se lleva a cabo en el presente artículo una relectura crítica de la ejecución provisional de sentencias, institución clásica del Derecho adjetivo que ha sido objeto de una sustancial reforma en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. No se aborda un análisis lineal de los arts. 289 a 305 LJS sino que las reflexiones se centran en determinadas cuestiones especialmente controvertidas. La especificidad del Derecho del Trabajo como disciplina normativa compensadora de la desigual posición de las partes en el contrato se proyecta, de manera muy significativa, sobre el régimen regulador de la ejecución provisional de sentencias en el orden social diseñado desde la óptica de una sentencia de condena que beneficia a la parte más débil de la relación laboral cuyos pronunciamientos se imponen al empresario ante el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho de la pretensión del actor declarada en la sentencia. La regulación especial laboral no es completa y plantea innumerables problemas aplicativos, que no se han resuelto con su renovado régimen regulador (ni con la escasa interpretación judicial) y que exigen, en ocasiones, acudir al régimen supletorio civil.

ABSTRACT

Key words: Provisional enforcement of judgments, dismissal judgments, social security judgments

It is carried out in this paper a reinterpretation of the provisional enforcement of judgments, classic institution of adjective law has undergone substantial reform in the Ley de la Jurisdicción social (Social Jurisdiction). A linear analysis is not addressed (arts. 289-305 LJS) but reflections focus on certain particularly controversial issues. The specificity of labor law as compensatory normative discipline of the unequal position of the parties to the contract are projected, very significantly, on the regulatory regime of the provisional enforcement of judgments in the social order designed from the perspective of a judgment conviction that benefits the weakest part of the employment relationship. Special labor regulation is not complete and raises innumerable applications problems that have not been resolved with renewed regulatory regime (or with little judicial interpretation) and requiring sometimes resort to civil default regime.

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad: "Evaluación sustantiva de las reformas laborales: una metodología interdisciplinar" (DER 2012-33178). Investigador principal Jesús. R. Mercader Uguina. 2013-2015.

ÍNDICE

1. RASGOS GENERALES DE LA FIGURA
2. TIPOLOGÍA DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL
 - 2.1. Sentencias condenatorias al abono de cantidades. Anticipos reintegrables
 - 2.2. Sentencias en materia de Seguridad Social
 - 2.2.1. Condena al pago de prestaciones periódicas
 - 2.2.2. Condena al pago de prestaciones de pago único
 - 2.2.3. Condena a obligaciones de hacer o no hacer
 - 2.2.4. Otros supuestos de ejecución provisional de sentencias en materia de Seguridad Social
 - 2.3. Sentencias de despido. Punto de partida y de llegada: El carácter autónomo de la ejecución provisional de sentencias de despido. La controvertida ejecución provisional de las sentencias de despido colectivo
 - 2.3.1. Sentencias que declaran el despido nulo o improcedente con readmisión. Contenido de la ejecución provisional
 - 2.3.2. Sentencias que declaran la nulidad o improcedencia del despido que se concretan en el pago de cantidades
 - 2.4. Sentencias recaídas en los procesos de conflictos colectivos, en los de impugnación de los convenios colectivos y en los de tutela derechos fundamentales y libertades públicas
 - 2.5. Nuevas posibilidades de ejecución provisional de sentencias que incorpora la LJS
 - 2.5.1. Ejecución provisional de sentencias recaídas en procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral, sindical y de Seguridad Social
 - 2.5.2. Sentencias que acuerdan la extinción del contrato por voluntad del trabajador ex art. 50 3. ET
3. DISPOSICIONES COMUNES A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL: COMPETENCIA E IMPUGNACIÓN
4. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEC

1. RASGOS GENERALES DE LA FIGURA

En línea de principio, será ejecutable la sentencia que ya es firme, pero tal criterio general convive con la posibilidad de que, durante el recurso, el fallo impugnado sea ejecutado, aunque de forma provisional, estableciéndose las cautelas al efecto para que las cosas puedan volver al estado en el que se encontraban antes de procederse a la misma¹. El diseño laboral de esta ejecución (arts. 289-305 LJS) selecciona determinadas sentencias de condena favorables al trabajador o beneficiario del sistema para las que se prevén reglas particulares²

¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “El carácter autónomo de la ejecución provisional de las sentencias de despido”, RL, I, 1994, p. 88.

² Pago de cantidades, Seguridad Social, despidos, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, tutela de derechos fundamentales, impugnación de actos administrativos en materia laboral, sindical y Seguridad Social y extinciones del art. 50 ET.

y ello, sin perjuicio, de determinadas notas comunes. No existe un principio general de ejecución provisional de sentencias en el orden social, sí presente ya, sin embargo, en la LEC 2000³. La LJS (y antes la LPL) no prohíbe la ejecución provisional a favor de una empresa sino que se limita a no regular especialidades en esos casos, aplicándose, por tanto, el régimen de la ejecución provisional civil. Ello es así porque la ejecución provisional no se contempla como un derecho puesto a disposición de las dos partes sino como un beneficio sólo concedido al trabajador o beneficiario de la Seguridad Social⁴ que tiende a garantizar la efectividad de los derechos reconocidos a aquéllos por la decisión de instancia y la inmediatez de su disfrute⁵. Difiere profundamente el régimen de la ejecución provisional laboral de la diseñada en el orden civil cuya regla general es la restauración del estado inicial anterior a la ejecución y de indemnidad del ejecutado, deshaciéndose lo hecho e indemnizándose daños. Frente a ello, la acción ejecutiva provisional laboral que deriva del título recurrido, se estructura como derecho relativo, unas veces y como derecho absoluto, otras. Sería absoluto, en determinadas sentencias de Seguridad Social y de despido nulo o improcedente con readmisión ya que no hay que devolver las prestaciones periódicas, ni los salarios percibidos y relativo, en aquellos casos en los que el beneficiario soporta un riesgo de eventual devolución de lo percibido⁶.

En el proceso laboral, de única instancia y con un sistema de recursos extraordinarios, la sentencia de instancia está dotada de una fuerte presunción de legalidad, ya que su revisión por los tribunales superiores se mueve dentro de cauces muy estrictos⁷. Para el TC, en la ejecución provisional de sentencias⁸ no estamos ante un derecho fundamental directamente comprendido en el art. 24.1

³ La LEC ensancha decididamente el campo y las condiciones de aplicación de este tipo de ejecución llegando a esbozarse un criterio general de ejecución provisional de todo favorecido por una sentencia recurrida de condena (art. 526 LEC), con excepciones menores. Dicha opción legislativa tiene como contrapunto la previsión de un régimen de oposición a la ejecución provisional (dificultad o imposibilidad de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional ante la revocación de la sentencia) y la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados (*vid.*, González Navarro, A., *La ejecución provisional en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, 2014).

⁴ Rojas Rivero, G.P., *El proceso de ejecución laboral*, Lex Nova, 2001, p. 381.

⁵ Casas Baamonde, M.E., “La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral ¿Procedimiento autónomo? Y sobre el régimen provisional de las sentencias de despido”, en AA.VV., *El proceso laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique De la Villa*, Lex Nova, 2001, p. 124.

⁶ Rojas Rivero, G.P., *El proceso de ejecución laboral*, *op. cit.*, ps. 369 y 370.

⁷ Casas Baamonde, M.E., “La ejecución provisional...”, *op. cit.*, p. 122. SSTC 3, 14 y 114/1983, 20/1984, STC 105/1997, STC 5/2003.

⁸ Cuyas cargas para la parte condenada no son desproporcionadas ni lesivas de su derecho a la tutela judicial (SSTC 90/1990, 61/1992).

CE, sino ante un derecho de configuración legal, que el legislador puede establecer en los distintos órdenes jurisdiccionales sometiéndolo a determinados requisitos y garantías, dictados tanto en interés de la buena Administración de Justicia como en orden a la adecuada protección de los intereses de las partes en el proceso⁹. Ahora bien, dicho esto, la ejecución provisional (de sentencias de despido, en concreto) tiene relevancia constitucional desde el momento en que, para el TC, los argumentos que sirven de fundamento a la ejecución provisional hacen legítima constitucionalmente la opción legislativa¹⁰. La ejecución provisional de despidos tiene el carácter de un procedimiento autónomo, dentro de un único proceso de índole laboral (el de despido) que se estima justificado desde el punto de vista constitucional por su fundamento y características: la naturaleza de la retribución (salario de subsistencia), la reciprocidad de las prestaciones, el obligado cumplimiento inmediato de éstas o la duración temporal de la ejecución (equivalente a la duración del trámite de recurso). Además y, por otro lado, el derecho a la ejecución provisional de sentencias en el ámbito laboral ha sido vinculado por el propio Tribunal al derecho a la ejecución en sus propios términos de las resoluciones judiciales, en tanto expresión del derecho a la tutela judicial efectiva *ex art. 24 CE* porque para el TC de las resoluciones judiciales dirigidas a la efectividad de la ejecución provisional dimana también un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del trabajador¹¹. De esta forma, entiende, que la negación del derecho a la ejecución amparada en resoluciones judiciales conlleva la lesión del derecho de los trabajadores a que éstas se ejecuten, lo que incluso tratándose de una ejecución provisional, supone la violación del art. 24.1 CE. Así, la línea divisoria entre la naturaleza fundamental y meramente legal del derecho a la ejecución de sentencias se hace entonces muy tenue: dictadas resoluciones judiciales en el proceso de ejecución provisional que adquieren firmeza, el derecho a su ejecución pasa a cobijarse en el art. 24.1 CE¹².

Son requisitos y notas de la ejecución provisional: a) El título ejecutivo tiene que estar constituido única y exclusivamente por una sentencia. b) Se concibe la ejecución provisional de manera amplia, extensiva, más allá de las sentencias estrictamente dinerarias. Ahora bien, ha de tratarse de sentencias de condena o pseudo-declarativas (que no contienen condenas dinerarias cuantifi-

⁹ STC 312/2006. González Velasco, J., *Los derechos laborales y su tutela provisional. La ejecución provisional en el Derecho del Trabajo*, Acarl, 1988, p. 40.

¹⁰ Navarro Nieto, F., *La ejecución judicial de la readmisión en los despidos*, Tirant lo Blanch, 2005, p. 145.

¹¹ STC 191/2000, STC 266/2000.

¹² Casas Baamonde, M.E., "La ejecución provisional...", *op. cit.*, p. 126.

cadadas pero sí condenas de obligaciones de hacer). c) La sentencia ha de ser definitiva, esto es, ha de tener carácter recurrible no siendo conceptualmente viable la ejecución provisional de una sentencia firme, puesto que estaríamos ante una ejecución definitiva. d) La sentencia definitiva debe hallarse en trámite de anuncio, preparación o interposición de recurso devolutivo –suplicación o casación-. e) No se exige caución a la parte que insta la ejecución ni reintegro de lo percibido en ciertos supuestos (salarios de sustanciación en determinadas sentencias de despido, sentencias condenatorias de prestaciones periódicas de Seguridad Social). f) Se constata la presencia de los poderes públicos como garantes de la satisfacción del interés del ejecutante e incluso también del que fue indebidamente ejecutado¹³.

La ejecución provisional finaliza cuando existe una sentencia firme que resuelve el recurso. Lo normal será que frente a una sentencia del Juzgado de lo Social recurrida en suplicación y ejecutada provisionalmente, estos efectos cesen cuando el Tribunal Superior resuelva el recurso. Ahora bien, si ésta última sentencia es confirmatoria y frente a la misma se interpone recurso de casación para unificación de doctrina, la ejecución provisional continua porque no existe, todavía, sentencia que ponga fin al asunto, esto es, sentencia firme. Sin embargo, si la sentencia estima el recurso de suplicación y revoca la de instancia, la ejecución provisional no puede proseguir¹⁴, ésta (ya) no resulta procedente porque la sentencia que se pretendía ejecutar ha sido revocada y, aunque el pronunciamiento revocatorio no es firme, sí es definitivo.

Una precisión terminológica y una última consideración introductoria de carácter general. En los tipos tradicionalmente conocidos (anticipos reintegrables, Seguridad Social y despidos) el legislador alude a *ejecución de sentencias recurridas* y en la ejecución provisional más moderna (conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, tutela de derechos fundamentales) se utiliza la expresión *ejecutividad inmediata*. En principio, el término ejecución provisional se conecta con la petición expresa del beneficiario no así la *ejecutividad inmediata*, aun cuando la ley mezcla ambos términos y buena prueba de ello es que en el art. 303 LJS parecen utilizarse como sinónimos. En otro orden de cuestiones, en materia impugnación, es tradicional el rechazo y resistencia legal y judicial a los recursos devolutivos en sede de ejecución provisional en base a principios como el de economía procesal que harían difícilmente entendible que se admitiera el recurso de suplicación contra la sentencia que se ejecuta

¹³ Cruz Villalón, J., “La ejecución provisional en el proceso laboral”, en AA.VV., *Ejecución de sentencia. Dossier práctico*, Francis Lefebvre, 2000, p. 45.

¹⁴ Blasco Pellicer, A., *El régimen procesal del despido*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 344.

y un segundo recurso contra la ejecución provisional: un segundo recurso contra decisiones que dependen de otro recurso¹⁵. Aun cuando las últimas reformas procesales en la materia incorporan algunas excepciones a aquel criterio general (art. 304.3 LJS), la referida resistencia dificulta la necesaria interpretación judicial de la institución en extremos importantes. No obstante (y, paradójicamente) algunas pautas interpretativas son aportadas por el TC vía tutela judicial efectiva en que la ejecución provisional no se integra (en principio, *vid. supra*) pero que, de rebote, ha contribuido a clarificar su régimen en el ámbito procesal laboral¹⁶.

2. TIPOLOGÍA DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL

2.1. Sentencias condenatorias al abono de cantidades. Anticipos reintegrables

Conforme al art. 289.1 LJS cuando el trabajador tuviere a su favor una sentencia en la que se hubiere condenado al empresario al pago de una cantidad y se interpusiere recurso contra ella, tendrá derecho a obtener anticipos a cuenta de aquélla, garantizando el Estado su reintegro y realizando, en su caso, su abono, en los términos establecidos en la Ley. Será el trabajador la «*parte interesada*» que habrá de instar la ejecución ante el órgano judicial que dictó la sentencia cuya ejecución provisional se pretende. En todo caso, esta ejecución provisional se ha de solicitar (no es una consecuencia automática de la sentencia condenatoria) y, a partir de ese momento, rige el impulso de oficio. Establece el art. 289. 2 y 3 LJS que el anticipo alcanzará, como máximo total, hasta el 50 por ciento del importe de la cantidad reconocida en la sentencia, pudiendo abonarse en períodos temporales durante la tramitación del recurso, desde la fecha de la solicitud y hasta que recaiga sentencia definitiva o por cualquier causa quede firme la sentencia recurrida. Este pago periódico (normalmente mensual) durante el tiempo que dure el recurso no excluye que el abono pueda revestir la forma de cantidad a tanto alzado y será el propio trabajador el que decida la cantidad que desea reclamar, sin superar los topes legales, sin que se le obligue a justificar la razón por la que pide esa cantidad. En cuanto a las vías para la obtención de efectivo destinado a satisfacer el anticipo, son tres las posibilidades contempladas por la norma vertebradas en torno a la realización o no de consignación para recurrir:

¹⁵ STS 30-4 y 27-5-2002.

¹⁶ En línea similar, Blasco Pellicer, A., *Ejecución en el orden social tras la LEC*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 27.

a) De haberse efectuado consignación, el secretario judicial dispondrá el anticipo con cargo a ella detrayendo las cantidades necesarias para abonarlo al trabajador. b) En caso de que la obligación se hubiera asegurado mediante aval o cualquier otro medio admitido, el secretario judicial requerirá a la empresa para que en el plazo de cuatro días proceda a consignar en metálico la cantidad a anticipar, disponiendo luego de acreditada esta consignación la devolución del aval o medio de garantía inicialmente constituido, contra entrega simultánea de nuevo aval o medio de garantía por la menor cantidad. Este párrafo 2 del art. 290 LJS (antes LPL) se incorpora por la Ley 13/2009. Hasta ese momento, en la LPL, la regulación de la ejecución provisional de sentencias condenatorias al pago de cantidades contemplaba dos supuestos: con consignación y sin consignación, ignorando el caso de anticipo concedido mediante aval. Algunos autores entendían que, tal supuesto debía equipararse a aquéllos de falta de consignación, con lo que el Estado habría de asumir el abono de los anticipos¹⁷. No obstante, la interpretación judicial mayoritaria era la contraria al entender que de la fórmula legal «*aseguramiento mediante aval bancario*» habría de deducirse que el aval bancario podía convertirse en metálico por los mecanismos bancarios de ejecución de la fianza que prestara la entidad bancaria de crédito¹⁸. c) Si no hubiera sido preceptivo consignar la cuantía de la condena para recurrir, el Estado abonará el anticipo directamente al trabajador¹⁹ y esta responsabilidad se articulará a través del organismo gestor correspondiente. Desaparece en la LJS la DA 4ª de la LPL en la que se indicaba que *podría* encomendarse al FOGASA la gestión de las partidas presupuestarias destinadas a anticipos reintegrables, opción, por otra parte, no materializada en la práctica. En la actualidad, al situarnos ante una responsabilidad estatal conexas a la tutela del trabajador en el seno del proceso, el organismo gestor será el Ministerio de Justicia²⁰.

¹⁷ Montero Aroca, J., Marín Correa, J.M., *La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, 1998, ps. 48 y 49. También, STSJ Madrid 6-5-1997.

¹⁸ STSJ Galicia 20-10-1994 y SSTSJ País Vasco 25-3-1997 y 12-6-1998.

¹⁹ Tal supuesto es calificado por algunos autores –en línea con el origen de la figura de los anticipos reintegrables– como actividad de jurisdicción voluntaria (Montero Aroca, J., Carratalá Teruel, J.L., Mediavilla Cruz, M.L., *Proceso laboral Práctico*, Aranzadi, 2003, p. 1048) o prestación a cargo del Estado (Rojas Rivero, G.P., *La ejecución de sentencias en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, Bomarzo, 2012, p. 32).

²⁰ De cualquier forma, el órgano gestor no tiene facultades de control de la legalidad del decreto que le ordena realizar el anticipo pero si éste no se produjera voluntariamente por parte del organismo afectado, se seguiría el trámite de la ejecución definitiva frente a entes públicos del art. 287 LJS (Baylos Grau, A., Cruz Villalón, J., Fernández López, M.F., *Instituciones de Derecho Procesal laboral*, Trotta, 1995, 2ª edición, p. 616).

Si la revocación dejara sin efecto totalmente la sentencia, es evidente que debe suspenderse la ejecución provisional. Debe procederse al reintegro de lo anticipado, de oficio o a instancia del empresario o, en su caso, del Estado, ya que el art. 290 LJS no exige la firmeza de la sentencia revocatoria que sustituye a la sentencia de instancia que justifica la ejecución provisional²¹. Aun cuando el cumplimiento espontáneo de la obligación de reintegro es posible, la ley concede a los acreedores (empresario, Estado) un título ejecutivo de inmediata y directa utilización²²: la resolución firme en que se acordó la ejecución provisional junto con la certificación, librada por el secretario judicial o por el organismo gestor, en el que se determinaran las cantidades abonadas. Así, la efectividad del reintegro va más allá de la garantía solidaria del Estado del art. 292 LJS pues el art. 293 diseña un título ejecutivo que permite al órgano judicial (juez, aquí sin género de duda, al tratarse de ejecución definitiva) iniciar ejecución, dirigida a lograr el reintegro de la cantidad anticipada²³. En todo caso, la operación de reintegro o resarcimiento habrá de formalizarse en el seno de la ejecución de que se trate, como una incidencia de la misma sin que sea necesario acudir a proceso declarativo u otro proceso²⁴.

De todas formas, los anticipos reintegrables son una figura poco usada en la práctica (probablemente por la inexcusable obligación de devolución ante la revocación de la sentencia), sin embargo, *a contrario*, sí es frecuente la ejecución provisional de sentencias que reconocen la improcedencia o nulidad del despido o de aquellas que reconocen el derecho a una pensión del sistema público de Seguridad Social; ambos supuestos, se abordan a continuación.

2.2. Sentencias en materia de Seguridad Social

Todo fallo judicial del que se derive el derecho a percibir una prestación de Seguridad Social, cualquiera que sea el sentido del pronunciamiento, dará

²¹ El diseño legal del reintegro de los anticipos reintegrables se concreta en una actividad de prestación del Estado que actúa como instrumento de garantía social al servicio de la igualdad de las partes en el proceso, por cuanto no sólo el trabajador se ve favorecido sino también el empresario, que tiene asegurado el cobro de la devolución, en todo caso (Molina Navarrete, C., “Artículo 290 Ley de Procedimiento Laboral”, en AA.VV., [Monereo/Moreno/Gallego], *Comentario a la Ley de Procedimiento laboral*, Tomo II, Comares, 2001, p. 1758).

²² Ríos Salmerón, B., “Artículo 293. Incumplimiento de la obligación de reintegro por el trabajador”, en AA.VV. (Sempere), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, 2013, p. 1641.

²³ Estamos ante uno de los títulos idóneos para abrir la ejecución definitiva implícitamente incluido en el art. 237 LJS («Sentencias firmes y demás títulos, judiciales o extrajudiciales, a los que la presente Ley otorga eficacia para iniciar directamente un proceso de ejecución»).

²⁴ STS 21-11-2002 y STSJ Galicia 16-4-2012.

derecho a que el beneficiario de la prestación obtenga la eficacia inmediata de la misma, en el supuesto de que se interpusiera recurso contra aquél. La LJS en sus arts. 294-296 regula la ejecución provisional de las sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social estableciendo tres supuestos: sentencias condenatorias al pago de prestaciones periódicas, a prestaciones de pago único y a obligaciones de hacer o no hacer. El ámbito material de aplicación de esta ejecución provisional serán aquellas sentencias que reconozcan prestaciones de pago periódico, de pago único y de hacer o no hacer del régimen público de Seguridad Social, las encuadrables en la asistencia social pública y, en el futuro, las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en la medida en que, conforme al art. 2 o) LJS, estas prestaciones tienen «a todos los efectos de esta Ley la misma consideración que las relativas a las prestaciones y los beneficiarios de la Seguridad Social». La entrada en vigor de esta regla procesal se demora, como es conocido, hasta un momento posterior, cuando una futura ley lo determine (Proyecto que habría de ser remitido en 3 años) teniendo en cuenta la incidencia de las distintas fases de aplicación de la Ley de Dependencia (DF 7ª.2 LJS). Quedan fuera las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, sin perjuicio de que pudiera mantenerse, en su caso, la vía de los anticipos reintegrables de los arts. 289-293 y ss. LJS²⁵. En tal caso, habría que aplicar la regla del art. 230.2 d) LJS que exige, en caso de condena referida a mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, que el condenado o declarado responsable efectúe la consignación o el aseguramiento de la condena ante el juzgado.

Como afirmamos, en materia de Seguridad Social, la ejecución provisional presenta perfiles diversos dependiendo del tipo de obligación: ante prestaciones temporales o vitalicias de pago periódico, derecho absoluto, sin obligación de devolver nada de lo percibido²⁶, en prestaciones a tanto alzado derecho relativo con posible reintegro y relatividad también en obligaciones de hacer o no hacer ante el arbitrio judicial para acceder o no a la petición de ejecución provisional.

²⁵ STSJ Andalucía 20-1-2005, en contra, STSJ Castilla La Mancha 11-3-2008. Algún autor sostiene, sin embargo, que en el caso de obligaciones de hacer o no hacer «en materia de Seguridad Social» el tenor legal permite pensar en obligaciones de Seguridad Social sin exclusiones ni limitaciones, lo que incluye la Seguridad Social (mejor protección social) libre (Salinas Molina, F., “Artículo 294”, en AA.VV. [De la Villa], *Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con Jurisprudencia*, La Ley, 2006, p. 1965).

²⁶ Incluso si la sentencia fuera anulada, STS 1-6-2010.

2.2.1. *Condena al pago de prestaciones periódicas*

El beneficiario de una sentencia de condena relativa al pago de prestaciones periódicas, sean pensiones o subsidios, ostenta su derecho frente al condenado desde que se anunció o preparó el recurso contra la sentencia, percibiendo de él las prestaciones hasta el límite de su responsabilidad, durante la tramitación del recurso, cualquiera que fuera el que lo planteó y hasta que se dicte resolución por el Tribunal Superior. Mantiene la doctrina que más que ante un supuesto de ejecución provisional de sentencia -que exigiría una petición expresa-, se está ante una ejecutividad inmediata de las sentencias condenatorias²⁷ al pago de prestaciones de pago periódico por parte de la Entidad Gestora, mutua o empresario responsable.

Esta ejecutividad inmediata se consigue, además, mediante otro instituto ligado íntimamente a la ejecución provisional, que es la consignación del capital coste de la prestación o la certificación de la Entidad Gestora del abono de ésta y que es el presupuesto y requisito de admisibilidad del recurso frente a la sentencia²⁸. En estos casos, el abono de la prestación durante la tramitación del recurso se debe producir tanto si el recurso lo interpuso el condenado a su pago como si recurre el demandante al que el fallo reconoce una prestación de Seguridad Social distinta de la solicitada o en cuantía diferente a la postulada. En este segundo supuesto, la situación es peculiar pues al no recurrir el condenado no se dispondrá de una consignación del capital coste de la prestación, ni de un certificado de la Entidad Gestora de abono de la pensión o subsidio en fase de recurso, con lo que la solución será la aplicación del art. 288 LJS para que por la TGSS se calcule el capital coste de la prestación si el condenado es una mutua o empresa y lo consigne en dicha Tesorería y en otro caso requerir directamente a la Entidad Gestora si ella es la condenada para que abone al demandante la prestación²⁹. En el caso de recurso formulado por entidad colaboradora o particular, el ingreso en la TGSS, en concepto de consignación, del capital importe de la pensión, les libera totalmente de sus responsabilidades (en concepto de intereses, por ejemplo)³⁰. Por su parte, si la sentencia condenara al pago de cantidades perió-

²⁷ Ejecución provisional que se inicia por ministerio de la ley.

²⁸ Rojas Rivero, G., *El proceso de ejecución laboral*, op. cit., p. 443.

²⁹ andino Axpe, J.F., *Ejecución en el orden jurisdiccional social*, Comares, 1996, p. 339, Salinas Molina, F., "Artículo 294. De las sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social", en AA.VV (Folguera/Salinas /Segoviano), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, 2011, 2ª edición, p. 1093.

³⁰ En esta línea, la STS 11-3-2002 insiste en la conclusión de que constituido el capital importe de la prestación declarada en el fallo, la entidad colaboradora ha cumplido su obligación, por lo que el retraso en el abono de la prestación no conllevará la obligación de aquélla de abonar intereses.

dicas, debidas a contingencias pasajeras pero de duración y consecuencias económicas desconocidas *a priori*, como la incapacidad temporal, resulta imposible calcular el importe del capital coste de renta que debiera depositarse para garantizar el pago del subsidio durante la sustanciación del recurso y por eso el condenado cumplirá con hacer frente simplemente al pago de la obligación durante el tiempo de la tramitación del recurso.

El beneficiario habrá de recibir la prestación hasta que recaiga la sentencia del tribunal superior y la Entidad Gestora o colaboradora ha de comenzar el pago desde el momento de la sentencia. Además, habrá de practicarse la oportuna liquidación si, al dictarse la sentencia superior revocatoria, no se hubieran percibido todos los pagos periódicos correspondientes al tiempo de tramitación del recurso (art. 294.2 LJS). El abono de las prestaciones deberá comprender también, en su caso, las revalorizaciones que aquéllas pudieran experimentar durante la tramitación del recurso, como lógica consecuencia del nacimiento *ex lege* de la relación de protección, sin que ello suponga contravenir lo ejecutoriado sino, por el contrario, el ajuste de la ejecutividad de la sentencia con la naturaleza de la obligación documentada en aquélla como título³¹, teniendo en cuenta el carácter evolutivo de la obligación.³² El trabajador tiene derecho a las prestaciones devengadas durante la tramitación del recurso (*ex art.* 294.1 LJS) y la TGSS ha de comenzar su pago desde la fecha de la sentencia. Por ello, los devengos previos, no se recibirán en sede de ejecución provisional sino que estos «*atrasos*» se perfilan como un crédito latente, a la espera de que la condena adquiera firmeza³³.

Cuando la sentencia confirme la de instancia, favorable a las pretensiones del beneficiario, éste consolidará el derecho que le fue reconocido provisionalmente y, en consecuencia, seguirá percibiendo la pensión o de no producirse el cumplimiento voluntario deberá instar la ejecución definitiva. Es el momento para exigir lo no abonado durante la ejecución provisional, los atrasos de la pensión producidos desde el hecho causante hasta la fecha de la sentencia, así

³¹ Montero Aroca, J., Marín Correa, J.M., *La ejecución provisional de sentencias...*, *op. cit.*, ps. 95-96.

³² En todo caso, el abono de la prestación durante el recurso lo será, hasta «*el límite de responsabilidad*» lo que es importante pues los pleitos de Seguridad Social es frecuente que se entiendan con varios demandados y podría ocurrir que la condena emitida, aun afectando a todos, no lo hiciera de la misma manera, fuera por la cifra asignada, el orden o el alcance de la responsabilidad impuesta (Rojas Rivero, G.P., *La ejecución de sentencias...*, *op. cit.*, p. 50).

³³ Rojas Rivero, G., *El proceso de ejecución laboral*, *op. cit.*, pág. 457, Ríos Salmerón, B., Cavas Martínez, F., “Artículo 294. Ejecución provisional de la sentencia condenatoria al pago de prestaciones de pago periódico de la Seguridad Social”, en AA.VV. (Sempere), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, *op. cit.*, p. 1651.

como el abono de los incrementos y revalorizaciones, si no se hubiesen satisfecho ya, al haber adquirido el demandante definitivamente la cualidad de pensionista³⁴. En los casos en los que la sentencia aumentase la cuantía de la prestación que se venía percibiendo, el beneficiario tendría derecho a la diferencia entre lo percibido y lo establecido en la sentencia que pone fin al recurso. Por su parte, si la sentencia favorable al trabajador fuera revocada totalmente e incluso anulada las consecuencias derivan de la ejecutividad inmediata de este tipo de sentencias y del carácter autónomo de la ejecución provisional. En base a ello, el trabajador no estará obligado al reintegro de las cantidades percibidas durante el periodo de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen las prestaciones devengadas durante la tramitación del recurso y que no hubiere percibido en la fecha de firmeza de la sentencia. Así, desde que se dicta la sentencia de instancia hasta la fecha de suplicación, la prestación se devenga, se percibe y no se reintegra³⁵ incluso aunque se anule aquélla³⁶. En aplicación de estos criterios, podría ocurrir que prestaciones periódicas de duración determinada como los subsidios de incapacidad temporal o las prestaciones por desempleo agotaran su duración durante la tramitación del recurso, resultando absolutamente intrascendente la revocación de la sentencia pues el beneficiario no se vería obligado a devolver las cantidades recibidas. Aun así, es mayoritaria la doctrina judicial de suplicación que incluye este tipo de prestaciones de Seguridad Social en el supuesto del art. 294.2 LJS estableciendo la obligación de su abono durante el recurso y la no exigencia de reintegro, por tanto³⁷.

Por el contrario, sí se tendrían que devolver, en su caso, las cantidades percibidas en relación con el período anterior a la sentencia de instancia, pues no corresponde al periodo de ejecución provisional. Supuesto singular es el del recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad al que la doctrina de suplicación, partiendo de su carácter sancionador y no prestacional, no aplica el art. 294.2 LJS sino la obligación de reintegro que se concreta en la regularización e imputación de las cantidades percibidas sobre la prestación definitivamente reconocida por el Tribunal Superior³⁸. Si la sentencia fuera revocada en parte y se hubiera tenido que consignar por el condenado el correspondiente capital coste de renta, deberá devolverse a la persona o entidad distinta a la Entidad Gestora que haya consignado la parte correspondiente en cuanto exceda

³⁴ Rojas Rivero, G.P., *El proceso de ejecución laboral*, op. cit., p. 462.

³⁵ SSTS 14-3-1994 y 24-7-1996, STSJ Galicia 2-3-2001.

³⁶ STSJ Andalucía 18-12-1998.

³⁷ STSJ Canarias 13-2-1998, STSJ Andalucía 18-12-1998, STSJ Andalucía 21-2-2000, STSJ Cantabria 3-4-2002. En contra, SSTSJ Cataluña 12-12-2005 y 19-9-2008.

³⁸ STSJ Cataluña 17-3-2005.

de lo preciso para hacer frente a la prestación de pago periódico reconocida. Se hace una nueva liquidación del capital coste renta, se fija la pensión definitiva que deba percibir el beneficiario y se devuelve al recurrente la parte de capital sobrante si lo hubiera.

Existe doctrina judicial unificada sobre los efectos de la revocación parcial de una sentencia condenatoria al pago de prestación periódica ejecutada provisionalmente que reduce el grado de incapacidad permanente inicialmente declarado, caso en el que no se deberá producir la compensación de las prestaciones superiores abonadas durante la tramitación del recurso con la pensión inferior reconocida finalmente³⁹. En esta misma línea, al igual que no se exige al beneficiario la devolución de las pensiones percibidas en concepto de invalidez permanente total reconocida en instancia que luego es dejada sin efecto en una superior instancia judicial, tampoco resulta aceptable el llevar a efecto una compensación con la prestación a tanto alzado por incapacidad permanente parcial que finalmente es reconocida en el recurso⁴⁰.

2.2.2. *Condena al pago de prestaciones de pago único*

Conforme al art. 295 LJS, el beneficiario del régimen público de Seguridad Social⁴¹ que tuviera a su favor una sentencia recurrida que condenara al abono de una prestación de pago único o a tanto alzado (lesiones permanentes no invalidantes, incapacidad permanente parcial, indemnización a tanto alzado por muerte derivada de accidente de trabajo, prestación contributiva por desempleo cuando se abona de una vez el valor actual de su importe...) tendrá derecho a solicitar su ejecución provisional y a obtener anticipos a cuenta de aquélla, en los términos establecidos para las sentencias condenatorias al pago de cantidades. La LJS remite esta ejecución provisional al régimen jurídico visto de los anticipos reintegrables partiendo de la consideración de que se trata, de igual forma, de una condena pecuniaria, aunque su origen sean obligaciones en materia de Seguridad Social. Si la entidad condenada hubiera sido una mutua o una empresa, la ejecución provisional se dirigirá contra las cantidades consignadas por el importe de la condena. Ahora bien, si el obligado al pago fuera una

³⁹ STS 1-6-2010 que casa y anula STSJ Madrid 23-10-2008. Previamente, SSTS 14-3-1994 y 24-7-1996, STSJ Canarias 30-9-1994.

⁴⁰ STS 14-3-1994. No obstante, algún pronunciamiento judicial –y pese a la jurisprudencia unificada TS- se manifiesta en sentido contrario, favorable a minorar de las 24 mensualidades en concepto de incapacidad permanente parcial, lo ya percibido durante la sustanciación del recurso en concepto de prestación por incapacidad permanente total (STSJ Castilla La Mancha 30-3-2004).

⁴¹ Aquí recogida de forma expresa la referencia al régimen público.

Entidad Gestora, se plantea la duda (aplicando el régimen del art. 290.3 LJS) de si corresponde al Estado (órgano gestor) o a aquella abonar el anticipo reintegrable, en la medida en que la Entidad está exenta de la obligación de consignar para recurrir. La doctrina mayoritaria y algunos pronunciamientos de suplicación⁴² se inclinan por la Administración de la Seguridad Social -específica en la materia-⁴³. En contra, algunos autores⁴⁴ y algún pronunciamiento del TS que admite la acción ejercitada por el Estado para recuperar frente al INSS lo abonado como anticipo en la ejecución provisional (50% de la condena de instancia en una incapacidad permanente parcial)⁴⁵.

Como principios generales de esta ejecución provisional pueden formularse: a) No es posible admitir la ejecutividad inmediata de las sentencias condenatorias al pago de prestaciones de pago único. b) La ejecución provisional, en este caso –y siguiendo el régimen de las obligaciones de pago de cantidad- ha de ser solidaria, esto es, es un derecho que asiste al beneficiario y que se activa a instancia de parte. Por ello, podría el beneficiario esperar a la ejecución definitiva una vez obtenga sentencia confirmatoria por parte de sentencia firme y, en ese momento, reclamar el abono de la cantidad debida. c) Si la ulterior sentencia revocara total o parcialmente la ejecutada de forma provisional o la anulara, el beneficiario habría de devolver el anticipo recibido⁴⁶. La LPL 1980 (art. 226) imponía la obligación de reintegro al trabajador y, en caso de insolvencia de éste, la mutua lo rescataba vía Fondo de Garantía. A partir de 1990, desaparece la obligación de abono por parte de la TGSS en caso de insolvencia del trabajador⁴⁷.

2.2.3. *Condena a obligaciones de hacer o no hacer en materia de Seguridad Social*

El órgano judicial, a petición del beneficiario favorecido, podrá acordar la ejecución provisional de una sentencia favorable en la que se recojan obliga-

⁴² STSJ Galicia 9-11-1994 y 2-3-1995.

⁴³ Iglesias Cabero, M., *et alii*, *El proceso laboral. Ley de Procedimiento laboral comentada*, Ed. Deusto, 2005, pág. 1031, Rojas Rivero, G.P., “Artículo 295. Ejecución de sentencias condenatorias al pago de prestaciones de pago único”, en AA.VV (Monereo), *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, 2013, p. 1568.

⁴⁴ Ríos Salmerón, B., Cavas Martínez, F., “Artículo 295. Ejecución provisional de la sentencias condenatorias al pago de prestaciones de pago único”, en AA.VV. (Sempere), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social, op. cit.*, p. 1656.

⁴⁵ STS 12-12-2012.

⁴⁶ STSJ Murcia 22-4-2002, STSJ Cataluña 13-2-2006.

⁴⁷ STSJ Cataluña 9-9-1998.

ciones de hacer o no hacer. La genérica previsión del art. 296 LJS permite extender el régimen fijado en él a otros posibles contenidos de las sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social (que no sean prestaciones de pago periódico ni de pago único) evitando que, de instarse su ejecución provisional, debiera acudir a la aplicación supletoria de la LEC. Centrándonos en el Régimen Público, habrían de quedar incluidas aquí las relativas a los actos de encuadramiento, las que se corresponden con las prestaciones de asistencia sanitaria, tanto médico sanitarias como recuperadoras (tratamientos quirúrgicos, la rehabilitación, prótesis y órtesis, los vehículos para inválidos) o las correspondientes a la asistencia social. Las notas características esta ejecución provisional son: a) Necesidad de la petición del beneficiario del fallo condenatorio pues esta ejecución no opera automáticamente. b) No estamos ante un derecho subjetivo del beneficiario o sus causahabientes, ni absoluto ni relativo. Impera la decisión ponderada del órgano judicial (motivada, en todo caso) en atención a las circunstancias concurrentes, en especial, la situación de necesidad o urgencia en que se encuentren aquéllos y los perjuicios que pudieran derivarse de la decisión a adoptar para la parte condenada. Esta discrecionalidad judicial en la concesión o no de la ejecución provisional se concreta, lógicamente, en la exclusión de recurso. c) Exención de fianza para el ejecutante (como ya en todos los casos de ejecución provisional civil y laboral).

Los efectos de una eventual sentencia posterior revocatoria de la ejecutada no están previstos en la ley. No obstante, parece lógico mantener que aquéllos consistirán en un cese de la conducta, esto es, la pérdida de efectos de la obligación de hacer o de no hacer desde el pronunciamiento revocatorio, *ad futurum*, por tanto⁴⁸ y sin indemnizar por lo hecho. Se suspenderá, así, la continuación de los actos de ejecución por carecer de título hábil en el que fundarla pero sin que ello signifique simultáneamente emprender una suerte de camino de retorno respecto de las concretas prestaciones recibidas⁴⁹. En concreto, en la asistencia sanitaria el beneficiario no tiene que devolver nada; en la entrega de utensilios, como las sillas de ruedas, deberían jugar criterios de equidad⁵⁰ y cuando se trate de actos de encuadramiento, los mismos deberían quedar sin valor jurídico

⁴⁸ Molina Navarrete, C., “Art. 294”, en AA.VV. (Monereo/Moreno/Gallego), *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 1771, Blasco Pellicer, A., “La ejecución provisional”, en Albiol Ortuño *et alii*, *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, 2013, 10ª edición, p. 604.

⁴⁹ Ruiz Moreno, J.M., *La ejecución provisional en el proceso laboral*, Aranzadi, 1999, ps. 191-192.

⁵⁰ Contrario a la devolución de lo entregado, Ríos Salmerón (“La incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la ejecución social”, en AA.VV., *Ejecución de sentencia*, op. cit., p. 226).

alguno y desprovistos de fundamento ulteriores actos de protección, los cuales, cuando provocaran prestaciones dinerarias darían lugar a la devolución de las mismas como si se tratara de percepciones indebidas⁵¹.

2.2.4. *Otros supuestos de ejecución provisional de sentencias en materia de Seguridad Social*

El régimen de la ejecución provisional de sentencias en materia de Seguridad Social no se agota en los arts. 294-296 (y, eventualmente, 305 LJS -aplicación supletoria LEC-) sino que ha de completarse con las previsiones de los arts. 146 y 147 LJS en materia de prestaciones por desempleo. De la lectura de estos preceptos se derivan dos supuestos más de ejecución provisional (sentencias *directamente ejecutivas*): a) en perjuicio del beneficiario demandado cuando a instancia de la Entidad Gestora se declare por sentencia la revisión del acto impugnado declarativo de derechos en perjuicio del beneficiario (art. 146.4 LJS) y b) en perjuicio del empresario condenado cuando la sentencia estima la demanda de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo cuando aquél hubiera hecho un uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal posibilitando que el trabajador percibiera prestaciones por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa (art. 147 LJS). En este supuesto, no estaríamos ante una revisión de actos propios que se pretende anular pues se parte del mantenimiento de las prestaciones ya concedidas al trabajador sino que será el empresario (y no la Entidad Gestora) responsable del pago de las mismas porque incurrió aquél en fraude o abuso de derecho en la contratación. Ello supone que el empresario habrá de devolver prestaciones y cotizaciones.

En el primer caso, por su parte, nos situaríamos, ante una submodalidad o especialidad del proceso de Seguridad Social perfilando la LJS, un verdadero proceso de lesividad que se constituye en el cauce adecuado para dispensar tutela a la Seguridad Social cuando ésta pretende revocar extinguiendo o modificando en perjuicio de sus beneficiarios sus actos declarativos de derechos pues la propia ley impide a las entidades gestoras la revisión de oficio, consagrando, en estos casos, un principio de heterotutela⁵². Ahora bien, si se trata de prestaciones de pago periódico o de condenas que tienen, exclusivamente efectos de futuro, el sistema es adecuado pero se plantean problemas cuando los afectos

⁵¹ Ríos Salmerón, B., en AA.VV (Montoya), *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Aranzadi, 2000, ps. 945-946.

⁵² Blasco Pellicer, A., *Ejecución provisional en el orden social tras la LEC*, op. cit., p. 60.

hacia el pasado obligarían al beneficiario a restituir lo percibido⁵³. En consecuencia, una vez notificada la sentencia, pendiente el recurso, la Entidad Gestora demandante podría solicitar del órgano judicial su ejecución provisional y éste debería acordarla requiriendo al trabajador la devolución de lo percibido y si no lo hace seguirá la ejecución hasta obtener las cantidades objeto de la condena⁵⁴, salvo que el beneficiario condenado pusiese a disposición del Juzgado, para su entrega a la Entidad Gestora, tales cantidades⁵⁵. No obstante, también se esbozan argumentos en contra de esta interpretación y se apuntan otros favorables a la consideración de que lo que persigue la regla del art. 146.4 LJS es impedir el disfrute de una prestación a futuro desde el momento en que existe una sentencia que establece su inexistencia o una cuantía inferior a la que se venía disfrutando. El silencio de la ley en relación a la devolución de lo percibido parece avalar esta posición que también cuenta con algún reflejo judicial como los pronunciamientos que mantienen que la ejecución provisional sólo alcanza a las cantidades devengadas a partir de la sentencia y no a las cantidades ya percibidas con anterioridad que quedaría a expensas de lo que se resuelva en definitiva y, por lo tanto, a la ejecución de la sentencia que resulte firme⁵⁶.

2.3. Sentencias de despido. Punto de partida y de llegada: El carácter autónomo de la ejecución provisional de sentencias de despido. La controvertida ejecución provisional de las sentencias de despido colectivo

El art. 297 LJS precisa los diferentes supuestos en los que procede acordar la ejecución provisional cuando se condena, por sentencia de despido pendiente de recurso, a la readmisión del trabajador y concreta los efectos de cara a la prestación por desempleo. Cuando en los procesos donde se ejerciten acciones derivadas de despido o de decisión extintiva de la relación de trabajo, la sentencia declare su improcedencia y el empresario que hubiera optado por la readmisión, interpusiera alguno de los recursos autorizados por la Ley, éste vendrá obligado, mientras dure su tramitación, a satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos y continuará el trabajador prestando servicios a menos que el empresario prefiera hacer el abono

⁵³ STSJ Galicia 30-1-1998 (R° 4927/1997). Si, posteriormente, se revocara la sentencia de instancia, el beneficiario tiene derecho a reclamar la devolución de aquellas cantidades (SSTSJ Galicia 30-1 y 12-5-1998).

⁵⁴ En esta línea, Cruz Villalón y Rojas Rivero (“Ejecución provisional en el proceso laboral”, *op. cit.*, p. 86 y *El proceso de ejecución laboral, op. cit.*, p. 440, respectivamente).

⁵⁵ Blasco Pellicer, A., *Ejecución provisional en el orden social...*, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁶ STSJ Comunidad Valenciana 23-11-2000.

aludido sin compensación alguna. Esto también será aplicable cuando, habiendo optado el empresario por la readmisión, el recurso lo interpusiera el trabajador. Los números 2 y 3 de este precepto establecen que la misma obligación tendrá el empresario si la sentencia hubiera declarado la nulidad del despido o de la decisión extintiva de la relación de trabajo o si el despido fuera declarado improcedente y la opción, correspondiente al trabajador, se hubiera producido en favor de la readmisión.

Cuando la readmisión es preceptiva, por obligatoria en el despido nulo o por haberse optado por ella y es la empresa quien recurre, el fundamento de la ejecución provisional estriba en que aquí la conducta del empresario es la que provoca el alargamiento del procedimiento y la consecuente obligación de abono de salarios, con lo que sobre él han de recaer las consecuencias de dicha actuación⁵⁷. En cualquier caso, dado que la ejecución provisional no siempre se resuelve con la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, se consagra un régimen excepcional del derecho de ocupación efectiva, temporal y armonizador de intereses contrapuestos⁵⁸.

El TS ha interpretado, en unificación de doctrina (siguiendo la interpretación constitucional en la materia), que la obligación empresarial de abonar los salarios devengados en la ejecución provisional se enmarca dentro una secuencia procesal que tiene carácter de procedimiento autónomo nacido de la propia norma legal, por lo que ha de llevarse a efecto desde luego y con independencia del resultado que se obtenga en el recurso interpuesto contra la sentencia, de tal forma que, aunque ésta fuera revocada o anulada no se enerva el derecho a estos salarios⁵⁹. Así, el derecho a los salarios de subsistencia que confiere el art. 300 LJS es inmune a la sentencia (de suplicación, de casación) que en su caso revoque la recurrida y esta teoría del proceso autónomo se lleva hasta sus últimas consecuencias incluso en supuestos en los que la sentencia revocatoria se ha fundado en elementos procesales como los relativos a la incompetencia de jurisdicción⁶⁰, nulidad de actuaciones⁶¹, incluso cuando han faltado las garantías constitucionales de audiencia debida a la parte demandada incumplida por falta de citación⁶². Este carácter autónomo nace *ex lege* de una resolución judicial que

⁵⁷ Rojas Rivero, G., *El proceso de ejecución laboral*, op. cit., p. 475.

⁵⁸ Val De Tena, A.L., “La ejecución provisional de las sentencias por despido” en Ortiz Lallana, *La ejecución de sentencias de despido*, Acarl, 1995, p. 325.

⁵⁹ SSTs 17-7-1993 y 6-10-1995, también, STSJ Castilla y León 9-4-2003, STSJ Cantabria 17-12-2004.

⁶⁰ SSTC 234/1992, 104/1994, SSTC 105/1997, STS 17-7-1993.

⁶¹ STSJ Cataluña 26-9-1997.

⁶² STC 191/2000.

declara la antijuridicidad –improcedencia o nulidad- de la decisión empresarial de despedir y el que tal calificación se modifique en virtud del recurso interpuesto –bien declarando la procedencia del despido o apreciando la existencia de obstáculos materiales o procesales que hagan ineficaz la acción ejercida- en nada puede modificar aquella obligación procesal, de forma que la revocación de la sentencia no afecta a los efectos anteriores y ya producidos del fallo revocado⁶³. Esta autonomía de la ejecución provisional dota al ejecutante del derecho a continuar prestando servicios por cuenta y orden del empresario y a percibir la consiguiente retribución, a no ser que hubiera optado éste por exonerarle del trabajo, abonando salarios, de igual modo. Aun cuando la interpretación constitucional es clara y constante, habría que plantearse la oportunidad de mantener la referida autonomía cuando la sentencia de despido ejecutada provisionalmente se hubiera dictado vulnerando un derecho fundamental de la empresa demandada. En esta línea, el voto particular de la STC 266/2000, que aludirá a la conciliación teórica entre las ideas de provisionalidad de la ejecución y, en contraste, pero en simultaneidad lógica con ella, no sólo la de la absoluta inmunidad de lo ya ejecutado, sino también, la subsistencia para el futuro de la ejecutabilidad del título anulado⁶⁴.

En cualquier caso, el título ejecutable es solamente la sentencia, dejando fuera conciliaciones extrajudiciales o judiciales y también autos resolutorios de la relación laboral, al imposibilitarlo la propia naturaleza de las cosas, pues no es posible acordar el abono de salarios posteriores en ejecución provisional de una resolución que declara extinguida la relación laboral⁶⁵. Precisado lo anterior, no todas las sentencias de despido o, en sentido más amplio, de extinción del contrato de trabajo son objeto de ejecución provisional con arreglo al régimen fijado en los arts. 297 y ss. LJS. Así:

-Serán ejecutadas provisionalmente las sentencias dictadas en *«procesos donde se ejerciten acciones derivadas del despido o de decisión extintiva de la relación laboral»*. Ello incluye los supuestos de despido disciplinario, colectivo y por causas objetivas y excluye los supuestos derivados de la extinción instada al amparo de los arts. 40 y 41 ET y de la extinción del contrato por voluntad del trabajador del art. 50 ET⁶⁶; éstas podrán, no obstante, ser objeto de la ejecución provisional prevista en el art. 303.3 LJS.

⁶³ STCT 25-5-1984.

⁶⁴ La doctrina ha criticado que el valor de derecho fundamental quede sacrificado en aras a la virtualidad de un título procesal, de exclusiva base legal, arbitrado como instrumento de tutela del trabajador, que podría conseguirse mediante otras técnicas protectoras (Blasco Pellicer, A., *Ejecución provisional en el orden social...*, *op. cit.*, pág. 97).

⁶⁵ STS 3 y 20-6 1988.

⁶⁶ STS 7-12-1990, STSJ Andalucía 15-7-1991.

En relación a las sentencias de despido colectivo, es preciso realizar algunas consideraciones adicionales tras las sucesivas reformas operadas en la LJS por el RD Ley 3/2012, la Ley 3/2012, el RD Ley 11/2013 y la Ley 1/2014 y la actualidad judicial del tema. Previamente a aquellos cambios normativos y, en línea con interpretaciones precedentes, la AN habría afirmado que la sentencia colectiva de despido es una sentencia declarativa, en la que sólo cabe declarar la nulidad de la decisión extintiva, sin que quepa condenar al empresario a readmitir a los trabajadores afectados, más los salarios de tramitación, ya que dichas pretensiones deberían satisfacerse, en su caso, mediante los procedimientos del impugnación individual de los despidos del art. 124.11 LJS (actual 124.13 LJS)⁶⁷.

Con las modificaciones que incorpora la Ley 3/2012, el art. 124. 11 LJS expresamente indica que la «...sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley». Parece por tanto que, en este caso, estamos ante sentencias de condena ejecutables, pues a ello conduce la remisión al art. 123 LJS. No obstante, tal afirmación, para algunos autores precisa un poco más de reflexión. La redacción del art. 124.11. 4º LJS seguía mencionando un pronunciamiento meramente declarativo que podía *transformarse* en un nuevo pronunciamiento de condena en los términos del art. 123.1 y 2 por el efecto vinculante de la sentencia colectiva, lo que no significa que esta sentencia incluyese ya necesariamente la condena. Por otra parte, para que la sentencia colectiva pudiera ser ejecutable tendrían que introducirse en el proceso a través de la demanda los factores de individualización del art. 157.1 a) LJS (algo complicado), aparte de que la individualización es muy difícil desde el momento en que no cabe discutir en ese proceso las preferencias en el cese. Sin esos factores de individualización no es posible establecer una condena, en la que tendrían que fijarse los trabajadores incluidos en la misma y determinarse las condiciones de readmisión. El argumento de la aplicación analógica del art. 151.11 LJS olvidaba que en esa modalidad procesal pueden y deben insertarse pretensiones individuales por la vía del emplazamiento de los interesados (art. 151.5 LJS) o por la de la acumulación (art. 32.3 LJS), lo que no sucede con la modalidad colectiva del art. 124 LJS. Ello lleva a concluir que no estamos ante una laguna que hubiera que integrar, sino ante la exclusión del

⁶⁷ SAN 25-6-2012. En esta línea, expresará Desdentado Bonete que la sentencia será declarativa porque sus efectos se agotan normalmente en la calificación del despido sin imponer la condena a cumplir una obligación determinada en todos sus elementos (SSTS 11-10-2011 y 20-3-2012) (“Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo”, AA.VV. [García Murcia], *Libro Homenaje al Magistrado Antonio Martín Valverde*, 2014, p. 13).

supuesto no mencionado y en este sentido es significativo que el nº 2 del art. 247 LJS sobre la ejecución de la sentencia colectiva, no incluyera en ese momento la ejecución de la sentencia colectiva de despido⁶⁸.

Tal era la situación hasta el RD 11/2013 que con la modificación operada en el art. 247.2 LJS deja claro que la ejecución de sentencias firmes regulada en el precepto (ejecución en conflictos colectivos) será aplicable a los supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula. Aun siendo éste el tenor legal, ya manifiesta la doctrina que la solución es cuestionable y va a tener dificultades importantes de aplicación. Si no se introducen en el proceso los factores de individualización del art. 157. 1 a) LJS, parece que la sentencia no será ejecutable de acuerdo con el propio régimen que se desprende del precepto y de los artículos 160.3 y 247.1 LJS. Sin embargo, si se incorporan estos factores tanto en la demanda como en el fallo, se habrá introducido en el proceso colectivo una notable complejidad que puede resultar incompatible con la celeridad que debe tener la tramitación de un despido colectivo. Pese a ello y, en conclusión, la sentencia de despido colectivo es meramente declarativa salvo en el caso de apreciación de la nulidad del despido, supuesto en el cual puede convertirse en una sentencia de condena, si se han incorporado los factores de individualización necesarios para concretar la condena y si ésta se incluye en el fallo⁶⁹.

En cualquier caso, el tenor legal limita aquella posibilidad a las sentencias firmes de despido colectivo del art. 124 LJS que declaren la nulidad del despido y ya algunos autores han manifestado que no cabría su extensión a la ejecución provisional, ni siquiera por analogía⁷⁰. Ante ello, parecería lógico mantener que la ejecución provisional de sentencias de despido colectivo se limitará a los supuestos de impugnación individual de la decisión empresarial extintiva (art. 124.13 LJS, en los supuestos y con los plazos allí fijados) siempre que se hubiera declarado la improcedencia con readmisión o la nulidad y se hubiera interpuesto recurso.

No obstante, la cuestión dista de estar clara y más aún tras recientes pronunciamientos judiciales que inclinan la balanza justo al lado contrario, esto es, al de la admisibilidad de la ejecución provisional de sentencias de despido colectivo impugnado colectivamente, declarado judicialmente nulo. Así, la reciente SAN 12-6-2014 (Rº 79/2014, Asunto *Coca-Cola*) se muestra favorable

⁶⁸ En esta línea, ATS 23-7-2013, SSTS 25-11-2013 y 28-1-2014. No obstante, ésta última con voto particular favorable a la ejecución en conexión a la vulneración de derechos fundamentales.

⁶⁹ Desdentado Bonete, A., "Problemas procesales del despido colectivo...", *op. cit.*, ps. 14 y 15.

⁷⁰ Doctor Sánchez-Migallón, R., "La ejecución de sentencia en el procedimiento de despido (art. 124 de la LRJS)", AL, nº 2, 2014, p. 3.

a la ejecución provisional de la sentencia que declara la nulidad del despido colectivo en base al tenor literal del art. 113 LJS: «*Si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. La sentencia será ejecutada de forma provisional en los términos establecidos por el art. 297 tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador*» (FJ 21). En la misma línea, el AAN 20-11-2014 admite la ejecución provisional en base a la consideración de que si la sentencia de despido colectivo es de condena y cabe su ejecución definitiva, también ha de admitirse la ejecución provisional y ello obliga a los condenados solidarios⁷¹ a elegir entre readmitir a los ejecutantes en las condiciones que regían con anterioridad a su despido o abonarles su retribución sin exigirles la prestación de servicios, conforme al art. 297 LJS⁷².

Con fecha 1-12-2014 las empresas condenadas comunican a la Sala su decisión de exigir la prestación de servicios laborales de sus respectivos trabajadores a los que se refiere la ejecución provisional durante la tramitación del recurso de casación interpuesto ante el TS contra la SAN 12-6-2014. Ahora bien, las demandadas optaron por la readmisión pero lo hicieron en sus propios términos únicamente para 41 trabajadores, mientras que a los demás se les notificó la decisión de reincorporarles a centros de trabajo distintos a los de origen (lo que les obligaba a cambiar de residencia), al estar cerrados éstos y ser imposible su reincorporación a los mismos. Aun así, las empresas condenadas defendían que se había cumplido escrupulosamente con lo dispuesto en el AAN 20-11-2014, por entender que el concepto de readmisión irregular es un concepto jurídico indeterminado que no comporta una foto fija de forma que, si la readmisión en el mismo centro de trabajo ha devenido imposible por el cierre de los centros, cabe la readmisión en aquellos centros en los que sea posible, sin que dicha medida comporte una movilidad geográfica colectiva, porque está causada en el cumplimiento de auto ejecutado provisionalmente, pudiendo readmitir cualquiera de las condenadas, por cuanto la condena fue solidaria. Frente a ello, el AAN 22-1-2015, sostiene con buen criterio que la imposibilidad de readmisión en los propios términos en ejecución provisional no tiene más alternativa que el abono de los salarios sin exigencia de contraprestación profesional, de conformidad con el art. 1134 CC donde se precisa que el deudor perderá el derecho a elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuera reali-

⁷¹ Coca Cola Iberian Partners, S.A. (CCIP), Cobega Embotellador S.L.U., Compañía Norteña de Bebidas Gaseosas, S.A., Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas S.A., Refrescos envasados del Sur S.A.U., Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas S.L., Bebidas Gaseosas del Noroeste S.A., y Compañía Asturiana de Bebidas Gaseosas S.A.U.

⁷² Sobre el contenido específico de esta ejecución provisional, *vid.* epígrafe siguiente.

zable. En definitiva, el Auto exime a todos los trabajadores que no hubieran sido readmitidos en las mismas condiciones en que prestaban sus servicios antes del despido, a acudir a sus nuevos centros de trabajo y se condena a las empresas ejecutadas a estar y pasar por dicha medida, así como a continuar abonándoles los salarios de sustanciación hasta la resolución del recurso de casación, sin exigirles contraprestaciones profesionales, así como a darles de alta en la Seguridad Social y a cotizar durante dicho período⁷³.

En todo caso, como anunciamos, la ejecución provisional de los arts. 297, 300 y 302 LJS es aplicable a aquellos supuestos en los que el proceso declarativo se resuelve con la obligación de readmisión y no lo es cuando se concreta en una obligación de indemnización. En todo caso, la sentencia habrá de ser recurrida siendo indiferente que el recurrente sea el trabajador o el empresario.

Problemático se presenta el supuesto ya referido en el que la sentencia de suplicación revocatoria o anulatoria de la de instancia, fuera recurrida en casación. Para la mayoría de la doctrina, ello tendría un efecto inmediato sobre el fallo de instancia para concluir la ejecución provisional pues, un fallo condenatorio, sometido a recurso, es el fundamento indispensable para esta ejecución. Y, en este segundo estadio o fase, el fallo sometido a recurso es absolutorio. Como es lógico, será el ejecutado provisional quien acudirá al juzgado o tribunal a solicitar que se deje sin efecto la resolución que acordó la ejecución provisional y, así como para acordar la ejecución provisional la Ley prevé que las partes sean oídas, también deberá serlo el ejecutante, cuando el ejecutado acuda a solicitar la extinción de la ejecución, tras lo cual, el órgano judicial acordará «*lo que proceda*»⁷⁴. Así, la obligación de readmisión, impuesta por sentencia, puede quedar sin efecto por otra sentencia que no tenga la condición de firme, al poder interponerse contra ella otro recurso. El pronunciamiento de readmisión ya no se mantiene, con lo cual, la ejecución provisional habría de concluir⁷⁵.

⁷³ Recuerda el Auto, por otro lado, que en ejecución provisional sólo cabe resolver sobre los extremos referidos, sin que quepa pronunciarse, en este momento, sobre las consecuencias que tendrá el cierre de las factorías de Fuenlabrada (Madrid), Colloto (Asturias), Alicante y Palma de Mallorca (Islas Baleares), caso de confirmarse la SAN 12-6-2014, por cuanto dicha cuestión habrá de resolverse, en su caso, en ejecución definitiva (FJ 6).

⁷⁴ Montero Aroca, J., Marín Correa, J.M., *La ejecución provisional de sentencias...*, *op. cit.*, p. 145.

⁷⁵ García Paredes, M.L., “Artículo 295” y “Artículo 298”, en AA.VV. (De La Villa), *Ley de Procedimiento Laboral...*, *op. cit.* ps. 1971 y 1990.

2.3.1. Sentencias que declaran el despido nulo o improcedente con readmisión. Contenido de la ejecución provisional

La ejecución provisional de sentencias que declaran el despido nulo o improcedente con readmisión se concreta en un contenido mínimo consistente en la obligación del empresario de abonar los salarios mientras dure el recurso (salarios de sustanciación), en un contenido adicional, que depende de la voluntad del empresario consistente en la necesidad de que el trabajador continúe prestando sus servicios en la empresa y, en tercer lugar, en un contenido imprescindible, sólo en los casos en los que el trabajador sea representante de los trabajadores consistente en la garantía del ejercicio de las funciones representativas⁷⁶. En base a ello se afirma que, en casos de despido, la ejecución provisional es singular en la medida en que el empresario condenado no está obligado al cumplimiento íntegro de la sentencia de instancia sino sólo al abono de una renta que procure al trabajador el sustento necesario mientras se tramita el recurso, en la misma cuantía que la de los salarios que ganaba en el momento en que el despido se produjo.

En cuanto al plazo para realizar la petición o solicitud, silencio en la norma, pero tal cuestión ha de ser puesta en conexión con la obligatoriedad del contenido retributivo de la ejecución. Así, podrá instar el trabajador la ejecución provisional en cualquier momento de la tramitación del recurso, por ser el favorecido por la sentencia, incluso con efectos retroactivos, es decir, con derecho a percibir salarios por el periodo anterior a la solicitud, lo cual parece excesivo⁷⁷ a menos que se trate no de los salarios de sustanciación (entre sentencia de condena y sentencia que resuelve el recurso) sino de salarios de tramitación (entre despido y sentencia de instancia) en los casos en los que legalmente procedan⁷⁸. En cambio, respecto del empresario, aunque su posibilidad –la prestación de servicios por el trabajador– no es inherente a la ejecución provisional sino potestativa, su plazo, ante la ausencia de previsión al respecto, será el mismo, esto es, durante la tramitación, produciendo efectos a partir de la solicitud. Junto a ello, es preciso cuestionar hasta dónde llega el periodo sujeto a ejecución provisional –y, la obligación de abonar la retribución correspondiente.

⁷⁶ Rojas Rivero, G.P., *El proceso de ejecución laboral*, op. cit., pág. 486.

⁷⁷ García Paredes, M.L., “Artículo 296”, en AA.VV. (De la Villa), *Ley de Procedimiento Laboral...*, op. cit., p. 1979., STSJ País Vasco 11-12-1992. En contra, STSJ Andalucía 7-5-1999.

⁷⁸ Otros autores mantienen, sin embargo, una interpretación diversa al entender que si se trata de despido nulo la obligación retributiva comienza con la notificación de la sentencia que así lo declara y, en los improcedentes, en el momento de la opción por la readmisión (Blasco Pellicer, A., *Ejecución provisional en el orden social...*, op. cit., p. 74).

La respuesta más lógica es el instante en que se notifica la sentencia resolutoria del recurso desechándose aquella que lo sitúa cuando el empresario tiene cabal y efectivo conocimiento de su existencia pues ello supondría que el empresario seguiría abonando cantidades aun a pesar de haberse resuelto el recurso, con lo que *de facto* se prolongaría parte del contenido de la ejecución provisional⁷⁹. Por otra parte, se plantea si es posible para el trabajador solicitar el abono de los salarios debidos durante la sustanciación del recurso, una vez resuelto. Si la sentencia fuera confirmada no parece haber problema pero si fuera revocada, la doctrina judicial se ha mostrado en contra⁸⁰ lo que, en opinión de algunos autores, puede chocar con la aludida autonomía de la ejecución provisional⁸¹.

La obligación retributiva viene referida en el art. 297 LJS «*el empresario vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos*». La jurisprudencia entiende que serán inaplicables, durante la ejecución provisional y mientras dure el recurso, los incrementos salariales producidos por disposición legal o convencional (a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de incumplimiento de la readmisión por el empresario en la ejecución en sus propios términos *ex art. 284 a]* LJS) porque no pueden reconocerse al trabajador salarios más altos que los establecidos en la sentencia de cuya ejecución se trate ya la obligación del empresario está tasada en la ley en términos literales que no dejan lugar a dudas⁸². Sin embargo, tal respuesta judicial es criticable pues, cuando la prestación salarial lleva aparejada la prestación laboral de servicios del trabajador por decisión del empresario, tal tratamiento salarial podría chocar con el principio de igualdad y no discriminación⁸³. Ante la prestación de *servicios reales* (en contraposición con los *servicios ficticios*) se aboga por llevar a cabo una adecuada interpretación de los términos «*misma retribución*» para referirlos, no a la cantidad dineraria anteriormente recibida, sino a las circunstancias laborales que determinaban lo efectivamente pagado⁸⁴. También, en esta

⁷⁹ Gárate Castro, J., *Los salarios de tramitación: Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, Acarl, 1994, p. 229.

⁸⁰ STS 17-7-1993, SSTSJ Madrid 7-3-1991 y 16-7-1999.

⁸¹ Blasco Pellicer, A., “La ejecución provisional”, Albiol Ortuño, *et alii*, *Derecho Procesal Laboral*, *op. cit.*, p. 609.

⁸² STS 19-6-1998.

⁸³ Martínez Jiménez, J.M., Vela Torres, J., “Artículo 295”, en AA.VV. (Monereo/Moreno/Gallego), *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.*, pág. 1783, García Paredes, M.L., “Artículo 295”, en AA.VV. (De La Villa), *Ley de Procedimiento Laboral....*, *op. cit.* p. 1972.

⁸⁴ Montoya Melgar, Ríos Salmerón, “Artículo 297. Ejecución provisional de la sentencia que declare la improcedencia o nulidad del despido”, en AA.VV. (Sempere), *Comentarios a la Ley*

línea, algunos autores entienden que si la obligación salarial que tiene el empresario no es pasada, sino actual, el trabajador tiene derecho a esos salarios tanto si trabaja como si –por preferirlo el empresario-, queda inactivo. Sería injusto que las exigencias de rendimiento fueran actuales y se le negara, sin embargo, la actualización de sus derechos retributivos⁸⁵. No en vano, previamente, el TS se había pronunciado en términos diversos, afirmando que puesto que el contrato de trabajo sigue desplegando toda su virtualidad, de existir unos niveles salariales superiores a los vigentes cuando fue despedido, naturalmente, el trabajador tiene derecho a esos aumentos y la empresa obligación de satisfacerlos⁸⁶. También en esta línea, se esgrimen, argumentos adicionales aludiendo a la distinción entre el despido nulo y el improcedente con opción por la readmisión y el improcedente con elección por la indemnización por lo que respecta a la eficacia extintiva del despido, ya que en los dos primeros casos los efectos de la sentencia operan de tal modo que la relación se debe considerar como no rota por el despido y por tanto viva en todo momento (incluso durante el recurso) con lo que en principio procederían los incrementos legales y convencionales del salario⁸⁷. Respecto de la obligación de prestación de servicios, ante el no establecimiento por la ley de plazo para efectuar esta opción por empresario, hay que entender que, dado que la obligación ineludible es la de abono de salarios, la no realización por parte de la empresa de actividad alguna tendente a la incorporación del trabajador, equivale a una decisión en sentido negativo a la misma. Si, pese al requerimiento empresarial, el trabajador decidiera no prestar servicios, perdería su salario y tampoco tendrá derecho a prestación por desempleo que se encuentra suspendida *ope legis*⁸⁸.

En virtud del art. 298 LJS, la petición de ejecución provisional puede presentarse por el trabajador, por escrito o por comparecencia, con el fin de

de la Jurisdicción Social, op. cit., pág. 1665. En línea similar, previamente, Gorelli Hernández, J., *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Tecnos, 1995, p. 245.

⁸⁵ González Velasco, J., *Los derechos laborales y su tutela provisional...*, *op. cit.*, pág. 80. Por su parte, confirmada la sentencia, los salarios devengados durante la sustanciación del recurso podrán ser solicitados, una vez firme la sentencia, en la ejecución definitiva en base a que el salario a que tiene derecho el trabajador durante la sustanciación del recurso, si no lo ha percibido en dicha fase -porque él mismo no lo ha pedido y porque tampoco lo haya hecho el empresario, que no ha deseado compensarlo con el trabajo- dejó ya de ser salario de sustanciación del recurso; es sin más, un pronunciamiento a su favor de la parte dispositiva de la sentencia que, una vez firme, se ejecuta de forma definitiva y se incluyen en la ejecución todas las cantidades a que tiene derecho el trabajador (Blasco Pellicer, A., *Ejecución provisional en el orden social...*, *op. cit.*, p. 87).

⁸⁶ SSTs 25-10-1982 y 7-12-1990.

⁸⁷ Andino Axpe, F., *Ejecución en el orden jurisdiccional social, op. cit.*, p. 489.

⁸⁸ Blasco Pellicer, A., *El régimen procesal del despido, op. cit.*, p. 335.

exigir del empresario el cumplimiento de aquella obligación o partir la solicitud de éste para que aquél reanude la prestación de servicios. Ante ello, el juez o Sala, oídas las partes, resolverá lo que proceda:

-«*Oídas las partes*», puede concretarse en dos alternativas: la posibilidad de que se dé traslado de la solicitud a la contraparte para que alegue lo que estime oportuno, o bien, trasladada aquélla a la contraparte, celebrarse una comparecencia en la que las partes puedan alegar lo pertinente y probar en torno al cumplimiento o no de las obligaciones en que consiste la ejecución provisional. La doctrina se inclina por esta segunda posibilidad que permite una adecuada defensa de las partes y que el órgano judicial se instruya sobre los hechos. Por tanto, habría de celebrarse una comparecencia en la que serán aplicables las reglas del incidente de no readmisión⁸⁹.

-«*El juez o Sala resolverá lo que proceda*», pese a la aparente amplitud que se deduce del tenor literal de la norma, la resolución que se puede adoptar está delimitada por la propia ejecución provisional y por la solicitud de la parte interesada. Si la solicitud partió del trabajador, la petición tendría como objetivo que el empresario cumpliera la obligación de abono de salarios con o sin prestación de servicios. Si, por el contrario, fuera el empresario el que solicita la ejecución provisional, ésta tendrá como finalidad la obtención de una declaración judicial que deberá precisar si el trabajador se reincorpora a su puesto durante la tramitación del recurso con derecho a percibir salarios o si el trabajador ha optado por no reincorporarse durante el mismo y ha renunciado a los salarios. Por tanto, el órgano judicial habrá de pronunciarse sobre el carácter justificado o injustificado de la negativa del trabajador a prestar servicios. Podrían plantearse incidentes más tarde cuando el empresario quisiera que constara que el trabajador no acude incurriendo en la pérdida de los salarios o si elige el abono sin contraprestación de servicios, que quede constancia de que éste está trabajando para terceros o cuando el trabajador se queja de que la readmisión ha tenido lugar en condiciones inadmisibles (readmisión irregular [con cambio de funciones, traslado o desplazamiento...]). Ante ello, apunta la doctrina la aplicación del art. 238 (plazo de cinco días para citar a las partes a partir de la solicitud⁹⁰ o del propio art. 298 LJS⁹¹). Es esta segunda opción la mantenida por el TS que estima que aquella intervención judicial se

⁸⁹ Blasco Pellicer, A., *El régimen procesal del despido*, op. cit., p. 343.

⁹⁰ Rojas Rivero, G.P., *La ejecución de sentencias...*, op. cit., p. 66, Segoviano Astaburuaga, M.L., “Artículo 299. Incumplimiento del trabajador del requerimiento empresarial de readmisión”, en AA.VV. (Folguera/Salinas/Segoviano), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, op. cit., p. 1102.

⁹¹ García Paredes, M.L., “Artículo 295” y “Artículo 298”, en AA.VV. (De La Villa Gil), *Ley de Procedimiento Lab.oral...*, op. cit., p. 1981, Cruz Villalón, J., “La ejecución provisional...”, op. cit., p. 74.

concretará en la condena al abono de posibles salarios no pagados o el reconocimiento del derecho a la retribución sin contraprestación de trabajo⁹² incluido el supuesto de readmisión irregular, en el que el juez habría de declarar la exoneración de la prestación de servicios del trabajador y el mantenimiento de la obligación retributiva para el empresario⁹³.

Ante el cuestionamiento relativo a si la no incorporación del trabajador podría amparar la calificación de procedencia de un nuevo despido efectuado por el empresario, los pronunciamientos de los TSJ están enfrentados y llegan a conclusiones diversas: unos admiten tal despido procedente por circunstancias objetivas en la medida en que la vinculación contractual persiste y, están, por tanto, vivos los deberes que afectan a las partes⁹⁴ y, otros, llevan a cabo una interpretación restrictiva del art. 299 LJS, al ser un precepto de carácter sancionador que regula de forma precisa las consecuencias del incumplimiento del trabajador⁹⁵. En esta línea también, la doctrina mayoritaria, que defiende que la no reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo no legitima al empresario para ejercer su potestad disciplinaria ni para dar por extinguido el contrato por desistimiento o abandono, sino que quedará obligado a solicitar del Juzgado o Sala que emplace a las partes al efecto de precisar la situación jurídica del demandante, resolviéndose por auto si el trabajador se reincorpora a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido o si desiste de reincorporarse mientras dura la sustanciación del recurso, con la consiguiente pérdida de salarios⁹⁶. Ahora bien, es claro que resulta posible despedir durante la ejecución provisional por hechos nuevos y distintos de los que sirvieron para el despido cuya sentencia se ejecuta provisionalmente porque la readmisión provisional no está reñida con la necesidad de mantener los deberes inherentes al contrato de trabajo⁹⁷.

⁹² STS 19-5-1998. También, STSJ Comunidad Valenciana 16-6-2000.

⁹³ Blasco Pellicer, A., *Ejecución provisional en el orden social...*, op. cit., p. 80. La ley no autoriza al trabajador a dejar de prestar servicios unilateralmente sino que debe acudir al órgano judicial quien, tras el oportuno incidente, decidirá lo procedente, incluso, la autorización para dejar de prestar servicios (STSJ Galicia 19-7-1999). Éste fue precisamente el resultado del AAN 22-1-2015 (ejecución provisional irregular SAN 12-6-2014, Asunto *Coca Cola*. Vid., supra, epígrafe 2.3).

⁹⁴ STSJ Galicia 19-7-1996, STSJ Cataluña 22-1-2001.

⁹⁵ STSJ Extremadura 1-9-1998, STSJ Comunidad Valenciana 29-9-2004, STSJ Galicia 28-6-2008, STSJ Cataluña 20-9-2011, STSJ Madrid 14-10-2011.

⁹⁶ Iglesias Cabero, M., et alii, *El Proceso Laboral...*, op. cit., p. 1038, García Paredes, M.L., "Artículo 297", en AA.VV. (De La Villa), *Ley de Procedimiento Laboral...*, op. cit., p. 1985, Rojas Rivero, G.P., *La ejecución de sentencias en la Ley 36/2011...*, op. cit., p. 63.

⁹⁷ STC 78/1982.

Resulta dudosa, por otra parte, la cuestión de la posible detracción de salarios por percepciones del trabajador en otro empleo, admitida, a nivel doctrinal y judicial. En principio, parece posible que el trabajador pueda dedicar su tiempo a otra ocupación en el caso de que no sean requeridos sus servicios por el empresario⁹⁸. La existencia de ingresos por otro empleo, no es incompatible con la primera relación laboral, siempre que haya existido una puesta a disposición del trabajador y la prestación en otro empleo no contradiga las obligaciones derivadas de la relación laboral en ejecución (al margen de la no prestación de servicios). En tales casos, el empresario solicitaría al órgano judicial la exoneración salarial total o parcial –si lo percibido en el otro empleo fuera menor– pues, de lo contrario, nos situaríamos ante un enriquecimiento injusto del trabajador⁹⁹ por aplicación del art. 56.2 ET previsto para los salarios de tramitación en casos de despidos improcedentes con readmisión¹⁰⁰. No obstante, conviene no perder de vista que aquel precepto está pensado para un supuesto diverso y la obligación retributiva en la ejecución provisional de sentencias de despido responde a otra lógica (el empresario debe salarios de sustanciación porque prefiere no incorporar al trabajador pese a tener la obligación legal de hacerlo). Sería éste un argumento válido para no defender la deducción de salarios obtenidos en otro empleo. Junto a ello, es indudable la no deducción si la situación de pluriempleo fuera perfectamente posible, esto es, prestación de servicios en ambas empresas.

A diferencia de lo que ocurre con el incumplimiento del trabajador, nada dice la norma sobre las consecuencias de un incumplimiento del empresario en sede de ejecución provisional de sentencias de despido. Esto es, no se recogen los efectos de la falta de pago de los salarios por parte del empresario durante la tramitación del recurso contra una sentencia favorable al trabajador. Ahora bien, dado que empresario y trabajador tienen la obligación de dar cumplimiento a sus respectivas obligaciones para que la ejecución pueda llevarse a cabo, sólo el incumplimiento de una de las partes liberará a la otra de su obligación. Si el incumplimiento se concreta en aquella falta de pago puntual de los salarios de sustanciación, se podría plantear por el trabajador un incidente en el que, con los medios de prueba adecuados, se comprobara el alcance del irregular incumplimiento del pago de los salarios y, a la vista del resultado, que se adoptara por el

⁹⁸ Gorelli Hernández, J., *El cumplimiento específico...*, *op. cit.*, pág. 246, Navarro Nieto, F., *La ejecución provisional de la readmisión...*, *op. cit.*, pág. 164. En esta misma línea, sostendrá Blasco Pellicer que el simple hecho de la negativa empresarial a la utilización de servicios por parte del trabajador no puede ser título suficiente para la inactividad (*Ejecución provisional en el orden social...*, *op. cit.*, p. 78).

⁹⁹ En este sentido, Ortiz Lallana, C., *La ejecución de las sentencias de despido*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁰⁰ SSTs 2-12-1992 y 31-1-1996.

juez una decisión que podría llegar a liberar, también, de la prestación de servicios, si el incumplimiento supone una manifestación de un comportamiento empresarial impositivo de una ejecución provisional regular. En definitiva, el efecto que puede provocar la falta de pago de los salarios de sustanciación es el de liberar al trabajador de la obligación de prestar servicios, aunque el empresario le haya requerido a tal fin¹⁰¹. En tal caso, aun cuando la norma no indica nada en este sentido, parece lógico pensar que la ejecución provisional habría de darse por concluida (el juez «resolverá lo que proceda» ex art. 298 LJS) y permitir el acceso a las prestaciones por desempleo, esto es, la reanudación del pago de la prestación por desempleo suspendida durante aquélla.

En todo caso, por tanto, para solventar las reclamaciones relativas a incumplimientos de sus obligaciones por el empresario, el cauce procesal adecuado será el art. 298 LJS y no el que da lugar el ejercicio de la acción resolutoria del art. 50 ET, al tratarse del procedimiento previsto específicamente en la Ley cuando el empresario ha ejercitado la opción de readmisión¹⁰². En esta línea, no es posible que la ejecución provisional concluya con una declaración de extinción de la relación laboral, aunque se invoque y acredite una irregular reanudación de la relación laboral¹⁰³.

Por último, la confirmación de la sentencia ejecutada provisionalmente por la sentencia firme permite la ejecución definitiva del pronunciamiento resolutorio del recurso y los salarios percibidos durante la ejecución provisional habrán de descontarse de la liquidación definitiva que se practique¹⁰⁴. Si, por su parte, se confirmara la improcedencia pero se elevase la indemnización podría haber cambios en el sentido de la opción (ex art. 111.1 LJS). Si se opta ahora por la readmisión, ésta retrotrae sus efectos a la fecha de la elección de la instancia y si el despido se hubiese declarado nulo, la opción hecha en la instancia se entiende no realizada (art. 111.2 LJS) y los salarios se deberán abonar hasta que tenga lugar la readmisión.

¹⁰¹ García Paredes, M.L., “Artículo 297”, en AA.VV. (De La Villa), *Ley de Procedimiento Laboral...*, op. cit., p. 198. Insiste también en esta reciprocidad, Rojas Rivero (*El proceso de ejecución laboral*, op. cit., p. 485). En cualquier caso, los salarios de sustanciación ya debidos se obtendrían en ejecución definitiva.

¹⁰² STS 19-5-1998, STSJ Comunidad Valenciana 16-6-2000, STSJ Comunidad Valenciana 19-7-2006, STSJ Cantabria 7-3-2008.

¹⁰³ STSJ Asturias 7-3-2003, STJS Andalucía 5-6-2003. Garate Castro, J., *Los salarios de tramitación...*, op. cit., STSJ Comunidad Valenciana 25-4-2002.

¹⁰⁴ Blasco Pellicer, A., “La ejecución provisional”, en Albiol Ortuño, *et alii*, *Derecho Procesal Laboral*, op. cit., p. 611.

2.3.2. *Ejecución provisional de sentencias que declaran la nulidad o improcedencia del despido que se concretan en el pago de cantidades*

Serían supuestos encuadrables en la ejecución vía anticipos reintegrables del art. 301 LJS al tratarse de sentencias que declaran la nulidad o improcedencia del despido que se concretan en el pago de cantidades los siguientes:

a) Despido declarado improcedente que condena al pago de una indemnización pues se ha optado por ello. La LJS ya no deja lugar a dudas y despeja las que se plantearon en el pasado sobre la posibilidad de recibir anticipos reintegrables con cargo a la indemnización por despido tras haber eliminado de los arts. 111.1 b) y 112.1 b) LJS la dicción «*no procederá la ejecución provisional de la sentencia*» durante la sustanciación del recurso en supuestos de despido declarado improcedente con opción de indemnización, sin que procedan salarios de tramitación (salvo representante de los trabajadores).

b) Despido improcedente en el que la opción fue por la readmisión, generándose, por tanto, el derecho al abono de los salarios de tramitación desde el despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia con el límite del 50% del importe de la condena siempre que no exceda del doble del salario mínimo interprofesional. Junto a ello ha de incluirse el supuesto de sentencia que declara despido improcedente en la que se opta por indemnización y que es recurrida. El recurso confirma la sentencia de instancia en la calificación del despido pero eleva la cuantía de la indemnización y ello determina el cambio de opción por el empresario (readmisión). Se plantea nuevo recurso y aquella readmisión implicará el derecho a abono de los salarios de tramitación (desde la primera opción hasta la readmisión) que serán objeto de abono vía ejecución provisional de sentencia.

Por su parte, si el empresario hubiera optado por la indemnización en la instancia en caso de despido improcedente y, en suplicación, el despido se declara nulo, los efectos de la nulidad son absolutos y alcanzan a la opción empresarial en instancia a favor de la indemnización pues, como acabamos de afirmar, la opción por la indemnización se tiene por no realizada (art. 111.2 LJS). Si el trabajador ya hubiera recibido la indemnización vía anticipos reintegrables, dicha cantidad se aplicaría, probablemente, a satisfacer nuevos créditos derivados de la nueva ejecución y, especialmente de los salarios dejados de percibir, que ahora sí se devengarán ante la obligatoria readmisión.

c) Despido declarado nulo que, junto a la condena de readmisión, lleva aparejado el derecho al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el momento en que aquélla se produjo.

En los tres últimos supuestos referidos (ante el planteamiento de recurso y la condena de readmisión), habría que admitir dos ejecuciones provisionales –con dos regímenes normativos diversos– que tienen su base en la misma

sentencia de condena: una por la vía de las sentencias que condenan a la readmisión (arts. 297-300 LJS) y otra por la vía de los anticipos reintegrables (arts. 289-293 LJS por remisión del art. 301 LJS)¹⁰⁵. De la dicción legal «*casos en los que no proceda la aplicación de las normas de ejecución provisional establecidas en este Capítulo*» no podemos deducir la imposibilidad de aplicar ambos regímenes pues, otra opción interpretativa impediría la ejecución provisional laboral de la condena al abono de los salarios dejados de percibir en casos de despido nulo y de salarios de tramitación en caso de despido con readmisión (o, eventualmente, también indemnización, si representante de los trabajadores). Ello nos conduciría, además, a la aplicación del régimen normativo de la ejecución provisional de la LEC por remisión del art. 305 LJS, opción ésta mucho más gravosa para el trabajador.

Por tanto, en supuestos de readmisión, en despidos improcedentes y nulos, cabría reclamar salarios de tramitación y salarios dejados de percibir, respectivamente, y, además, ante el incumplimiento empresarial, salarios de sustanciación sin que sea posible que se superpongan ambos en los mismos períodos, caso en el que habría de procederse a su deducción¹⁰⁶, amén de la regularización oportuna en materia de prestaciones por desempleo por el período en que se tenga derecho a ellas. Así, habrán de deducirse de las cantidades que por los conceptos referidos se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. Esa cantidad y la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador habrá de ser ingresada en la Entidad Gestora y, a efectos de un futuro derecho a protección por desempleo, este periodo se considerará de ocupación cotizada (art. 111.1 b) LJS). De cualquier forma, aquella prestación por desempleo no es una nueva prestación diferenciada de la que se obtiene tras la sentencia firme¹⁰⁷.

d) Supuestos en los que el demandante solicite, antes de la sentencia, desde que le conste que la readmisión no es realizable en la práctica, que el juez acuerde tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación laboral en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido calculada hasta la fecha de la sentencia (art. 110.1.b) LJS).

e) Decisiones extintivas de la relación laboral emitidas por el juez ante la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada u otra causa de imposibilidad material o legal que no la hagan posible que se concreten en indemnizaciones *ex art.* 286 LJS.

¹⁰⁵ En sentido similar, Rojas Rivero, G., *El proceso de ejecución laboral*, op. cit., p. 403.

¹⁰⁶ STSJ País Vasco 22-10-2002.

¹⁰⁷ SSTs 10-3 y 17-6-1998.

f) Supuestos de nulidad de despido en contratos temporales correctamente celebrados cuyo plazo de duración haya finalizado en el momento de dictarse la sentencia. En estos casos no sería posible la readmisión del trabajador y éste tendrá derecho al abono de los salarios devengados hasta el momento en que el contrato se hubiera extinguido normalmente por expiración del plazo convenido¹⁰⁸.

g) Supuesto conexo con los que estamos refiriendo es el de las extinciones del art. 50 ET en las que el trabajador opta por cesar en la prestación de servicios en cumplimiento de la sentencia (art. 303.3 LJS) generándose el derecho a la indemnización del despido improcedente y a la ejecución provisional de la misma por esta vía.

2.4. Sentencias recaídas en los procesos de conflictos colectivos, en los de impugnación de los convenios colectivos y en los de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas

Las sentencias que recaigan en los procesos de conflictos colectivos, en los de impugnación de convenios colectivos y en los de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas¹⁰⁹ serán ejecutivas desde que se dicten, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran acordarse para evitar o paliar perjuicios de imposible o difícil reparación. Ello supone que el recurso interpuesto lo será a un solo efecto (devolutivo) y no tendrá efecto suspensivo mientras dure el trámite de impugnación; el pronunciamiento judicial ha de ser cumplido desde que la sentencia se dicta pues su eficacia jurídica es inmediata¹¹⁰.

En relación a los procesos de conflictos colectivos, matiza el art. 303.1 LJS la ejecutividad referida «según la naturaleza de la pretensión reconocida» lo que implica que se excluyen las sentencias que sean meramente declarativas. Así, la inmediata ejecutividad provisional de la sentencia de conflicto colectivo va a depender del pronunciamiento de la sentencia (como ya referimos en sede de despidos colectivos) y, si es meramente declarativa, no podrá ser ejecutada directamente sino que necesitará de otro proceso posterior individual en concreción de la condena¹¹¹. En cuanto a las sentencias de condena dictadas en

¹⁰⁸ Martínez Jiménez, J.M., Vela Torres, J., “Art. 299”, en AA.VV. (Monereo/Moreno/Gallego), *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 1793.

¹⁰⁹ No incorpora, sin embargo, el precepto la nueva calificación de esta modalidad procesal especial tras la Ley 13/2009 y continúa refiriéndose a la libertad sindical en primer lugar.

¹¹⁰ STC 105/1997.

¹¹¹ STC 92/1988, SSTS 21-11-2001 y 28-5-2002. El art. 303.1 LJS repite el mandato contenido en el art. 160.4 LJS y el número 3 de éste último precepto legal proclama la ejecutividad

procesos de tutela de derechos que contienen específicos pronunciamientos de esta naturaleza como el cese inmediato del comportamiento conculcador de derechos fundamentales, la reposición a la situación anterior a producirse la vulneración de derechos así como la reparación de las consecuencias derivadas de dicho acto, incluida la indemnización, son plenamente ejecutables en ejecución definitiva y provisional, pudiendo exigirse del empresario el inmediato acatamiento de las obligaciones de hacer o no hacer durante la tramitación del recurso y, en cuanto a la indemnización, mediante anticipo reintegrable. La ejecución, por tanto, será coercitiva y reparadora. Ahora bien, el propio art. 303.1 LJS prevé que puedan existir limitaciones para evitar o paliar perjuicios de imposible o difícil reparación, esto es, que puedan adoptarse medidas cautelares, opción, por otra parte, contemplada con carácter general para todos los supuestos de ejecución provisional en el art. 304.2 LJS en garantía y defensa de los derechos afectados y conforme a los criterios establecidos en el art. 79 LJS. Una eventual sentencia revocatoria de la ejecutada provisionalmente parece que en nada habría de afectar retroactivamente a lo actuado en sede provisional si se trata de una obligación de hacer o no hacer. Sin embargo, si se tratara de una obligación de dar o de condena dineraria, algunos autores entienden que habría que restituir conforme a lo previsto en los arts. 533-534 LEC que resulta de aplicación supletoria al no haberse regulado específicamente esta cuestión en la LJS¹¹². Ello podría resultar excesivo y, dado que la reparación está concebida de forma realmente gravosa para el ejecutante (vgr. indemnización por daños y perjuicios), sería lógico pensar en la utilización aquellos criterios pero de forma matizada¹¹³.

inmediata de los pronunciamientos colectivos y ello sin perjuicio de que, si la pretensión es de condena susceptible de ejecución individual, deberá contener la concreción de datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena, así como especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado.

¹¹² González Calvet, J., Escudero Moratalla, J.F., Álvarez Moral, D., *La nueva ejecución laboral*, Bosch, 2011, p. 219.

¹¹³ Rojas Rivero, G.P., *La ejecución de sentencias...*, *op. cit.*, p. 72. Otros autores van más allá y mantienen, directamente, que en los supuestos donde se guarda silencio sobre una eventual restitución (obligaciones de hacer o no hacer en materia de Seguridad Social, pleitos colectivos, tutela de derechos) no cabrá devolución ni se agregarán intereses, costas o indemnizaciones por daños y perjuicios al considerar inaplicable la LEC sobre este particular (Ríos Salmerón, B., "La incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...", *op. cit.*, p. 226).

2.5. Nuevas posibilidades de ejecución provisional de sentencias que incorpora la LJS

2.5.1. Ejecución provisional de sentencias recaídas en procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral, sindical y de Seguridad Social

Conforme al art. 303.2 LJS podrá acordarse la ejecución provisional de sentencias recaídas en procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral, sindical y de Seguridad Social salvo que (también aquí) la misma sea susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios de difícil reparación¹¹⁴ (*juicio de previsibilidad*¹¹⁵). La vigente ley de ritos laboral abre la puerta a un nuevo supuesto de ejecución provisional de sentencias en el orden social que no contemplaba la LPL ni admitía la doctrina judicial¹¹⁶. El ámbito objetivo de esta modalidad ejecutiva serán las sentencias recaídas en los procesos laborales de impugnación de actos administrativos en materia laboral, sindical y de Seguridad Social no prestacionales del nuevo proceso especial declarativo de los arts. 151-152 LJS¹¹⁷ y también los de impugnación de actos denegatorios de la Administración relativos al registro de actas electorales (arts. 133-135 LJS), a certificaciones de representatividad sindical (art. 136 LJS) o al depósito de estatutos sindicales y de las asociaciones empresariales o a su modificación (arts. 167-172, 176 LJS)¹¹⁸. En cualquier caso, es preciso recordar que aun cuando el art. 303.2 LJS establece una específica modalidad de ejecución provisional de sentencias de condena frente a la Administración Pública, el resto

¹¹⁴ Sobre el tema, González Calvet, J., “La ejecución provisional de sentencias frente a entes públicos en el proceso social”, RDS, nº 66, 2014, p. 82.

¹¹⁵ Cholbi Cachá, F.A., Merino Molins, V., *La ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo e inembargabilidad de bienes públicos*, Lex Nova, 2007, p. 325.

¹¹⁶ En esta línea, la STSJ País Vasco 22-10-1996 declararía que si en la LPL no se contemplaba la ejecución provisional de las responsabilidades del Estado que nacen de una sentencia definitiva, sino sólo sobre las firmes y la Ley General Presupuestaria no permite otra ejecución que la sentencia firme, «no puede aplicarse al Estado la ejecución provisional».

¹¹⁷ Ramos Belda, A., en AA.VV. (Rodríguez Pastor/Alfonso Mellado), *La nueva Ley de la Jurisdicción Social. Texto adaptado a las modificaciones introducidas por el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero*, Bomarzo, 2012, p. 404, González Calvet, J., “La ejecución provisional...”, *op. cit.*, p. 97.

¹¹⁸ La ley procesal laboral no precisa el régimen jurídico de esta nueva modalidad de ejecución que deberá seguir las reglas generales de la ejecución provisional y definitiva de la LJS y las recogidas en normas contencioso-administrativas y civiles que tengan carácter supletorio (González Calvet, J., *op. cit.*, p. 109).

de modalidades de ejecución provisional resultarán igualmente de aplicación para los entes públicos en su condición de empleadores o de entes gestores de la Seguridad Social y ello sin perjuicio de que aparezcan en un momento u otro del trámite ejecutivo sus prerrogativas legales. El órgano judicial que *podrá* acordar la ejecución provisional, habrá de efectuar, en ocasiones, en estos casos, una valoración y optar por la opción más correcta entre dos intereses en conflicto: a) los del particular, que ha obtenido una inicial sentencia favorable, todavía no firme, anulatoria de la actuación administrativa que fue objeto de impugnación en la jurisdicción y b) los intereses generales a cuya satisfacción estaba dirigida la actuación administrativa controvertida.¹¹⁹

2.5.2. Ejecución provisional de sentencias que acuerdan la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador ex art. 50 ET

En base al art. 303.3 LJS, en supuestos de extinciones contractuales en base al art. 50 ET, si el empresario hubiera recurrido, el trabajador tendría la opción de continuar prestando servicios o cesar en la prestación laboral en cumplimiento de la sentencia, quedando en este caso en situación de desempleo involuntario, sin perjuicio de las medidas cautelares que pudieran adoptarse¹²⁰. Previamente a la incorporación de este precepto con la LJS, la jurisprudencia había venido negando la posibilidad de ejecutar provisionalmente estas sentencias en base al carácter constitutivo de la decisión judicial pero pueden recogerse, al menos tres argumentos para defender que el trabajador pudiera dejar de prestar servicios y pasar a situación legal de desempleo: a) se localizan situaciones excepcionales en las que los tribunales venían justificando el abandono por la especial gravedad de la situación, incluso antes de la interposición de la demanda¹²¹, b) en caso de revocarse la sentencia recurrida, las consecuencias jurídicas resultaban menos gravosas y más fáciles de dejar en su estado anterior que en otros supuestos de despido o de salarios y c) el carácter finalista, protector y compensador de desigualdades que tiene la ejecución provisional que hacía difícilmente comprensible que en este caso en el que el trabajador podía sufrir una situación difícilmente soportable, no se aplicara aquélla¹²².

¹¹⁹ No puede perderse de vista que los arts. 84 y 91 LJCA establecen un principio general favorable a la ejecución provisional de sentencias en congruencia con la presunción de veracidad y acierto que ha de atribuirse a las resoluciones judiciales de instancia (SSTS [3ª] 25-7-2007 y 5-11-1999. También, González Calvet, J., "La ejecución provisional de sentencias...", *op. cit.*, p. 92).

¹²⁰ Así, supuestos de acoso (art. 297.2 LJS) o lesión de derechos fundamentales en los que resultare insoportable para el trabajador seguir prestando servicios.

¹²¹ STC 225/2002, SSTS 23-4-1996 y 7-1-2011.

¹²² Rojas Rivero, G.P., *La ejecución de sentencias en la Ley 36/2011...*, *op. cit.*, p. 74.

Los presupuestos y notas características de la ejecución provisional de sentencias resolutorias del contrato de trabajo a instancia del trabajador serían:

- Sentencia de instancia o suplicación favorable a la pretensión del trabajador que acuerda la extinción de su contrato en base al art. 50 ET y recurso (de suplicación, de casación para unificación de doctrina) interpuesto por el empresario.
- Opción del trabajador entre continuar prestando servicios o cesar en la prestación en cumplimiento de la sentencia. Esta opción deberá ejercitarse en forma y plazo: mediante escrito o comparecencia ante la oficina judicial y dentro del plazo de 5 días desde la notificación de que la empresa ha recurrido¹²³.
- La opción del trabajador en favor del cese en la prestación de servicios implica, además, que éste se encontrará en situación legal de desempleo.

El recurso interpuesto podría confirmar o revocar la sentencia ejecutada provisionalmente:

-La confirmación de la sentencia recurrida revalida la decisión extintiva del trabajador acordada por el juez y, si aquél hubiera continuado prestando servicios, deberá cesar en ellos desde el momento en que tenga constancia de la extinción decretada, siguiéndose, para el percibo de la indemnización las reglas de la ejecución dineraria definitiva. Por el contrario, si optó por cesar en la prestación de servicios, cesará definitivamente cuando tenga aquella constancia.

-A diferencia de los supuestos contemplados en los números 1 y 2 del art. 303 LJS, en las extinciones contractuales en base al art. 50 ET sí se contemplan los efectos del recurso que revoca lo decidido en la sentencia que acordó aquella. Varias situaciones podrían presentarse:

- El trabajador continuó prestando servicios y deberá seguir haciéndolo tras el recurso pues aquella revocación implica la decisión judicial contraria a la resolución del contrato en base a un incumplimiento empresarial.
- Por el contrario, si optó aquél por el cese en la prestación de servicios, el empresario habrá de comunicar al trabajador, dentro del plazo de diez días a partir de la notificación de la sentencia que resuelve el recurso, la fecha de reincorporación, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción del escrito y si el trabajador no se reincorporara quedaría extinguido definitivamente el contrato. Por su parte, si fuera el empresario el que no reincorporase al trabajador o lo hiciera de forma irregular se seguirían –conforme al tenor literal del art. 303.3 LJS- los trámites de los arts.

¹²³ No se indican en el texto legal las consecuencias del no ejercicio de la opción en el plazo fijado pero parece lógico mantener, como ya se ha señalado en otros supuestos, que como lo excepcional es el cese en la prestación de servicios, el incumplimiento de los requisitos de fondo y forma determinará, la continuación en la prestación de servicios por el trabajador (en esta línea también, Salinas Molina, F., “Artículo 303. Ejecución provisional de sentencias dictadas en otras modalidades procesales”, en AA.VV [Folguera/Salinas/Segoviano], *Comentarios a Ley de la Jurisdicción Social*, op. cit., p. 1111).

278 y ss. LJS. En realidad, serán los de los arts. 279-281 LJS (incidente de no readmisión del trabajador en ejecución definitiva de sentencias firmes que declaren la improcedencia del despido y el empresario hubiera optado por la readmisión con sus derivas indemnizatorias, en su caso). El art. 303.3 *in fine* establece, además, que el período de tiempo transcurrido se considerará de ocupación cotizada, a efectos del reconocimiento de un futuro derecho a prestaciones.

Por último, algunos autores ya han precisado que no procederá la devolución de las prestaciones por desempleo percibidas en caso de no prestarse servicios durante la tramitación del recurso¹²⁴. No creemos, sin embargo, que ésta sea la interpretación correcta pues la aplicación del art. 209.5 b) LGSS nos lleva a una solución diversa. Este precepto contempla los efectos que la readmisión del trabajador tras la reclamación o recurso, genera en la prestación por desempleo por él percibida en supuestos de resoluciones recaídas en procedimientos de despido o extinción del contrato de trabajo, entre las que podemos incluir las del art. 50 ET. Las cantidades percibidas en concepto de prestación por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador y la Entidad Gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la TGSS las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones. El empresario deberá ingresar en la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que le hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios.

3. DISPOSICIONES COMUNES A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS EN EL ORDEN SOCIAL: COMPETENCIA E IMPUGNACIÓN

La ejecución provisional podrá instarse por la parte interesada ante el órgano judicial que dictó la sentencia conforme al art. 289.1 LJS, regla que, aun ubicada en el Capítulo II (sentencias condenatorias al pago de cantidades) ha sido el criterio general aplicable a las diferentes modalidades de ejecución provisional. Lo reitera y contempla ahora de forma expresa el art. 304.1 LJS al afirmar que la ejecución provisional de resoluciones judiciales se despachará y

¹²⁴ En las extinciones contractuales del art. 50 ET, si la sentencia de instancia resuelve el contrato, desaparece con ello el título jurídico fuente de las prestaciones recíprocas de trabajador y empresario, pero ello sólo es así si la sentencia no es revocada pues, de lo contrario, la relación laboral se restablece retroactivamente (González De Pato, R.M., *La dimisión provocada. Configuración y régimen jurídico del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 2009, p. 83).

llevará a cabo por el juzgado o tribunal que haya dictado, en su caso, la resolución a ejecutar y, añade, «*las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ejecución definitiva*». Ahora bien, la regla de la atribución de competencia será la referida y no la de la ejecución definitiva «*órgano judicial que hubiere conocido del asunto en la instancia*» (art. 237.2 LJS). Junto a ello, tras la Ley 13/2009, es el secretario judicial quien, dentro de la Oficina Judicial, ostenta, de un lado, competencias propias en materia ejecutiva y, de otro, a él corresponde impulsar el proceso en todas sus fases.

En materia de impugnación, las resoluciones judiciales dictadas en ejecución provisional sólo serán impugnables en reposición salvo que se trate de una decisión comprendida fuera de los límites de la ejecución provisional o se declare la falta de jurisdicción o la falta de competencia en cuyo caso procederá recurso de suplicación o de casación ordinaria. Estas excepciones son incorporadas por la LJS siguiendo la interpretación judicial precedente¹²⁵ que parte de la no recurribilidad en suplicación de todas y cada una de las resoluciones recaídas en la ejecución provisional; opción que, por otro lado, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva¹²⁶. También después de la entrada en vigor de la LJS, se acepta el recurso de suplicación contra el auto de ejecución provisional en procedimiento de despido que se aparta sustancialmente del fallo que se recurre¹²⁷. El rechazo, como criterio general, a los recursos devolutivos en sede de ejecución provisional, ha sido criticado, sin embargo, por la doctrina al reclamarse la imposición de alguna matización porque una cosa es la decisión de si la ejecución provisional cabe en el caso concreto de que se trate, lo cual no es recurrible en suplicación o casación y, otra cosa diferente, es que abierto el apremio provisorio, en su interior haya de procederse a adoptar actos ejecutivos, idénticos a los de la ejecución definitiva, como sería el embargo y venta de bienes, con entrega de la suma recabada al acreedor¹²⁸.

¹²⁵ SSTS 17-7-1993, 17-9-1997, STS 21-10-1998, STS 24-7-1999, incluso ante la denegación de la propia ejecución provisional, STS 23-9-1997. No obstante, los TSJ habían mantenido algunas excepciones: recurso de suplicación cuando sólo aparentemente se procede a una ejecución provisional, pero no hay tal pues se efectúa sin base en título ejecutivo alguno (STSJ Madrid 16-7-1999), se debate si procede o no la iniciación de la ejecución provisional (STSJ Andalucía 21-4-1995) o en supuestos de ejecuciones provisionales que abordan cuestiones no decididas en la sentencia o que contradicen lo ejecutoriado (STSJ Galicia 15-12-1992, STSJ Cataluña 29-9-1994).

¹²⁶ SSTC 258/2000 y 6/2001.

¹²⁷ STSJ Cataluña 7-6-2012.

¹²⁸ Ríos Salmerón, B., "De la ejecución provisional", en AA.VV (Borrajo), *La nueva Ley de Procedimiento Laboral. Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo XIII, Edersa, 1990, 2ª edición, p. 1643).

4. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEC

Como avanzamos, la ejecución provisional de sentencias en la LEC parte del principio general de ejecutividad provisional de la práctica totalidad de las sentencias de instancia salvo supuestos muy limitados y de la posibilidad de oposición por irreparabilidad, que, por otra parte, no puede entenderse en sentido absoluto y ello por la razón de que, en sentido jurídico, todo perjuicio es reparable mediante la correspondiente indemnización. Así, aquella exigencia debe entenderse en sentido relativo, con referencia a la facilidad o dificultad de reparación. Junto a ello, la ejecución provisional en la LEC puede alcanzar a la totalidad de la cantidad objeto de condena, ya no precisa de fianza ni caución tras la LEC 2000 y obliga a la restitución en caso de revocación de la sentencia condenatoria (con indemnización por daños y perjuicios, en su caso, y devengo de intereses, *ex art. 533 LEC*). En virtud del art. 305 LJS, si la sentencia condenatoria no encajara en ninguna de las posibilidades de ejecución provisional que regula la ley de ritos laboral (podría pensarse, quizás, en obligaciones de hacer o no hacer), cabría su ejecución conforme dispone la ley procesal civil y en su forma y condiciones. Se trata de una norma de cierre y complemento del sistema de ejecución previsto en la legislación laboral, articulando la supletoriedad de las normas del proceso civil pero sólo predicable de las sentencias favorables al trabajador o beneficiario del Sistema de Seguridad Social. El recurrente cuenta con la vía de apremio a instar ante el juez distinguiéndose entre el supuesto de condenas dinerarias y no dinerarias (arts. 533 y 534 LEC respectivamente) y éste despachará ejecución sin disponer de arbitrio alguno en cuanto al fondo aun cuando pudiera denegarla ante la no concurrencia de los presupuestos y requisitos precisos (competencia, sentencia meramente declarativa...).

LA NUEVA REGULACIÓN DEL CONTRATO POR PROYECTO EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO (*)

CINZIA DE MARCO

Profesora Asociato de Derecho del Trabajo
Universidad de Palermo

EXTRACTO

Palabras clave: Dependencia económica, coordinación, trabajo por proyecto, presunción de subordinación, reforma del mercado de trabajo

El estudio, desde la perspectiva de una reconstrucción general del trabajo económicamente dependiente en el ordenamiento italiano, examina las modificaciones que introdujo la Ley de reforma del mercado de trabajo de 2012 en el contrato por proyecto y en la regulación de otros tipos de trabajo por cuenta propia, como las –así llamadas– falsas partite IVA. El análisis pretende dar a conocer los aspectos positivos y negativos del nuevo marco normativo mediante una valoración crítica de la jurisprudencia y de la doctrina.

ABSTRACT

Key Words: Economic dependency, coordination, project work, presumption of subordination, labour market reform

The essay aims to reconstruct the legal framework of economically dependent work in the Italian legal system. It examines the changes brought by the reform of the labor market in 2012 to the discipline of project work and to regulation of the other types of self-employment known as “false partite IVA”. The analysis aims to highlight favorable and unfavorable aspects through a critical evaluation of the contribution given by case law and doctrine.

(*) Traducido por *Ángel Luis de Val Tena*. Profesor Titular (acreditado a Catedrático de Universidad) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza.

ÍNDICE:

1. EL CONTRATO POR PROYECTO REVISADO
2. LA PREVENCIÓN DE ABUSOS MEDIANTE LA REDEFINICIÓN DE LA MODALIDAD CONTRACTUAL
3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN
4. EL PROBLEMA DE LA REMUNERACIÓN: EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
5. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR PROYECTO
6. LAS MODIFICACIONES EN EL ÁMBITO SANCIONADOR Y EL RÉGIMEN DE LAS PRESUNCIONES
7. EL CASO DE LAS FALSAS PARTITE IVA. LA DOBLE PRESUNCIÓN PARA LA READAPTACIÓN DEL TIPO CONTRACTUAL Y LA CONVERSIÓN EN RELACIÓN DE TRABAJO POR CUENTA AJENA

1. EL CONTRATO POR PROYECTO REVISADO

La modificación del contrato por proyecto, efectuada por la Ley 92/2012¹, se inserta entre las normas que el programa legislativo del Gobierno italiano destina a la regulación de la –así denominada– flexibilidad de entrada, con el objetivo declarado de contrarrestar el uso inapropiado o fraudulento de algunos tipos contractuales². Este punto de la Ley se halla entre los que más han sufrido los planteamientos ideológicos de las formaciones políticas: por un lado, la izquierda, tanto política como sindical, ha presionado al Gobierno para intentar reconquistar la rigidez en la utilización de los contratos atípicos que se han fomentado por los gobiernos de centroderecha; por otro lado, y en sentido contrario, los partidos de centroderecha, con el apoyo de las empresas, han intentado proteger e –incluso– incrementar los niveles de flexibilidad alcanzados³.

La decisión del legislador sobre esta modalidad contractual tan controvertida en el Derecho del Trabajo ha sido, de todas formas, garantizar su supervivencia, pero interviniendo en su regulación de manera tan restrictiva que algunos piensan que el objetivo ha sido situarla en una especie de vía muerta⁴. Proba-

¹ La Ley 92/2012, de 28 de junio de 2012, es una ley de la República Italiana, que lleva el título de “Disposiciones sobre la reforma del mercado laboral en una perspectiva de crecimiento” (GU núm. 153, de 3 de julio de 2012).

² Cfr. Artículo 1.c) Ley 92/2012.

³ Vid. T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, en *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona.it – 155/2012*, pág. 30.

⁴ Vid. F. CARINCI, *Complimenti dott. Frankenstein: il disegno di legge governativa in materia di riforma del mercato del lavoro*, en *Lav. giur.*, 2012, 6, pág. 529, para quien “el objetivo perseguido” parece ser “el de un lento, pero imparable deterioro”.

blemente ésta ha sido la razón que ha inducido al legislador a intervenir nuevamente, aprobando el D-Ley 76/2013, de 28 de junio, convertido después en la Ley 99/2013, de 9 de agosto, con la finalidad de atenuar la rigidez impuesta por la ley precedente y aclarar algunos puntos de la nueva disciplina prevista en la reforma laboral italiana de 2012⁵.

En todo caso, se puede afirmar que ha sido una labor tendente a mantener lo existente e introducir modificaciones que han aportado indudablemente mayor protección a los colaboradores, pero sin delinear un sistema más completo de regulación del trabajo económicamente dependiente, manteniendo, en cambio, un estándar de protección que no admite comparación alguna con el propio del trabajo subordinado⁶; ha faltado, por lo tanto, la suficiente determinación para introducir medidas de tutela fuertes y de aplicación simple en los contratos por proyecto, prefiriendo aumentar el riesgo de su conversión en trabajo subordinado. No se ha querido crear un estatuto intermedio entre el propio del trabajador subordinado y el del trabajador autónomo, a pesar de que a ello instaran varios documentos europeos⁷. Ello probablemente obedece a la preocupación de los Estados de la Unión de que un reconocimiento legislativo del trabajo económicamente débil, con la creación de un estatuto intermedio, podría hacer confluir hacia esta categoría a sujetos que hasta ese momento eran trabajadores subordinados –por ejemplo, en el marco de las estrategias de externalización de las empresas–, sin considerar que el reconocimiento de un estatuto de derechos del trabajador económicamente dependiente, además de conferir a dichos trabajadores adecuados sistemas de protección social y profesional,

⁵ En Italia, la reforma de la legislación laboral de 2012 se conoce como “*Riforma Fornero*”, identificando así a la Ministra de Trabajo y Políticas Sociales, Elsa Fornero, del gobierno técnico del Primer Ministro Mario Monti.

⁶ A título de ejemplo basta pensar que no se previó reconocimiento alguno de los derechos sindicales en la empresa.

⁷ Cfr., por ejemplo, los pareceres del Comité Económico y Social europeo del 19 de enero de 2011, sobre el tema «Nuove tendenze del lavoro autonomo: il caso specifico del lavoro autonomo economicamente dipendente», en G.U.U.E del 19 de enero de 2011, y del 6 de junio de 2013, sobre el «Abuso dello status di lavoratore autonomo» en G.U.U.E. del 6 de junio de 2013. El único país que ha previsto una regulación del trabajo económicamente dependiente ha sido España, donde en el ámbito de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), se configura el trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE), titular de una disciplina especial; vid. F. Valdés Dal-Ré, A. Valdés Alonso, *Lo statuto del lavoro autonomo nella legislazione spagnola, con particolare riferimento al lavoro autonomo economicamente dipendente*, en *Dir. rel. ind.*, 2010, pág. 731 y ss.

⁸ Cfr. Parecer del Comité Económico y Social europeo del 29 de abril de 2010, sobre el tema «Nuove tendenze del lavoro autonomo: il caso specifico del lavoro autonomo economicamente dipendente», cit.

podría constituir un instrumento para incentivar la iniciativa emprendedora y económica, permitiendo a tales sujetos reforzar la gestión de su propia empresa y poder desarrollarla, liberándose de la posición de dependencia⁸.

Así, la pregunta que surge, y cuya respuesta se obtendrá solo verificando el uso real de esta nueva regulación por parte de las empresas, es si las modificaciones previstas determinarán un incremento de las colaboraciones “genuinas” o si, por el contrario, provocarán una “fuga”, con el riesgo de disminuir la oferta de trabajo para aquellos que buscan una ocupación como autónomos⁹.

2. LA PREVENCIÓN DE ABUSOS MEDIANTE LA REDEFINICIÓN DE LA MODALIDAD CONTRACTUAL

En la nueva redacción del artículo 61.1 del D-Leg. 276/2003, introducida por el artículo 1.23 de la Ley 92/2012, encontramos un elemento conservador y otro innovador. Respecto del primero, la norma confirma el necesario engarce “a uno o más proyectos específicos” de los contratos de colaboración coordinada y continuada, prevalentemente personal y sin vínculo de subordinación, conforme al artículo 409.3 del Código de Procedimiento Civil; sobre el segundo y respecto a la originaria formulación de la norma, se suprime la referencia al “programa o una fase suya” –eliminada, obviamente, en las demás disposiciones en que aparecía–, de manera que el proyecto es el único elemento determinante del tipo contractual. Esta novedad encuentra explicación¹⁰ en la difícil individualización, en concreto, de tales elementos. Y, en efecto, la doctrina y la jurisprudencia, así como el propio Ministerio¹¹, como es sabido, han perseguido durante años encontrar significados forzosamente diferentes para las tres nociones, sin llegar a una solución persuasiva y compartida.

Si bien ya no es necesario buscar diferencias conceptuales entre los términos “proyecto” y “programa”, persiste siempre abierto el problema relativo al significado exacto atribuible a la palabra “proyecto” y, sobre todo, el papel que desarrolla como elemento interno del contrato¹². El legislador precisa

⁹ M. Marazza, *Il lavoro autonomo dopo la riforma del Governo Monti*, en *Arg. dir. lav.*, 2012, 4-5, pág. 875.

¹⁰ Como admite el mismo Ministerio del Trabajo en la Circular 29/2012.

¹¹ Circular del Ministerio de Trabajo 1/2004, de 8 de enero, según la que el proyecto consistía “en una actividad bien identificable y funcionalmente relacionada a un resultado final al que el colaborador contribuye”, mientras que el programa de trabajo o su fase se dedicaban a un resultado solo parcial.

¹² Vid. V. Pinto, *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, en *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT- 151/2012, pág. 5.

algunas cosas al respecto, enriqueciendo la noción con mayores y más significativas características. En primer lugar, el proyecto se liga sólidamente al resultado que del colaborador se espera. Este refuerzo se confirma por el hecho de que el resultado final que se pretende, en la nueva formulación del artículo 62 dedicado a la forma, tiene que indicarse expresamente en el contrato. Por lo que ya no es la actividad del colaborador lo que está “en función del resultado”, sino que es el propio proyecto lo que debe estar en relación con el resultado final, que según la Circular ministerial 29/2012 tiene que ser “objetivamente verificable”, en el sentido de que la actividad del colaborador debe dedicarse a realizar un producto acabado o completo, que implique una modificación sustancial de la realidad material preexistente, al final del contrato, dirigida a obtener un determinado y concreto interés del comitente.

El resultado final se convierte en un elemento totalmente determinante del proyecto, hasta el punto que, de no realizarse, supone su anulación y, por tanto, la subsunción del contrato en el paradigma jurídico del artículo 2094 del Código Civil. No obstante, hay que puntualizar que el término “proyecto” indica en sí mismo la necesidad de que se llegue a un resultado, a una obra, por lo que parece correcto pensar que especificar la conexión del proyecto al resultado es fruto, más que de otra cosa, de la eliminación de los otros dos términos –programa o fase del programa– presentes en la formulación original de la norma y que permitían –quizá– prescindir de la obtención de un producto final.

La nueva disposición normativa prevé, además, que el proyecto no puede consistir en una mera repetición del objeto social del comitente. Aquí, de hecho, por lo que afirma la misma Circular, se propone nuevamente la interpretación que de “proyecto” ya había dado la jurisprudencia, según la cual el proyecto no debe resultar una mera identificación con los objetivos de la empresa, sino que tiene que consistir en una actividad funcional para realizar un resultado ejercida autónomamente por el colaborador¹³.

Si la actividad puede ser reconducida al –así llamado– *core business* de la empresa, aquella debe caracterizarse por un *quid pluris* que justifique la aportación de trabajo autónomo del colaborador; así, por ejemplo, si el objeto social de la empresa es la recogida de datos con fines estadísticos, el proyecto, para que se pudiera considerar genuino, debería consistir en una recogida de datos para una específica investigación; o, por ejemplo, si la empresa se dedica a desarrollar *software* informático, el proyecto debería encargarse no de la simple gestión, sino del diseño y/o creación de un *software* con determinadas características.

¹³ *Ex multis*: Trib. Apelación de Florencia, de 17 de enero de 2012; Trib. Prato, de 27 de octubre de 2011; Trib. Milán, de 18 de julio de 2011.

Por último, la norma señala que el proyecto no puede suponer “el desempeño de tareas meramente ejecutivas y repetitivas, que puedan ser individualizadas en los convenios colectivos estipulados por las organizaciones sindicales comparativamente más representativas a nivel nacional”. En realidad, el llamado *Pacchetto lavoro* flexibilizó la norma extendiendo su campo de aplicación; y de hecho, el citado Decreto-Ley de reforma¹⁴ transformó la original expresión disyuntiva –tareas meramente ejecutivas o repetitivas– en otra conjuntiva –tareas meramente ejecutivas y repetitivas–, lo que comporta la prohibición de estipular contratos que conlleven a la vez tareas ejecutivas y repetitivas, siendo posible prever, en cambio, actividades de uno u otro tipo. Efectivamente, la primera versión de la norma hubiera determinado la imposibilidad de abarcar en un contrato por proyecto todas aquellas actividades que, aun caracterizadas por un contenido altamente profesional, no precisan de específicas órdenes directivas de carácter práctico.

También aquí estamos ante la recepción de una reiterada interpretación jurisprudencial, conforme a la que, en el caso de que la prestación recogida en un contrato por proyecto sea extremadamente elemental y repetitiva, recurriendo a los consabidos indicios presuntivos, la relación contractual entre las partes se deberá calificar como de relación de trabajo subordinado¹⁵. En este punto, la ley prevé, como en otros casos, que la determinación de dichas prestaciones se efectúe por la negociación colectiva. La selección por los convenios colectivos, de llevarse a cabo, se considerará incuestionable por parte del juez, cuyos márgenes de evaluación serán operativos solo en ausencia de aquélla. Sobre los conceptos de “ejecutividad” y “repetitividad”, la Circular ministerial es bastante exhaustiva, definiendo los primeros como “los caracterizados por la mera puesta en práctica de cuanto se ordena, incluso a medida que se avanza, por parte del comitente” y los segundos como aquellos respecto a los cuales no es necesaria ninguna indicación por parte del comitente, tratándose de tareas tan elementales que no requieren específicas indicaciones operativas por parte del comitente.

Tales características, hoy legalmente previstas, para el proyecto –el necesario vínculo teleológico entre el proyecto y el resultado final, la prohibición de que la actividad sea un mero replanteamiento del objeto social y el desempeño de tareas meramente ejecutivas y repetitivas–, parecen, en definitiva, remarcar la necesidad de autonomía en el desempeño de la actividad del colaborador, reduciendo al mínimo, en los límites de la coordinación, la posibilidad de dirección externa por parte del comitente.

¹⁴ Cfr. Artículo 7.2.c) del D-Ley 76/2013, convertido en la Ley 99/2013.

¹⁵ Cfr. Trib. Bérgamo de 20 de mayo de 2010, en *Lav. giur.*, 2010, 3, pág. 301.

La mayor importancia atribuida al proyecto, de nuevo, llevó al legislador a modificar, con la aprobación del D-Ley 76/2013, el artículo 62 del D-Leg. 276/2003, eliminando la expresión “a efectos de prueba” al tratar sobre requisito de la forma escrita. De todas formas, el legislador no ha previsto expresamente la sanción de nulidad por ausencia de la forma escrita (*ex art. 1325 CC*), pero debe considerarse que la eliminación de aquel inciso refuerza la tesis según la cual la forma escrita constituye un requisito esencial, ya que es necesaria para individualizar exhaustivamente el contenido caracterizante del proyecto y el resultado final que se pretende conseguir [art. 62.b), en combinación con el art. 69.1]¹⁶.

Posteriores novedades se han incorporado al *corpus* del artículo 61 por el D-Ley 76/2013, que introdujo el apartado 2 *bis*, prescribiendo que “si el contrato tiene como objeto una actividad de investigación científica y ésta se amplía por temas conexos o se prorroga en el tiempo, el proyecto prosigue automáticamente”.

La modificación, que hace evidente la estrecha vinculación entre la duración de la relación de colaboración y la realización del proyecto, determina que en el ámbito de las actividades de investigación científica haya que indicar la duración “determinada o determinable de la prestación de trabajo” en el contrato, según el artículo 62.1.a), que está íntimamente ligada al objeto de la investigación. Por lo tanto, si tal investigación “se amplía o prorroga en el tiempo”, ello repercutirá en el proyecto mismo, legitimando la automática continuidad de la actividad del colaborador sin necesidad alguna de formalización, aunque la Circular 35/2013 sugiere, por razones de conveniencia, poner por escrito tal circunstancia en la suscripción del contrato inicial de colaboración o notificarlo en las sucesivas comunicaciones efectuadas por el comitente a los propios colaboradores.

3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Ley 92/2012 confirma lo ya previsto en la versión precedente del artículo 61 respecto de los tipos de colaboradores excluidos de la disciplina del trabajo por proyecto. Se trata, como es sabido, de varias hipótesis muy diferentes entre sí, para las que resulta difícil establecer un criterio general, pudiendo clasificarse atendiendo a la actividad del comitente, a las condiciones del colaborador o a las particularidades de la prestación¹⁷.

¹⁶ Cfr. Circular ministerial 35/2013, de 29 de agosto.

¹⁷ Vid. V. Pinto, *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, cit., pág. 21.

En cuanto a los tipos colaboradores no admitidos, el artículo 61 había integrado una disposición especial¹⁸, que había excluido para los contratos por proyecto relativos a actividades de venta directa de bienes y de servicios realizadas a través de *call center 'outbound'*¹⁹ la aplicación de los requisitos contenidos en el artículo 61, aunque disponiendo que para estas actividades “el recurso a contratos de colaboración por proyecto se consiente sobre la base de la remuneración definida por el convenio colectivo nacional de referencia”. En suma, será posible estipular contratos por proyecto en ese ámbito con la única condición de que la remuneración la defina el convenio colectivo de sector, que asume, en tal caso²⁰, una función autorizante del recurso a ese tipo de contrato, permitiendo no vincularlo a un proyecto específico²¹. La norma no aclara cuáles son las consecuencias en el caso de que el contrato por proyecto estipulado para esas actividades prevea una remuneración diferente a la indicada por el convenio colectivo; la solución, según la citada Circular ministerial, es la “ilegitimidad” del contrato, llevando la relación al esquema contractual del artículo 2094 del Código Civil. De todos modos, esta sanción parece demasiado gravosa para el comitente, por lo que en tal supuesto sería más oportuno proceder a anular la cláusula contractual y sustituirla por la cláusula colectiva no respetada.

Asimismo, sobre esta materia intervino el Decreto-Ley de reforma, cuyo artículo 7.2 *bis* afirma que la expresión “venta directa de bienes y servicios”, que aparece en el artículo 61.1 del D-Leg. 276/2003, se debe interpretar en el sentido de comprender, también de manera disyuntiva, tanto las actividades de venta directa de bienes, como las actividades de servicios. Con ello se puso fin a las dudas surgidas tras la introducción de la expresión “venta directa de bienes y servicios”, que había generado incertidumbre sobre qué actividades de los *call center 'outbound'* se podían afrontar con los contratos por proyecto.

Sobre la base de la nueva disposición legal ha intervenido también la Dirección General para las Actividades de Inspección del Ministerio del Trabajo, que

¹⁸ Cfr. Artículo 24 *bis*, apartado 7, del D-Ley 83/2012, de 22 de junio.

¹⁹ En la Circular ministerial 17/2006, tales actividades están definidas como aquellas “en el ámbito de las cuales la tarea asignada al colaborador es dedicarse a ponerse en contacto durante un periodo de tiempo predeterminado con los usuarios de un producto o servicio perteneciente a un solo comitente”.

²⁰ Cfr. Circular del Ministerio del Trabajo 14/2013, del 2 de abril.

²¹ A tal propósito, el 1 de agosto de 2013 se estipuló un convenio colectivo para la disciplina de las colaboraciones por proyecto en las actividades de venta de bienes y servicios a través de *call center 'outbound'*, en concreto el CCNL del sector de las telecomunicaciones entre Asso-telecomunicazioni-Asstel y Assocontact, por un lado, y los sindicatos SLC-CGIL, FISTEL CISL, UILCOM UIL, por otro lado, que, en aplicación del artículo 24 *bis* del D-Ley 83/2012 determina la remuneración útil para estipular, en el ámbito de referencia, un contrato por proyecto.

con la Carta Circular de 12 de julio de 2013 precisó que incluso la actividad de servicio –por ejemplo, las de investigación de mercados, estadísticas y científicas– pueden entrar en las previstas para los *call center 'outbound'*, separando de hecho la conjunción que en la norma liga la actividad de venta a la de los servicios.

También la Ley 92/2012 introdujo una puntualización sobre los colaboradores miembros de colegios profesionales, previendo únicamente su exclusión cuando desarrollen una actividad laboral efectiva para la que se requiera la inscripción en el correspondiente colegio profesional. Al contrario, estar inscrito en el colegio profesional de por sí no constituye una condición para excluir la celebración de un contrato de colaboración por proyecto. Aquí la norma se refiere a un *dato de tipicidad social*²², en el sentido de que toma en consideración las prestaciones habitualmente propias de una determinada profesión, para evitar que ser miembro de un determinado colegio profesional dé lugar engañosamente a eludir la disciplina del trabajo por proyecto, en la hipótesis de que un sujeto desarrolle una actividad totalmente extraña a aquella por la cual la normativa le ha requerido la pertenencia a un colegio profesional –como en el caso de un arquitecto contratado para realizar sondeos de mercado–. A esta conclusión ya había llegado la jurisprudencia determinando la conversión del contrato autónomo en subordinado en el caso de que se establezcan relaciones de colaboración coordinadas y continuadas privadas de proyecto por la errónea suposición de la imposibilidad de aplicar la disciplina del contrato por proyecto a causa de la pertenencia del colaborador a un colegio profesional, cuando la actividad de este colaborador es diferente a aquella para la que es necesaria la inscripción colegial²³.

Se debe advertir, por último, que la nueva regulación también es aplicable al trabajo en las Administraciones Públicas, a pesar de la regla general de no ser aplicables en este sector las disposiciones del D-Leg. 276/2003. De hecho, el esquema negocial del contrato por proyecto se contiene en el Texto Único sobre el empleo público de 2001²⁴; igualmente se deduce de la Ley de estabilidad para el año 2013²⁵, la cual prevé que las Administraciones Públicas puedan prorrogar el contrato con la finalidad de completar el proyecto. En este ámbito, sin embargo, se excluye su conversión en contrato de trabajo por cuenta ajena indefinido.

²² Vid. G. Ferraro, *Il lavoro autonomo*, en M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Turín, 2013, pág. 135.

²³ Cfr. Trib. Milán de 17 de mayo de 2012, en *Riv. critica dir. lav.*, 2012, 1, pág. 113, sobre un colaborador que desempeñaba actividad de enseñanza en materias de psicología, aunque también era miembro del colegio de psicólogos.

²⁴ Cfr. Artículo 7.6 del D-Leg. 165/2001, de 30 de marzo.

²⁵ Cfr. Artículo 1.147 de la Ley 228/2013, de 24 de diciembre.

4. EL PROBLEMA DE LA REMUNERACIÓN: EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En la idea, señalada por la Ley 92/2012, de reforzar los derechos y la protección de los colaboradores por proyecto, se reescribió el artículo 63 del D-Leg. 276/2003, señalando los criterios para determinar la remuneración. La novedad, añadida como resultado de una enmienda propuesta en el Senado, respondía a las exigencias de establecer para los colaboradores por proyecto un salario mínimo, lo que se encuadra en las *policies* europeas dirigidas a la lucha contra la pobreza y la exclusión social²⁶.

La versión original de la norma reconocía al colaborador por proyecto una remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo efectuado, estableciendo como único criterio para su determinación la comparación con la retribución percibida normalmente por prestaciones de trabajo autónomo análogas en la zona de ejecución²⁷.

Sobre la remuneración del trabajo por proyecto ya se había intervenido con una norma escondida entre los preceptos de la Ley de Presupuestos del Estado para 2007²⁸ con la que, aumentando el porcentaje de cotización para los colaboradores por proyecto, se ligaban las retribuciones a las debidas por prestaciones

²⁶ La necesidad de un salario mínimo garantizado aparece en la política del Parlamento Europeo; cfr. Resoluciones del Parlamento europeo del 15 de febrero de 2012, sobre el empleo y los aspectos sociales en el análisis anual del crecimiento 2012 [2011/2320(INI)]. Esta exigencia la remarcó el Presidente del Eurogrupo, Jean-Claude Juncker, en una intervención ante la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo, el 10 de enero de 2013; para el primer ministro luxemburgués “hay que definir salarios mínimos en todos los países de la zona euro, y colmar el ‘elemento carente’ de la unión económica y monetaria, o sea la dimensión social”. La previsión de un salario mínimo, pero limitado solo a las formas contractuales de tipo subordinado está también en el diseño de ley de delegación en materia de reforma de los “amortiguadores” sociales, de los servicios de empleo y las políticas activas, así como en materia de reordenación de las relaciones laborales y de apoyo a la maternidad y a la conciliación, presentado por el Gobierno Renzi el 12 de marzo de 2014, en el que el artículo 4.c) prevé el principio a seguir para reordenar las formas contractuales, la “introducción, eventualmente en vía experimental, de la retribución horaria mínima aplicable a todas las relaciones que tengan como objeto una prestación de trabajo subordinado, previa consulta de las partes sociales comparativamente más representativas a nivel nacional”.

²⁷ Según la análoga previsión de la Ley 142/2001 para determinar el tratamiento económico aplicables a los socios cooperativistas con relación de trabajo autónomo, el criterio de “normalidad” se entendía como “media”, en el sentido de que el juez tenía que comparar las retribuciones de prestaciones autónomas análogas con las que se deducían en el contrato por proyecto y aplicar como criterio la retribución media matemática; vid. M. N. Bettini, *Il compenso del lavoro a progetto*, en *Arg. dir. lav.*, 2006, 4-5, pág. 1081.

²⁸ Cfr. Artículo 1.772 de la Ley 296/2006.

profesionales similares, “también sobre la base de los convenios colectivos nacionales de referencia”, previendo así una sustancial equiparación a las retribuciones que reciben los trabajadores subordinados por análogas prestaciones²⁹. En verdad, la norma, por su ambigua formulación –“en cualquier caso...”– provocó incertidumbre sobre su capacidad para derogar el artículo 63 del D-Leg. 276/2003. Dudas ya disipadas por la nueva formulación del artículo que, indudablemente, realiza una derogación implícita de la disciplina sobre la retribución del trabajo por proyecto, prevista en la Ley de Presupuestos del Estado para 2007³⁰.

En la nueva disposición, el legislador, para determinar la retribución, introduce, junto a la proporcionalidad, los criterios de la “particular naturaleza de las prestaciones” y del “contrato que lo regula”. El primer parámetro, verdaderamente, es reconducible al criterio de proporcionalidad, pues atribuye valor a las características típicas de la prestación debida –por ejemplo, su dificultad o peligrosidad– y a la “calidad” del trabajo³¹; el otro criterio, en cambio, se refiere al contenido específico del contrato, permitiendo ajustar la retribución también ante eventuales cláusulas que pudieran causar un desequilibrio patrimonial en perjuicio del colaborador, como podría ser, por ejemplo, la introducción en el texto del contrato de un pacto que según el artículo 64 del D-Leg. 276/2003 impusiera al colaborador la exclusividad.

Mayor importancia tiene la segunda parte de la norma, al establecer, sobre todo, que la remuneración “no puede ser inferior a los mínimos establecidos específicamente para cada sector de actividad, eventualmente diferenciados según los perfiles profesionales típicos”. Por lo tanto, se hace referencia, en primera instancia, a los mínimos salariales previstos específicamente por la negociación colectiva “intercategorial”, nacional o, por delegación de ésta, descentralizada, dirigida a trabajadores por proyecto para cada sector de actividad, ajustando la remuneración en relación a los “perfiles profesionales típicos”, recurriendo con ello por primera vez a los niveles contractuales según se articulan las funciones en el trabajo subordinado³². La disposición prevé luego que, en ausencia de específico convenio colectivo, las retribuciones no

²⁹ Vid. G. Dondi, *Il lavoro a progetto dopo la finanziaria del 2007*, en *Arg. dir. lav.*, 2008, 1, pág. 27.

³⁰ Vid. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Turín, 2012, pág. 32-33. Hoy está expresamente indicado en la Circular del Ministerio del Trabajo 29/2012.

³¹ Vid. V. Pinto, *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, cit., pág. 26.

³² Vid. P. Passalacqua, *La nuova disciplina del lavoro autonomo e associato*, Turín, 2012, pág. 97.

podrán ser inferiores “a las retribuciones mínimas previstas por los “convenios colectivos nacionales de categoría” aplicados en el sector de referencia a los profesionales cuyo perfil de competencia y de experiencia sea análogo al del colaborador por proyecto”. Esta previsión normativa, que con su complejidad podría inducir incertidumbre interpretativa³³, se considera el vehículo para aplicar a la retribución del colaborador por proyecto el artículo 36 de la Constitución Italiana³⁴ hasta ahora, según la jurisprudencia consolidada, reservado solamente a los trabajadores subordinados³⁵. Hay que resaltar que el legislador ha procurado para el colaborador por proyecto, a los efectos de establecer su “justa” remuneración, una tutela en ciertos aspectos mayor que la del trabajador subordinado, al sancionar expresamente el principio por el cual la fuente normativa para determinar la retribución mínima es la negociación colectiva. Hasta este momento, de hecho, el juez competente ha utilizado indirectamente los convenios colectivos como parámetro de referencia para determinar esa justa retribución, basándose en la combinación de los artículos 36 de la Constitución Italiana y 2099 del Código Civil. La disposición comentada recuerda el mecanismo utilizado por el legislador en materia de retribución que hay que usar como base de cálculo para la cotización a la Seguridad Social, que según la Ley 389/1989 no puede ser inferior a la retribución establecida por leyes, reglamentos o convenios colectivos estipulados por los sindicatos más representativos a nivel nacional. No obstante, en el caso del trabajo por proyecto podrían surgir problemas de constitucionalidad por violación del artículo 39 de la Constitución Italiana, ya que en tal caso se realiza, aunque solo sea para la parte

³³ Vid. M. BORZAGA, *Lavorare per progetti. Uno studio su contratti di lavoro e nuove forme organizzative d'impresa*, Milán, 2012, pág. 142.

³⁴ Vid. A. Perulli, *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, en *Lav. dir.*, 2012, 3-4, pág. 560, que considera aplicable para la retribución del colaborador por proyecto el artículo 36 de la Constitución Italiana, “refiriéndose al doble criterio de la proporcionalidad y de la suficiencia, así como al principio de justicia distributiva típica del trabajo subordinado”; en contra, M. Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Milán, 2013, pág. 195.

³⁵ Cfr., entre otras, Cass., 23 de marzo de 2004, núm. 5807, en *Giust. civ. Mass.*, 2004, fasc. 7, pág. 541. En la línea de una aproximación a la disciplina de los trabajadores subordinados, se sitúa una sentencia del Trib. de Bérgamo de 12 de diciembre de 2013, in www.cgil.it, según la que el principio de la automaticidad de las prestaciones, de acuerdo con el artículo 2116 del Código Civil, tiene valor general, ante el que no puede considerarse admisible una derogación que sea explícita. Además, a diferencia de lo dispuesto para los trabajadores autónomos, en las relaciones de colaboración “el sistema de pago de la cotización es como la del seguro general obligatorio para los trabajadores dependientes” y el colaborador “no dispone de ningún sistema para obligar al comitente a pagar las cotizaciones a la Seguridad Social, como no lo tiene el trabajador dependiente”, lo que implica que “no aplicar el principio de automaticidad de las prestaciones podría constituir una violación del artículo 3 de la Constitución Italiana, tratando situaciones que de igual manera merecen tutela de modo irracionalmente diferente”.

económica, una extensión *erga omnes* del convenio colectivo de derecho común; violación constitucional que, como es notorio, conforme a los principios establecidos por la Corte Constitucional en su sentencia 242/1992³⁶, ha sido excluida por la disposición relativa a la retribución imponible para fines de protección social sobre la base de la autonomía estructural y funcional de la relación de trabajo³⁷.

La regulación de la remuneración del colaborador presenta, además, algunas lagunas que las circulares ministeriales no han colmado. En efecto, ante los intereses contrapuestos de las partes y considerando la debilidad económica del colaborador, se hubiera podido intervenir para reequilibrar las posiciones, configurando garantías ulteriores frente al retraso en los pagos por parte del comitente, tal como prescribe la disciplina de la subcontratación, que en tales casos de retrasos en los pagos introduce un nuevo supuesto de *mora ex re* respecto a las previstas por el artículo 1219.2 del Código Civil, además de la posibilidad de obtener una orden de pago provisionalmente ejecutiva³⁸. Finalmente, nada se dice sobre el derecho del colaborador a recibir la remuneración cuando no hubiera podido cumplir con el proyecto a causa de la falta de cooperación del comitente: en este caso, habrá que recurrir al artículo 1217 del Código Civil, que disciplina la *mora credendi* en las obligaciones de hacer y declara en mora al comitente mediante intimidación para que realice los actos necesarios por su parte para hacer posible la ejecución del proyecto.

³⁶ Realmente, la Corte Constitucional, ante la cuestión de la legitimidad constitucional del artículo 28 del Decreto del Presidente de la República 488/1968 –que para la determinación de la base imponible de los cotizaciones agrícolas unificadas se refería a las retribuciones resultantes de los convenios colectivos– en relación al artículo 39 de la Constitución Italiana, ha rechazado la cuestión de constitucionalidad de la norma “en relación con el artículo 1, primer apartado, del D-Ley 338/1989, convertido en Ley 389/1989”, ya que “el sistema empleado permite efectuar un reequilibrio de intereses asegurado por convenios colectivos como modelos generales o parámetros válidos para la generalidad de los comitentes, sin por ello conferir a los convenios colectivos eficacia *erga omnes* en la relación laboral, distinta de la Seguridad Social”.

³⁷ Por tanto, en este último caso, la fuente colectiva es el parámetro para la determinación de la obligación contributiva mínima y, por decisión legislativa, este parámetro se considera el idóneo en la función de tutela aseguradora y garantiza el equilibrio financiero de la gestión de la Seguridad Social; vid. Cass. S.U. 29 de julio de 2002, núm. 11199, en *Dir. lav.*, 2002, 6, pág. 602.

³⁸ Vid. A. Perulli, *Il lavoro autonomo e parasubordinato*, cit. pág. 561. En realidad, por lo que refiere a la subcontratación, se critica desde la doctrina la rigidez de los plazos de pago porque podría perjudicar al subcontratado al constituir un obstáculo para cerrar acuerdos potencialmente ventajosos concordando un precio mayor a frente plazos de vencimiento más largo; vid. M. Marinelli, *La subfornitura*, en m. Brollo (a cura de), *Il mercato del lavoro*, en M. Persiani, F. Carinci (Dirs.), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, Padua, 2012, pág. 1660.

5. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR PROYECTO

Característica ontológica del trabajo por proyecto es su duración, determinada o determinable, y, por tanto, su temporalidad ya que presupone alcanzar un objetivo. La temporalidad se desprende de la expresa exigencia de indicar “la duración, determinada o determinable, de la prestación de trabajo” [art. 62.a)] y, además, implícitamente de la referencia “a uno o más proyectos específicos” (art. 61) que excluye una colaboración exenta de un predeterminado resultado y término final. Por otro lado, hasta en los estudios de las organizaciones empresariales, el proyecto se configura por su dimensión temporal; o sea, por el hecho de que la actividad se debe desarrollar en un determinado lapsus de tiempo, que finaliza con su ejecución³⁹.

Evidentemente, la extinción del contrato se verifica al realizar o concluir el proyecto (art. 67.1). No obstante, cabe preguntarse si el cumplimiento anticipado del proyecto comporta automáticamente la extinción del contrato, con independencia de haber alcanzado el término establecido en el mismo. En este sentido, hay quien ha considerado que el señalamiento del término con la función de establecer la duración máxima para la ejecución del proyecto no impide extinguir la colaboración en el momento de la realización del proyecto, es decir, “cuando se ha realizado la obra o el servicio, y por tanto, teóricamente, incluso antes del plazo previsto”⁴⁰. Así, la realización del proyecto acabaría con la razón de ser de la relación contractual⁴¹. Pero dicha interpretación no tiene en cuenta la fuerte ligazón existente en este contrato entre el proyecto y su duración, y ello porque el interés del comitente no es solo la realización del proyecto, sino que se ejecute en el plazo previsto⁴²; siendo así, el plazo debe entenderse como necesario, y es prueba de ello que la resolución *ante tempus* la puede ejercitar el colaborador únicamente si las partes han previsto expresamente en el contrato dicha facultad.

³⁹ Vid. A. Rugiadini, *Organizzazione d'impresa*, Milán, 1979, pág. 305, que afirma “por proyecto se entiende un conjunto de actividades de diseño y/o producción de unidades o lotes específicos de un producto dado que, por su complejidad o relevancia, requieren el empleo de operadores con diferente cualificación encuadrados habitualmente en varios órganos permanentes con una lógica funcional”.

⁴⁰ Vid. G. Santoro Passarelli, *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, en *Arg. dir. lav.*, 2004, 1, pág. 37.

⁴¹ Así, U. Gargiulo, *Il recesso del lavoro a progetto tra volontà delle parti e diritto dei contratti*, en *Arg. dir. lav.*, 2004, pág. 902, para el que la realización del proyecto “prevalece hasta en la extinción del contrato por cumplimiento del plazo de las prestaciones; la realización del proyecto de hecho priva al negocio de su función esencial, de la razón que justifica la operación económica establecida —e invocada por contrato— por las partes, independientemente de llegar al plazo fijado para ella”.

⁴² Vid. P. Passalacqua, *La nuova disciplina del lavoro autonomo e associato*, cit., pág. 113.

Esta última previsión induce a pensar que la indicación de la duración prevista por el artículo 62.a) puede tener el significado de un plazo mínimo y no máximo a favor del colaborador, en línea con la regulación de las obligaciones contractuales para las que el artículo 1184 del Código Civil prevé que la indicación del plazo se presume a favor del deudor. Por otro lado, la circunstancia de que la duración del contrato se pueda indicar como “determinada o determinable” induce a considerar que se deja a criterio de las partes establecer un plazo en el contrato o, viceversa, indicar la duración del contrato *per relationem*, esto es, hacer depender la extinción de un suceso futuro de verificación cierta, como precisamente es la realización del proyecto.

A todo lo anterior se añade una consideración sobre la protección de Seguridad Social de los colaboradores por proyecto. De hecho, los colaboradores, como es sabido, tienen que darse de alta en la *quarta gestione* o “gestión separada” del *Istituto Nazionale delle Previdenza Sociale* (INPS), con 2/3 de la cotización a cargo del comitente y 1/3 a cargo del colaborador. El legislador ha impuesto una disciplina de progresivo incremento de las alícuotas cotizaciones –en principio un 10 por ciento de la renta–, progresivamente aumentadas al 26 por ciento para el 2012, al 28 por ciento para el 2013, y hasta alcanzar el 33 por ciento para el 2018. Ahora bien, como en la cotización del trabajador dependiente, el pago de las cotizaciones en la gestión separada compete al comitente incluso hasta en la parte a cargo del colaborador. El pago se verifica como retención mensual antes del 16 del mes siguiente al del pago de la retribución, así que una extinción del contrato antes del plazo establecido, aun pagando íntegramente lo estipulado, determinará un déficit de cotizaciones en perjuicio del colaborador, pues es difícil de entender que se pague la cotización sin actividad laboral. Diferente es la hipótesis de una extinción “patológica” antes del cumplimiento del término fijado, por justa causa declarada luego judicialmente infundada; en este caso, corresponderá al colaborador, como compensación, abonar la restante retribución pactada en el momento de la extinción –declarada ilegítima– hasta el término convenido de duración del trabajo por proyecto, además del pago de las cotizaciones calculadas para el mismo período. Parece poco lógico pensar, por lo tanto, que respetando la autonomía de las partes, si las mismas han previsto un término al contrato, sería posible resolver la relación antes del vencimiento convenido solo cuando tal posibilidad esté expresamente prevista en el articulado contractual; considerando también que, aunque es verdad que el colaborador desempeña su actividad autónomamente, es cierto que el elemento típico es la coordinación por parte del comitente, así que la previsión de un término tiene además la función de armonizar la prestación laboral del colaborador con la organización del comitente.

Sobre la rescisión del contrato, la nueva disciplina ha modificado el tenor literal del artículo 67. Este precepto confirma, como su antecedente, que las

partes pueden rescindir el contrato antes del vencimiento del término solamente si existe una justa causa y prevé una causa típica de rescisión a favor del comitente cuando durante la ejecución afloran “caracteres de incompetencia profesional del colaborador tales que hagan imposible la realización del proyecto”. El legislador no aclara lo que hay que entender por “justa causa”, pero como en otros contratos por tiempo determinado –por ejemplo, en materia de rescisión por el proveedor en contrato de obra intelectual, *ex* artículo 2237.2 CC– la justa causa se puede identificar con todos aquellos sucesos que representen violación de las obligaciones contractuales, de fidelidad, de diligencia y corrección, incidentes sobre la naturaleza fiduciaria de la relación. La rescisión es una justificada reacción ante un comportamiento ilegítimo del colaborador, conducta que mina la relación de confianza sobre la que se basa la relación contractual.

Desaparece la posibilidad prevista por la normativa anterior a la reforma de introducir en el contrato “diversas causas o modalidades” de extinción, que había llevado a considerar consentido servirse de la rescisión *ad nutum*. Tal eliminación permite reconocerle al colaborador la misma garantía de estabilidad que se otorga en la relación contractual al trabajador subordinado por tiempo determinado. Pero se deja a la voluntad de las partes la posibilidad de establecer en el contrato la facultad de desistir, con preaviso, *ad nutum* a favor del colaborador, cláusula realmente de difícil inserción y que dependerá de la distribución, más o menos equilibrada, del poder contractual entre las partes.

En cambio, por lo que respecta a la nueva hipótesis de rescisión prevista a favor del comitente que encuentre elementos objetivos de no idoneidad profesional en el colaborador, hay que destacar que se verificará siempre que el comportamiento del colaborador induzca a colegir la imposibilidad de que se lleve a cabo el proyecto por falta de la debida pericia y/o competencia profesional. Es evidente que tiene que tratarse de circunstancias posteriores a la celebración del contrato, que no eran conocidas, por lo tanto, o no podía conocerlas previamente el comitente. Así, por ejemplo, un contrato de colaboración cuyo objeto sea realizar un proyecto altamente complejo que el comitente confía a un específico sujeto teniendo en cuenta las supuestas competencias adquiridas en precedentes experiencias profesionales que luego se revelan no verdaderas⁴³.

⁴³ Cfr., por ejemplo, el convenio colectivo nacional para las colaboraciones por proyecto en el sector de las organizaciones sin ánimo de lucro, suscrito el 24 de abril de 2013 entre AOI (Asociación ONG Italianas, y Link 2007 *Cooperazione in rete*), por la parte comitente, y FeLSA CISL, NidL CGIL e UILTemp., por la parte de los colaboradores por proyecto, en el que las partes establecieron algunas hipótesis en las que puede considerarse que se integra tal supuesto: ausencia de elementos de cualificación profesional considerados esenciales para la ejecución del contrato –por ejemplo, conocimiento de una lengua por debajo del estándar, incompetencia informática o

Sobre la extinción por las partes hay que resaltar que la Ley nada señala a propósito de la forma. En realidad, indirectamente, la necesidad de la forma escrita para la rescisión, al menos, del comitente se puede deducir de la regulación de la impugnación del acto. Y de hecho, según el artículo 32 de la Ley 183/2010, a las relaciones de colaboración coordinada y continuada, incluyendo la modalidad por proyecto, se extienden los términos para la impugnación de la rescisión, que deberá ejercerse, so pena de prescripción, en un plazo de sesenta días a partir de la comunicación escrita de la misma.

Una última novedad ha sido añadida por el D-Ley 76/2013, en relación a la resolución consensual del trabajo por proyecto. Se incluyó en la Ley de reforma de 2012 un apartado 23 *bis* en el artículo 4 que ha extendido la aplicación de los apartados precedentes –del 16 al 23– tanto al contrato por proyecto como a la asociación en participación. Así pues, a partir de ahora se extiende a los trabajadores por proyecto la normativa general sobre la convalidación de las renunciaciones y de las resoluciones consensuales –además de la específicamente prevista para las trabajadoras embarazadas o del trabajador/trabajadora en caso de menor adoptado o acogido⁴⁴–. Esta extensión, aun suponiendo una carga burocrática por lo complicado del procedimiento, forma parte de la tutela extendida a todo trabajador, independientemente de la calificación formal de la relación, y se debe a la circunstancia de que el modificado régimen de extinción del contrato por

telemática, desconocimiento de la contabilidad de base, poca aptitud para tratar con entes institucionales según criterios de diplomacia adecuados al contexto, incapacidad de relacionarse con el personal local en proyectos en el extranjero–.

⁴⁴ La Ley 92/2012 introdujo una especie de derecho de retracción extendido a todas las posibilidades de resolución consensual de la relación laboral. El artículo 4.16 confirma el procedimiento de convalidación ante el Servicio de Inspección para los casos de dimisión y de resolución consensual en casos de maternidad y paternidad, extendiendo el ámbito de aplicación hasta los tres años del niño. En los demás casos, la renuncia y la resolución consensual quedan suspensivamente condicionados a un procedimiento que puede desarrollarse, alternativamente, de dos maneras: 1) en la Dirección territorial de trabajo o el Centro para el empleo territorial competentes, o en una sede establecida por los convenios colectivos nacionales estipulados por las organizaciones sindicales comparativamente más representativas a nivel nacional; 2) suscribiendo una declaración al pie en el recibo de transmisión de la comunicación de terminación de la relación enviada por el comitente al Centro para el empleo. En ausencia de convalidación o suscripción, el comitente tiene la obligación, en un plazo de treinta días a partir de la fecha de renuncia o resolución consensual, si no quiere evitar su ineficacia, de enviar al trabajador una convocatoria a la sede antedicha para cerrar el procedimiento. Durante los siete días sucesivos, el trabajador dispone de la facultad de revocar la renuncia o la resolución consensual, para ello basta una simple comunicación escrita, pero con la pérdida de la retribución por el tiempo no trabajado entre el receso o la resolución y la revocación. La inactividad del trabajador en el plazo indicado comporta la resolución de la relación laboral. En fin, para el caso más grave de renuncia en blanco la Ley introduce una sanción administrativa variable entre 5.000 y 30.000 euros, y la aplicación de eventuales sanciones penales.

proyecto –que prevé la posibilidad para el comitente de rescindir una relación antes del término solo por la objetiva no idoneidad profesional del colaborador– podría probablemente dejar al trabajador muy expuesto a la petición del comitente de renuncias o resoluciones consensuales “en blanco”.

6. LAS MODIFICACIONES EN EL ÁMBITO SANCIONADOR Y EL RÉGIMEN DE LAS PRESUNCIONES

La Ley 92/2012 intervino decididamente también sobre las normas dedicadas a los aspectos sancionadores en la regulación del trabajo por proyecto. Como es conocido, el artículo 69 del D-Leg. 276/2003 había previsto reconducir al cauce de los contratos de trabajo subordinados, y desde la fecha de su celebración, todos los contratos de colaboración sin proyecto, –y antes de la derogación de los términos– programa o una fase suya.

La intervención del legislador parece haber puesto fin a la prolongada controversia que apasionó a la doctrina y a la jurisprudencia sobre la naturaleza, relativa o absoluta, de la presunción introducida⁴⁵. De hecho, como norma de interpretación auténtica, se aclara la naturaleza esencial del proyecto, cuya ausencia implica la falta de validez –nulidad– del contrato y la constitución de una relación de trabajo subordinado por tiempo indefinido, sin posibilidad para el comitente de presentar prueba en contrario sobre la naturaleza autónoma del trabajo contratado⁴⁶.

En efecto, la puntualización del legislador elimina una antinomia existente en la anterior formulación al coexistir dos normas en aparente oposición: así, el artículo 69 preveía una sanción severa ante la falta de un proyecto y el artículo 62.b) lo consideraba como mero contenido del contrato requerido con fines probatorios⁴⁷.

⁴⁵ Sobre los motivos de las dos tendencias, vid. la reconstrucción de M. Borzaga, *Lavorare per progetti*, cit., pág. 143 ss.

⁴⁶ La norma, en realidad, tal como está redactada parece ir más allá de la tradicional técnica declarativa típica de las leyes de interpretación auténtica, ya que renueva el *corpus* legislativo. Vid. A. Perulli, *Lavoro autonomo tradito e l'equivoco del "lavoro a progetto"*, en *Dir. rel. ind.*, 2013, 1, pág. 30; M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, en *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"it.*, 2013, núm. 174, pág. 11. Cfr. App. Milán de 14 de mayo de 2013, núm. 511, señalando que la circunstancia de que la Ley 92/2012 diga que las modificaciones del contrato por proyecto se apliquen a los contratos de colaboración estipulados tras la fecha de entrada en vigor de la Ley supone la confirmación de la naturaleza relativa de la presunción para los contratos estipulados anteriormente.

⁴⁷ Vid. A. Perulli, *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, cit., pág. 552.

La norma no aclara si por ausencia del proyecto hay que entender una falta concreta del mismo en la ejecución de la actividad laboral, y por ello es un vicio sustancial, o bien, cuando existiendo un proyecto concreto, éste no resulta adecuadamente especificado en el contrato, y por ello constituye un error formal. En verdad, según la tendencia imperante en la jurisprudencia antes de la reforma, por falta de determinación del proyecto hay que entender tanto la “ausencia de mención formal del contenido del proyecto”⁴⁸, como “la mención o descripción de un proyecto genérico e indeterminado”⁴⁹. El Ministerio parece haber hecho propia esta tendencia al precisar en la Circular 29/2012 que se deberá considerar ausente el proyecto cuando dicha especificación del proyecto carezca de los requisitos característicos, como “relación con un determinado resultado final, autonomía identificabilidad en el ámbito del objeto social del comitente, no coincidencia con el objeto social del comitente, prestaciones no meramente ejecutivas o –hoy, y– repetitivas”, de manera que habrá que calificar como relación de trabajo subordinado una prestación de colaboración en cuyo contrato no aparezca un proyecto específico o bien en el que “la determinación del proyecto se traduzca en un grupo de cláusulas de estilo, vacías de significado concreto”.

En realidad, que la “simple” ausencia del proyecto pueda determinar su consideración como relación de trabajo subordinada sigue creando incertidumbre: de hecho, la relación contractual así convertida por la ausencia del proyecto podría, teóricamente, no presentar elemento alguno de subordinación. Se podría entonces determinar la existencia de una relación de trabajo subordinado sin “heterodirección”, o en el que se sustituye la “heterodirección” por una atenuada coordinación; por ello, resultaría más correcto hablar no de presunción, sino de recalificación obligatoria, que integraría a su vez a la –así llamada– “*disponibilità del tipo stigmatizzata*” por la Corte Constitucional, que declaró la nulidad de disposiciones legales que predeterminen *a priori* la naturaleza de la relación contractual⁵⁰. Por lo tanto, el legislador no puede limitar la libertad del juez en el procedimiento de valoración para calificar la relación laboral, imponiéndole reconducir un supuesto concreto al supuesto abstracto contenido en el artículo 2094 CC, prescindiendo de la existencia de los elementos típicos de la subordinación⁵¹. Tal sanción podría comportar un tratamiento dispar entre dos

⁴⁸ Cfr. Trib. Milán de 13 de marzo de 2006, en *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, pág. 890.

⁴⁹ Cfr. Trib. Milán de 18 de agosto de 2006, en *Riv. critica dir. lav.*, 2007, pág. 115.

⁵⁰ Cfr. Corte Constitucional de 31 de marzo de 1994, núm. 115; 29 de marzo de 1993, núm. 121.

⁵¹ Vid. P. Tosi, *L'improbabile equilibrio tra rigidità “in entrata” e flessibilità “in uscita” nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, en *Arg. dir. lav.*, 2012, 4-5, pág. 824, el que habla de *qualificazione coattiva* en el supuesto.

colaboradores por proyecto que desempeñaran la misma actividad bajo la coordinación de un comitente en el caso de que solo uno hubiera visto convertida su relación en forma subordinada a causa de una ausencia del proyecto en el contrato, y teóricamente incluso contra su voluntad efectiva, dando lugar con ello a una violación del artículo 3 de la Constitución Italiana.

El legislador reformista incluye una auténtica presunción *iuris tantum* en el artículo 69.2, que de entrada prevé la conversión del contrato que presente indicios suficientes de subordinación en el correspondiente tipo contractual de hecho realizado por las partes. En este sentido, la norma hoy prevé que, aun admitiendo la prueba en contrario por parte del comitente, todas las relaciones de colaboración, incluidas las relaciones por proyecto, se conviertan con eficacia *ex tunc* en relaciones de trabajo subordinado, cuando la actividad se desarrolle bajo “modalidades análogas a las desempeñadas por los trabajadores dependientes de la empresa comitente”. La norma ha sido criticada porque se ha dicho que la prestación del colaborador se desarrolla con “modalidades análogas” a las del empleado en régimen de subordinación con el comitente, lo que significa que la actividad se desarrolla sobre directrices y órdenes que van más allá de la simple coordinación y presenta características típicas de la subordinación. Así que en todo caso hubiera sido más apropiado preestablecer una presunción absoluta⁵².

Parece más correcto considerar, para darle un significado a la norma y que no resulte *inutiliter data*, que la disposición se refiere a la posibilidad de que los dependientes del comitente, aun estando encuadrados como subordinados, desempeñen prestaciones bajo una modalidad de organización de incierta calificación, las denominadas zonas grises –como en el caso de los visitantes médicos⁵³–, de manera que en caso de estipular contratos de colaboración con análoga modalidad de ejecución de las prestaciones con esos dependientes se presumirá la subordinación de la relación, pero admitiendo que el comitente pueda presentar prueba en contrario. Se podrá demostrar que, independientemente del encuadramiento de sus propios empleados como trabajadores subordinados, las características específicas de la relación, en la que –por ejemplo– puede haber un alto grado de flexibilidad y de autonomía de gestión, no son subsumibles en el paradigma jurídico del artículo 2094 del

⁵² Vid. A. Perulli, *Lavoro autonomo tradito e l'equivoco del "lavoro a progetto"*, cit. pág. 24; M. Magnani, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, cit. pág. 11.

⁵³ Cfr. Trib. Milán de 10 de noviembre de 2005, en *Giust.civ.*, 2006, pág. 1605, afirmando que “la actividad de verificación del conocimiento, difusión y posición en el mercado de productos farmacéuticos del comitente, con implícita necesidad de realizar un estudio de mercado sobre el territorio nacional, integra en sí un proyecto lo bastante específico como para no poder aplicar el artículo 69.1 D-Leg. 276/2003”.

Código Civil, pudiéndose enmarcar en el cuadro del trabajo autónomo o parasubordinado⁵⁴.

Ahora bien, la presunción no opera si las actividades del colaborador son “prestaciones de alta profesionalidad” que “pueden recogerse en los convenios colectivos firmados por las organizaciones sindicales comparativamente más representativas a nivel nacional”. La *ratio* de la excepción parece ser la asociación, por otro lado no siempre verdadera y ciertamente infundada en derecho, entre trabajo autónomo y trabajo profesionalizado⁵⁵, en línea con la nueva previsión según la cual el proyecto no puede suponer el desempeño de prestaciones meramente ejecutivas y repetitivas, lo que son indicadores “peligrosos” de la realización efectiva de una forma de trabajo subordinado. Sin embargo, la redacción de la norma no es muy precisa, porque se presta a dos interpretaciones: según una primera lectura, se podría decir que la prevista excepción está destinada a aplicarse aun faltando una tipificación de las prestaciones de alta profesionalidad realizada por las partes sociales⁵⁶, correspondiendo al juez establecer concretamente el nivel mínimo a partir del cual la actividad del colaborador se puede calificar como de “alta profesionalidad”; cometido no fácil, considerando lo vago de la norma, y que atribuye al juez la facultad de clasificar a los trabajadores, aun no estando prevista en el ordenamiento. Parece preferible entonces –y esta es la interpretación indicada en la Circular ministerial 29/2012– considerar que el legislador ha previsto como optativa la intervención de las partes sociales en la calificación de las actividades de alta profesionalidad a las que no se aplica el artículo 69.2, para dejar a estas partes sociales la decisión acerca de la operatividad o no de la presunción para tales figuras contractuales.

7. EL CASO DE LAS FALSAS PARTITE IVA. LA DOBLE PRESUNCIÓN PARA LA READAPTACIÓN DEL TIPO CONTRACTUAL Y LA CONVERSIÓN EN RELACIÓN DE TRABAJO POR CUENTA AJENA

Tras el artículo 69, la Ley de reforma de 2012 añadió al texto del D-Leg. 276/2003 un nuevo artículo 69 *bis*, bajo el título “otras prestaciones de trabajo

⁵⁴ Sobre ello, G. Ferraro, *Il lavoro autonomo*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta, *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Turin, 2013, pág. 138, que descubre en la norma una “validez meramente procesal”, en el sentido de que al colaborador le toca probar ante el juez las análogas modalidades de trabajo, y al comitente demostrar que esas modalidades de trabajo son compatibles con la configuración de un trabajo autónomo.

⁵⁵ Vid. V. Pinto, *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, en P. Chieco (a cura di) *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013, pág. 208.

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 208. P. Passalacqua, *La nuova disciplina del lavoro autonomo e associato*, cit., pág. 145.

en régimen de trabajo autónomo”. Realmente la rúbrica es engañosa, pues el contenido de la norma se refiere únicamente a las prestaciones de trabajo de los titulares de *partite IVA* y, por tanto, a los sujetos que, según lo dispuesto por el artículo 35 del Decreto del Presidente de la República 633/1972, “comienzan una actividad empresarial, artística o profesional en el territorio del Estado o constituyen en él un establecimiento permanente”⁵⁷.

En cuanto a las prestaciones de estos sujetos, la reforma aplica una presunción relativa de existencia de una relación de colaboración coordinada y continuada si están presentes algunas condiciones –posteriormente modificadas por el artículo 46 *bis*, párrafo primero, letra *c*) del D-Ley 83/2012, convertido en Ley 134/2012–.

En concreto, la presunción opera cuando concurren, al menos, dos de los requisitos siguientes: colaboración con el mismo comitente superior a ocho meses por año durante dos años consecutivos; remuneración superior al 80 por ciento de los ingresos anuales totales del colaborador en el periodo de dos años naturales consecutivos, aunque se esté facturando a varios sujetos asimilables al mismo centro de imputación de intereses; ubicación fija del trabajo en una de las sedes del comitente.

En cuanto al requisito temporal –ocho meses al año durante dos años consecutivos–, habiendo desaparecido la referencia al año natural de la versión original del artículo, hoy se identifica con el año civil, de manera que la condición que comience a verificarse desde el 1 de enero de 2015 podría perfeccionarse solamente al final del 2016. Se trata, por tanto, de un criterio destinado a ser poco operativo, ya que cualquier comitente “atento” evitará conferir encargos de duración superior a ocho meses, para impedir que se cumpla tal condición.

Respecto al requisito de los ingresos, cuyo techo constituye el límite superado el cual se confirma la presunción, el legislador dispone que se calculen las retribuciones de las personas físicas o jurídicas “imputables al mismo centro de intereses”. La expresión recuerda a la noción que emplea la jurisprudencia en caso de sociedades relacionadas o agrupadas al objeto de aplicar las normas laborales⁵⁸; sin embargo, la finalidad de individualizar la fuente efectiva de la que el colaborador obtiene sus ingresos induce a adherirse a una interpretación

⁵⁷ En contra, M. Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, cit., pág. 88, para el que, pese al texto de la Ley, la disposición tiene eficacia generalizada para todos los tipos de trabajo, y no se puede considerar preclusivo del uso de la presunción el dato formal de la elección de un determinado régimen fiscal.

⁵⁸ Cfr. Trib. Milán de 14 de octubre de 2011 en *Il giurista del lavoro*, 2012, 1, pág. 4, señalando que el carácter único del centro de imputación se configura concurriendo los siguientes requisitos: a) carácter único de la estructura organizativa y productiva; b) integración entre las actividades ejecutadas por las varias empresas del grupo y el correlativo interés común; c) coordina-

extensiva de la fórmula, prescindiendo de la existencia de una relación funcional más o menos intensa entre los sujetos⁵⁹.

Por último, en relación al indicador de la “ubicación fija”, parece que la norma se refiere a un sitio real, asignado exclusivamente al colaborador. Por lo tanto, no es suficiente que la prestación se ejecute dentro de la sede del comitente, y en esto difiere de lo previsto para la aplicación de la normativa en materia de seguridad y salud, en cuyo caso el artículo 66 requiere solamente que “la prestación se ejecute en los locales de trabajo del empleador”. No concuerda, por consiguiente, con la instrucción del Ministerio, puesto que, según la misma, el requisito existe cuando el colaborador puede utilizar un sitio dentro de los locales del comitente, incluso compartiéndolo con otros sujetos, interpretando así el adjetivo “fija” como “no móvil”, porque a menudo una empresa que se sirve de genuinos contratos de obra profesional –como en el caso de los visitantes médicos– pone a disposición uno o más lugares de trabajo para desarrollar el encargo.

Pensándolo bien, se trata de indicios que por sí solos no tienen un gran valor calificador, como por ejemplo el criterio de los ingresos, que no emplea otro sistema jurídico europeo para excluir la autonomía de la relación⁶⁰, y que podría depender de la importancia de la obra y de los costes de los materiales empleados⁶¹, pero de los que el legislador se sirve para calificar la relación mediante el –así denominado– método tipológico, usado por la jurisprudencia para calificar una relación de trabajo subordinada.

ción técnica y administrativo-financiera, configurando un único órgano de dirección que haga confluir las diversas actividades de cada una de las empresas hacia un objetivo común; d) utilización simultánea de las prestaciones laborales por parte de varias sociedades titulares de las distintas empresas, o sea que estas prestaciones se realizan indiferencia o contemporáneamente para varios empresarios.

⁵⁹ Vid. T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., pág. 37- 38, que subraya que habría que “mirar más allá de las formas jurídicas de las agrupaciones y de sus relaciones internas, como ya doctrina y jurisprudencia han hecho en otros casos, para verificar si la fuente de ingresos del colaborador entra en un esquema *ad unum* para establecer la dependencia económica del sujeto”; y también V. Pinto, *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, cit., sosteniendo que hay que interpretar la expresión “de modo que entren en un único centro de interés todos los sujetos jurídicos que aun siendo titulares de actividades económicas sustancial y no solo formalmente distintas, operen establemente de forma coordinada entre ellos –por efecto, por ejemplo, de propietarios con intereses coincidentes–”.

⁶⁰ Según A. Perulli, *Lavoro autonomo tradito e l'equivoco del “lavoro a progetto”*, cit., esta normativa aleja a Italia de países como España o Alemania, que han regulado el trabajo autónomo económicamente dependiente y que empleando los mismos criterios –duración de la relación, único comitente, ingresos– han enmarcado estas relaciones en el cuadro de las relaciones del trabajo autónomo genuino.

⁶¹ Vid. M. Persiani, *Sulla nuova disciplina delle collaborazioni non subordinate*, en *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 4, pág. 838.

Pero aún hay que añadir más. La norma no se limita a establecer las consecuencias que se derivan de la presencia de estos indicadores, sino que establece la disciplina aplicable, previéndose en el apartado cuarto, que la presunción determina “la aplicación íntegra de la disciplina precedente, incluido lo dispuesto en el artículo 69.1”. Ello supondrá que, al tratarse de contratos estipulados con titulares de *partite IVA*, muy difícilmente aparecerá un proyecto y, por lo tanto, todos los contratos se convertirán en contratos subordinados, con la aberrante consecuencia de que se califiquen como subordinados también supuestos que no lo serían ni aun con la más flexible aplicación de los indicios asentados por los jueces con esta finalidad. Consecuentemente, una relación de trabajo con un titular de *partite IVA*, por medio del juego de presunciones, se puede transformar, tras un breve tránsito por algunas colaboraciones coordinadas y continuadas, en una relación laboral subordinada⁶².

De nada vale objetar que este recorrido no es necesario, pero es el efecto de una simple presunción⁶³ que admite prueba en contrario por parte del comitente, en cuanto debiendo este último demostrar la ausencia de continuidad y coordinación en la relación con el trabajador, y, considerando la extrema evanescencia de estos términos, el éxito de la prueba resulta altamente aleatorio, lo que hace poco probable superar la presunción del artículo 69 *bis*⁶⁴.

La norma prevé la inoperancia de la presunción en dos supuestos, señalados respectivamente en el apartado segundo [letras a) y b)] y en el apartado tercero. En virtud de dicha posición cabe entender que los dos primeros requisitos deben estar ambos presentes, simultáneamente.

Así, en cuanto a una de las excepciones, el primer requisito –*ex lege*– necesario para neutralizar la presunción se verifica cuando la prestación de trabajo se caracteriza “por exigir competencias teóricas de grado elevado o adquiridas mediante específicos cursos formativos, o por habilidades técnico-prácticas fruto de relevantes experiencias adquiridas en el ejercicio concreto de la actividad”. Como se observa, se trata de un criterio bastante indefinido que deja al juez la difícil misión y la amplia discrecionalidad de establecer concretamente el

⁶² Así, según F. Carinci, *Complimenti dott. Frankenstein: il disegno di legge governativa in materia di riforma del mercato del lavoro*, cit. “el tren previsto por el artículo 9, sale de la estación de las *partite IVA*, pasa por la estación fantasma del trabajo por proyecto, y se detiene solo en la terminal del contrato de trabajo subordinado por tiempo indefinido”.

⁶³ Vid. M. Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, cit. pág. 94, indicando que el comitente puede paralizar la operatividad de la presunción ofreciendo la prueba de que a la dependencia económica o a la continuidad de la relación con el trabajador no se asocia ningún estricto vínculo organizativo en la prestación de la actividad profesional requerida.

⁶⁴ Vid. F. Bano, *Il “popolo delle partite IVA” all’ombra del lavoro a progetto*, en *Lav. dir.*, 2013, 2, pág. 206.

grado de las competencias técnicas, lo *específico* de la formación y la *relevancia* de la experiencia en el ejercicio de la actividad⁶⁵; por lo que no es difícil suponer que se darán valoraciones diferentes para experiencias formativas análogas.

El segundo requisito se configura cuando la prestación de trabajo “la desarrolla un sujeto titular de ingresos anuales por trabajo autónomo no inferiores a 1,25 veces el nivel mínimo imponible para la cotización a la Seguridad Social”. Aquí parece que el legislador asume la convicción de que los colaboradores coordinados y continuados son –además de poco cualificados– también poco remunerados, así que, en tales casos, los trabajadores, que puedan acogerse a las presunciones para obtener la recalificación de su relación laboral, tendrán la carga de probar en juicio la continuidad y la coordinación.

La otra excepción actúa cuando la prestación de trabajo constituya “ejercicio de actividades profesionales para las cuales el ordenamiento requiere la inscripción en un colegio profesional o en los correspondientes registros públicos, libros o catálogos de profesionales cualificados y se establezcan específicos requisitos y condiciones”. El Ministerio del Trabajo y de las Políticas Sociales, a cuyo decreto remite la Ley para distinguir las profesiones en cuestión, especifica luego que estas profesiones son aquellas cuyo ejercicio está condicionado a superar un examen de Estado o a la necesaria evaluación, por un órgano específico, de las condiciones que legitiman el desempeño de la actividad para cuyo ejercicio se requiere la inscripción en un específico libro, registro o lista, supervisado por una administración pública o federación deportiva, señalando que, de todas maneras, la inscripción de una empresa individual, a los exclusivos fines de publicidad declarativa, en el registro de empresas no constituye elemento de exclusión de la presunción⁶⁶.

Este criterio también parece discutible, ya porque la inscripción en un colegio profesional es indicio de que se realiza una actividad, pero no demuestra nada sobre la modalidad de ejecución, ya porque cualquier actividad humana se puede realizar autónoma, subordinada, o coordinada y continuadamente.

En conclusión, la comprensible exigencia del legislador de “desenmascarar” las –así llamadas– falsas *partite IVA*, que de hecho encubran relaciones laborales de trabajo subordinado, choca contra el empleo de criterios no idóneos

⁶⁵ Según la Circular ministerial 32/2012, el elevado grado de competencia y la relevante experiencia se pueden probar: con un título obtenido al final del segundo ciclo del sistema educativo de instrucción y formación; con un título universitario; con la cualificación o el diploma obtenido al final de cualquier tipo de aprendizaje; con diez años de experiencia confirmados por un empleador para el que se trabajó bajo una relación de subordinación en el ámbito de un convenio colectivo de referencia; con, al menos, diez años de trabajo autónomo exclusivo o prevalente atendiendo a los ingresos.

⁶⁶ Decreto Ministerial de 20 de diciembre de 2012.

para ello, pudiendo determinar, además, una injerencia indebida en la autonomía privada⁶⁷. Y en efecto, la ausencia de elementos válidos para considerar la existencia de una coordinación en la relación no puede legítimamente imponer su transformación en un contrato por proyecto y, a través de éste, en un contrato de trabajo subordinado por tiempo indefinido.

También en este campo falta un ordenamiento regulador de tipo promocional que, planteándose como objetivo la lucha contra la falsa autonomía, construya un sistema equilibrado y racional de lo que se ha denominado “trabajo autónomo de segunda generación”⁶⁸.

⁶⁷ Además, con intervenciones “represivas” se puede destruir el trabajo autónomo libremente elegido; de hecho, de un estudio efectuado por la *Cgia de Mestre* resulta que desde el 2008 hasta junio de 2013 cesaron la actividad 400.000 trabajadores independientes, con una contracción del 6,7 por ciento.

⁶⁸ S. Bologna, A. Fumagalli, (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del postfordismo in Italia*, Feltrinelli, 1997.

LA VULNERACIÓN EMPRESARIAL DEL DERECHO DE HUELGA Y RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS

NANCY SIRVENT FERNÁNDEZ

*Catedrática Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante*

EXTRACTO

Palabras clave: lesiones empresariales; huelga; daños; resarcimiento

Existen conductas empresariales de muy diversa naturaleza que pueden dar lugar a la transgresión del derecho de huelga. En estos casos se hace necesario reparar los daños que tales conductas provocan, tanto en el plano individual (trabajador) como en el plano colectivo (sindicatos u órganos de representación unitaria), teniendo en cuenta que la indemnización que derive de ello debe cumplir una función ejemplarizante, además de la propiamente reparadora. En el presente estudio, siguiendo los criterios que han ido sentando nuestros Tribunales, se identifican distintas conductas empresariales susceptibles de conculcar el derecho de huelga, a la par que se analizan todas y cada una de las partidas que debieran estar presentes a la hora de calcular el monto indemnizatorio, así como los criterios de valoración a tener en cuenta en estos casos

ABSTRACT

Key words: business injuries; strike; damage; compensation

There are business behaviors of diverse nature that can lead to the violation of the right to strike. In these cases it is necessary to repair the damage that such behavior causes, both at the individual (worker) and the collective level (unions), given that compensation resulting from this should play a role exemplary, besides pure restorative. In the present study, the criteria that have been establishing in our Courts, are identified different business conducts which may violate the right to strike, and at the same time are analyzed each of the items that should be present when calculating the amount of compensation and the assessment criteria are identified to consider in these cases.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CONDUCTAS EMPRESARIALES LESIVAS DEL DERECHO DE HUELGA
3. LAS DISTINTAS VÍAS DE TUTELA FRENTE A ACTOS EMPRESARIALES LESIVOS DEL DERECHO DE HUELGA
4. EL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS COMO VÍA PARA RECLAMAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR ACTOS DE LA EMPRESA LESIVOS AL DERECHO DE HUELGA
5. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS: DAÑOS RESARCIBLES Y CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL MONTO INDEMNIZATORIO

1. INTRODUCCIÓN

La ausencia de desarrollo legal del derecho de huelga, y singularmente y por lo que en este lugar interesa en lo que se refiere a la concreción de las conductas empresariales susceptibles de vulnerar tal derecho fundamental (y a la cuantificación de los daños que se deriven de ello), puede explicar en gran medida la enorme litigiosidad que suscita este asunto. Y es que las previsiones que sobre este particular contempla el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (en adelante, RDLRT) son, a todas luces, insuficientes, debiendo ser interpretadas de conformidad con los criterios hermenéuticos que durante más de tres décadas ha ido sentando el Tribunal Constitucional (TCo) en relación con el derecho de huelga. De acuerdo con estos criterios, y atendiendo a la adaptación que requiere el paso del tiempo, no parece defendible que durante la huelga esté prohibido el esquirolaje externo y que en cambio no se entienda vetado el esquirolaje interno o el reemplazo del trabajo de los huelguistas llevado a cabo mediante el recurso a medios de carácter técnico. Ni tampoco que se pueda considerar permitida la realización de otras conductas empresariales que sin ser propiamente “sustitución”, en la práctica producen el mismo efecto. Por ello, pese a que el artículo 6.5 RDLRT únicamente prohíbe de forma explícita la sustitución de los huelguistas por trabajadores externos a la empresa, se hace necesario reinterpretar este precepto a la luz de lo que constituye la esencia y la finalidad del derecho fundamental de huelga.

Así pues, es necesario delimitar con la mayor precisión posible los perfiles del derecho de huelga mediante la aproximación a lo que constituye su contenido esencial, y la determinación de los límites a los que viene sujeto como consecuencia de su relación con otros derechos, bienes o valores constitucionales. Sólo de este modo será posible identificar con mínimo acierto las intrusiones ilegítimas a este derecho fundamental. En este orden de consideraciones, resulta llamativo que tanto en sede judicial como doctrinal siga viéndose en ocasiones al derecho de huelga desde una perspectiva puramente formal, lo

cual no se aviene bien ni con la configuración del Estado Social de Derecho que proclama el artículo 1.1 CE, ni con la interpretación que ha venido haciendo el TCo en relación con lo que constituye el contenido esencial de dicho derecho, el cual no se agota, como a menudo se defiende, en garantizar que el trabajador pueda cesar e el trabajo sin que por ello se exponga a sufrir sanción alguna (la huelga se erige así en auténtico derecho subjetivo), sino que más allá de ello dicho contenido debe extenderse también a salvaguardar la finalidad de presión (que no su resultado) que toda huelga conlleva. La cesación en el trabajo como contenido esencial del derecho de huelga cabe entenderlo sólo en la medida en que es este modo el que ha permitido ejercer la presión para el logro de las reivindicaciones obreras. De ahí que resulten intolerables desde el punto de vista jurídico todas aquellas conductas dirigidas a abortar, con mayor o menor intensidad, la capacidad de presión que resulta inherente a esta particular medida de conflicto colectivo.

En relación con la indemnización económica que pueda derivar de este tipo de actuaciones empresariales transgresoras del derecho de huelga, los interrogantes que se abren giran en torno a dos cuestiones fundamentales: la concreción de los daños resarcibles y la determinación del monto indemnizatorio, pues habida cuenta que en muchas ocasiones los daños provocados en estos supuestos no son de naturaleza patrimonial, sino moral (ello ocurrirá, generalmente, cuando la víctima sea una organización colectiva), resultará harto complicado valorar económicamente los mismos. Todo ello, sin ignorar tampoco que la indemnización que resulte en estos casos no se limita a cumplir únicamente una función resarcitoria sino que debe contribuir también a la prevención o disuasión frente a posibles conductas futuras de esta misma naturaleza, lo cual complicará aún más, si cabe, la fijación de la cantidad concreta a indemnizar por parte del operador jurídico. Asimismo, hay que tener en cuenta que las agresiones empresariales al derecho de huelga suelen ser de carácter pluriofensivo, tanto desde un punto de vista objetivo al poder quedar afectados varios derechos por la misma conducta (generalmente, el derecho de huelga y la libertad sindical), como desde un punto de vista subjetivo, al concernir a la vez a trabajadores individualmente considerados como a organizaciones de carácter colectivo (órganos de representación unitaria o sindical, sindicatos...). Circunstancias, todas ellas, que determinarán, asimismo, que los daños ocasionados en cada caso concreto sean distintos y que también lo deba ser, por tanto, la indemnización a reclamar en cada supuesto y para cada víctima.

Pues bien, en las páginas que siguen se analizan todas estas cuestiones tomando como punto de partida las (escasas) previsiones legales existentes sobre la materia y los criterios interpretativos que sobre la misma han ido sentando nuestros tribunales y la doctrina científica.

2. CONDUCTAS EMPRESARIALES LESIVAS DEL DERECHO DE HUELGA

Aunque la mayor parte de las transgresiones al derecho de huelga suelen venir de la mano del propio titular de la empresa nada impide que la vulneración de este derecho sea producida a instancias de sujetos o entes distintos a la empresa¹. En el presente trabajo se analizan diversas conductas empresariales lesivas de este derecho fundamental², en el bien entendido de que la responsabilidad empresarial que tiene lugar en estos casos no nace únicamente como consecuencia de la propia conducta del empresario, sino también de las actuaciones de terceros que de él dependen³.

¹ Piénsese, sino, en un caso de fijación de unos servicios mínimos excesivos por parte de la autoridad gubernativa que desnaturalicen por completo el derecho de huelga al ordenar el mantenimiento de lo que constituye la actividad habitual de la empresa. Sobre este supuesto, vid. STS de 11 de junio de 2012 (RTC 6841). O también, en la desnaturalización de lo que debe considerarse servicio mínimo, incluyendo como tal “el seguimiento de la huelga” a fin de constatar el grado de seguimiento de la misma y de solucionar posibles dificultades que puedan suscitarse durante su desarrollo. La calificación como servicio mínimo del “seguimiento de la huelga” debe considerarse que vulnera también el derecho de huelga. Vid. sobre este particular, la STS de 9 de julio de 2012 (Sala de lo Contencioso, recurso nº 4833/2011).

² Como señala la doctrina, este tipo de conductas empresariales tendentes a neutralizar los efectos de la huelga constituyen un instrumento de autotutela patronal que prolifera a partir de la segunda mitad de la década de los 90, sustituyendo al lock-out que hasta esa fecha había constituido la forma de reacción empresarial típica frente a la huelga. Sanguinetti Raymond, W.. *Los empresarios y el conflicto laboral*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 38.

³ Así lo viene a afirmar el TCo en su sentencia de 28 de marzo de 2011 (RTC 33). En esta sentencia se analiza un supuesto en el que, durante una huelga general secundada por la mayoría de los trabajadores de la empresa, los jefes y directivos de sección del periódico ABC consiguen editar el diario interviniendo directamente en el proceso productivo en talleres y, por ende, realizando tareas que no les correspondían, sin que dicha intervención tampoco estuviera justificada ni en la garantía de los servicios mínimos esenciales para la comunidad ni en los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa. El Alto Tribunal razona que, aunque tal decisión hubiera emanado de dichos mandos intermedios, es al titular de la organización productiva a quien corresponde imputar la responsabilidad por tales actuaciones pues “el empresario, titular de la organización productiva y del poder de dirección (que por supuesto ejerce también sobre directivos y mandos intermedios), es, además, como contratante de la prestación, quien ostenta la autoridad jerárquica en la empresa. Que el ejercicio del poder directivo se delegue a menudo, en particular cuando la organización empresarial crece en complejidad, y que esa delegación genere una suerte de mando indirecto, no implica una sustitución de la titularidad de la organización, ni determina, como es obvio, una transferencia de la responsabilidad del titular de la misma a los titulares de la gestión organizativa. No se puede desligar la responsabilidad del titular de la organización de las decisiones que adoptan los mandos intermedios, pues ello supondría, en casos como el que se enjuicia, favorecer prácticas que pueden limitar la eficacia de los derechos fundamentales. En definitiva, de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la Constitución y en legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga, si

En cuanto al tipo de conductas empresariales susceptibles de vulnerar el derecho de huelga, éstas pueden resultar de muy distinta naturaleza pudiéndose concretar, ya en el incumplimiento de las obligaciones o de las prohibiciones legales previstas en materia de huelga (como la de sustituir a los trabajadores huelguistas por otros que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de comunicar la huelga, o la de llevar a cabo un cierre patronal como medida de represalia o de sanción a una huelga previa...), ya en otro tipo de conductas que, sin estar expresamente prohibidas, constituyen una transgresión al contenido esencial de aquel derecho, pudiendo dar lugar también a la consiguiente demanda de resarcimiento.

Así pues, un primer grupo de intromisiones ilegítimas por parte de la empresa viene constituido por todas aquellas actuaciones que tengan por objeto reemplazar el trabajo de los huelguistas, tanto mediante la adopción de medidas de sustitución directa (contratación de trabajadores externos a la empresa –directamente o a través de ETT-, o empleo de los propios trabajadores de la empresa –no huelguistas-, o de medios técnicos en orden a garantizar la continuidad de la actividad productiva de la empresa), como de otro tipo de decisiones organizativas que indirectamente persiguen idéntico objetivo de restar, o incluso de privar por completo de efectividad a la huelga (cambios de turnos, realización de horas extraordinarias...). Por lo que respecta al reemplazo del trabajo de los huelguistas, el artículo 6.5 RDLRT prohíbe que durante la huelga el empresario pueda contratar trabajadores externos a fin de sustituir a los trabajadores huelguistas, salvo algunos casos excepcionales⁴. Obviamente, la justificación de esta

se admitiera que éstas no alcanzan al empresario cuando la restricción del derecho nace de sus mandos directivos”. Y ello teniendo en cuenta, además, la doctrina ya sentada por este mismo Tribunal en el sentido de que “la responsabilidad empresarial, en relación con el ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores no se limita a las consecuencias de la propia conducta, sino que puede abarcar las derivadas de actuaciones de terceros que de él dependan”. En estos términos se pronuncia la STCo de 17 de diciembre de 2007 (RTC 250) en la que se afirma, contextualizado al derecho aquí analizado, que “el empresario no puede considerarse ajeno a las vulneraciones del derecho de huelga que provengan de actuaciones de sus mandos o directivos en el marco de las actividades de su empresa, por lo que debe atribuirse al titular de la empresa la responsabilidad por las actuaciones antihuelga realizadas en dicho marco”.

⁴ En efecto, cabe la sustitución de trabajadores huelguistas cuando ello sea necesario para garantizar la seguridad de las personas y de las cosas, o para el mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas o para la ulterior reanudación de las tareas de la propia empresa, <<ex>> artículo 6.(5) y (7) RDLRT.

Por lo demás, la sustitución de trabajadores ha de entenderse referida también a la que pudiera tener lugar mediante la puesta a disposición por parte de una ETT. En este sentido, el artículo 8 a) de la Ley 14/1994, de de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal excluye la posibilidad de celebrar contratos de puesta a disposición “para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria”.

cortapisa a la libertad de contratación empresarial reside en evitar que el empresario pueda frustrar el sentido y/o el alcance de la huelga, lo cual ocurrirá con total seguridad si le está permitido que el trabajo que debía haberse dejado de hacer con motivo de la huelga siga desarrollándose gracias al empleo de mano de obra nueva contratada con tal fin⁵. Es por ello que el recurso a trabajadores externos para sustituir a los propios seguidores de la huelga fuera de los supuestos excepcionales previstos normativamente constituye una actuación vetada por el ordenamiento jurídico que, de llevarse a cabo, dará lugar al nacimiento de la correspondiente sanción administrativa al empresario⁶ y, en su caso, a la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios ocasionados, bien por parte de los trabajadores en huelga, bien por el sindicato convocante de la misma, bien por ambos a la vez⁷.

⁵ Evidentemente, a la hora de cuantificar la indemnización por daños y perjuicios que pueda tener lugar en estos casos, habrá que ponderar el mayor o menor impacto que el recurso a la contratación de trabajadores externos haya tenido en la huelga. En este sentido, parece obvio que el resarcimiento no puede ser el mismo cuando se sustituye a todos los trabajadores seguidores de la huelga (o a la mayoría de ellos), siendo éstos un número importante, que cuando se contrata a uno sólo sin que dicha circunstancia haya producido efecto “sustitutorio” alguno. Aparte de que en el primer caso cabría reclamar la indemnización tanto por el sindicato convocante de la huelga como por los trabajadores individuales afectados por la sustitución en tanto que en el segundo únicamente parece atendible el resarcimiento a los trabajadores seguidores del paro colectivo, seguramente la cantidad a indemnizar en uno y otro supuesto también debería ser distinta en función de la mayor o menor entidad del daño ocasionado. En este mismo orden de ideas, la doctrina de suplicación ha negado en alguna ocasión el derecho al resarcimiento en determinados supuestos en los que, pese a haber tenido lugar la contratación de trabajadores, dicha circunstancia no ha provocado ningún efecto sustitutorio ni, por ende, ha acontecido el daño que se alega. Ello sucede, por ejemplo, cuando la contratación de personal ajeno a través de una ETT no es para realizar las actividades propias y habituales sino para cubrir unos servicios distintos, que no pertenecen al círculo operativo de la empresa, pero que, debido al desarrollo de un evento extraordinario, deben desarrollarse en las instalaciones propias de la misma. Véase, en este sentido, la STSJ País Vasco, de 12 de julio de 2005 (AS 2846).

⁶ El artículo 8.10 TRLISOS califica esta actuación empresarial como infracción muy grave.

⁷ La posibilidad de reclamar el resarcimiento en estos casos ha sido admitido por nuestros tribunales incluso cuando la contratación <<ex novo>> se lleva a cabo para sustituir a trabajadores en huelga cuyo contrato temporal se extingue durante la misma, aunque en estos supuestos habrá que analizar cada caso particular a fin de determinar si se ha producido o no el pretendido efecto “sustitución”, puesto que no siempre la contratación de nuevos trabajadores en estas circunstancias producirá el resultado (ni tiene por qué buscarlo el empresario) de atenuar o impedir el efecto de presión inmanente a la huelga. En este orden de consideraciones se afirma que “la empresa no puede modificar la situación de paralización a través de nuevas contrataciones, lo que se produce, tanto si se contratan trabajadores que sustituyan a los que permanecen en la empresa, como si se hace para sustituir a los cesados; ya que entenderlo de otro modo equivaldría a que en aquellas empresas en las que la mayor parte de la plantilla la constituyen trabajadores temporales, el derecho de huelga estaría claramente limitado, e incluso podría resultar en la práctica inexistente”. STSJ Galicia de 14 de noviembre de 1996 (AS 3868).

Pero si bien es cierto que el ordenamiento jurídico únicamente prohíbe de manera expresa la sustitución externa mediante el recurso a la contratación de trabajadores <<ex novo>> (artículo 6.5 RDLRT), tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen manteniendo una opinión unánime en cuanto al rechazo de una interpretación basada en exclusiva en el tenor literal de la norma y a la necesidad de recurrir a otros métodos de interpretación histórica, sistemática y teleológica, de manera que la prohibición del RDLRT deba entenderse referida no sólo a los supuestos de contratación <<ex novo>> sino también al recurso a los propios trabajadores de la empresa para sustituir a los huelguistas. En esta línea, el propio TCo reconoce que la sustitución interna durante el transcurso de la huelga puede constituir “el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”⁸. Y es que “como regla general, la libertad de trabajo de los trabajadores no huelguistas no alcanza a consentir, cuando de ello dependa el que éstos puedan continuar trabajando, cambios de contenido, tiempo y lugar de la que haya sido su prestación de servicios hasta la huelga. El interés de los huelguistas a un cierto grado de eficacia del ejercicio de su derecho fundamental prevalece, además de sobre el interés de la empresa, sobre aquella libertad de los no huelguistas y su derecho a la ocupación efectiva”⁹. Así pues, con arreglo a esta doctrina, se considera atentatorio al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas cuando dicha sustitución se adopte, no como medida objetiva necesaria para garantizar la buena marcha de la empresa, sino con el fin de desactivar la presión que resulta inmanente a la huelga¹⁰. Lo cual no significa que el empresario no pueda hacer uso de su poder de dirección respecto de los trabajadores no huelguistas; “lo único que se prohíbe es su ejercicio <<como instrumento para privar de efectividad la huelga>>. Así, por ejemplo, podrían ejercerse los poderes directivos empresariales (de movilidad funcional o geográfica, por

⁸ STCo de 28 de septiembre de 1992 (RTC 123). Vid. también, en parecidos términos, las SSTCo de 12 de febrero de 2007 (RTC 18), o de 28 de marzo de 2011 (RTC 33).

En este mismo orden de consideraciones, la doctrina laboralista ha llegado a afirmar que “la conclusión no puede ser sino la exclusión de cualquier mecanismo de sustitución de los huelguistas fuera de los casos de necesidad que expresamente se recogen”. Valdeolivas García, Y.. *Antisindicalidad y relaciones de trabajo*. Civitas, Madrid, 1994, pág. 383.

⁹ Gárate Castro, J.: *Derecho de Huelga*. Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 160.

¹⁰ STCo de 28 de septiembre de 1992 (RTC 123).

ejemplo) en los casos en que éstos fuesen la única alternativa al ejercicio del derecho de cierre patronal”¹¹.

Dentro de los supuestos de sustitución interna que deben considerarse prohibidos cabe incluir también aquellos en que la sustitución tiene lugar con personas contratadas para suplir a quien falta al trabajo (los denominados cubrebajas/comodín, esto es, los encargados de relevar a los titulares de los puestos en ausencia de los mismos por bajas de enfermedad o accidente, licencias legales, permisos especiales por causas justificadas así como en ausencias esporádicas por turno)¹², pues qué duda cabe que con ello se está haciendo un uso desviado de esta figura al recurrir a este tipo de trabajadores con fines distintos para los que han sido contratados al objeto de minimizar los efectos de la huelga. O también aquellos casos en que la realización del trabajo se lleva a cabo por el propio empresario, o por familiares o amigos siempre y cuando con ello se trate de restar o anular por completo los efectos prácticos perseguidos por la huelga puesto que también en esta hipótesis debe considerarse vulnerado el recíproco deber de buena fe que, como es obvio, resulta exigible también durante el desarrollo del conflicto¹³.

Otro tipo de sustitución que debe considerarse vetada es la efectuada mediante el empleo de medios técnicos que hacen viable la continuidad de la actividad empresarial en prácticamente las mismas condiciones que si la huelga no hubiera tenido lugar. En este caso, no se trata de sustituir a los trabajadores huelguistas mediante mano de obra externa o mediante los propios trabajadores

¹¹ Sala Franco, T. y López García de la Riva, I. *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 63.

¹² STSJ Cataluña de 4 de octubre de 2000 (AS 889). En este supuesto el tribunal llega a la conclusión de que “la empresa al usar de cobretornos contratados con fines ilegítimos para desvirtuar totalmente los efectos de la huelga está vaciando de contenido el derecho a la huelga y por tanto está vulnerando el derecho de los trabajadores y a la par el derecho a la libertad sindical de las organizaciones convocantes del paro”.

¹³ En contra de este criterio se pronunció, no obstante, la STS (Sala Contencioso-Administrativa), de 18 de septiembre de 1997 (RJ 6387). En el caso enjuiciado el TS no apreció vulneración del derecho de huelga al no poder considerarse “como infractor al empresario individual o colectivo que suple con su actividad, desinteresada económicamente, la labor de los huelguistas, o que apela a los servicios benévolos de sus familiares inmediatos”. En términos similares, cabe citar también, STS de 8 de mayo de 1995 (RJ 3752).

En cambio, sí se considera actuación lesiva del derecho de huelga el manejo de la máquina de la empresa por parte del gerente de la misma, “como instrumento para privar de efectividad a la huelga, permitiendo que continuase la actividad de la empresa, y no como medida necesaria para la buena marcha de la empresa (...). Ello atenta el recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante el paro y lesiona gravemente el derecho de huelga”. STSJ País Vasco, de 12 de julio de 2005 (AS 2846).

de la empresa que no han secundado el paro colectivo, sino de que la actividad que venían desempeñando los huelguistas con anterioridad al conflicto pueda ser suplantada mediante recursos de índole técnica. Se trataría de una especie de “sustitución técnica” o de “esquirolaje tecnológico” o “virtual”¹⁴. Pues bien, pese al silencio normativo, creo que esta suerte de actuaciones empresariales también deben considerarse ilícitas si con ello lo que se pretende es eliminar o atenuar sobremanera los efectos de la huelga. Y es que aun cuando no quepa ignorar que el empresario tiene derecho, en base a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE, a organizar sus recursos de la manera que mejor le convenga (y, por tanto, a organizar la producción de forma que los efectos de la huelga sean lo menos perjudiciales posibles), esta facultad no está exenta de restricciones, más aún cuando entra en conflicto con un derecho fundamental como es el caso aquí analizado. Desde esta perspectiva, se podría decir que el derecho de huelga debe ser considerado también como derecho a limitar la libertad del empresario¹⁵. Adviértase, en este sentido, que cuando el ejercicio del poder directivo empresarial “se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga (...) deja inermes a los trabajadores (...) y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial”¹⁶. Y ello es lo que ocurre precisamente en los supuestos en que la empresa utiliza los medios técnicos que tiene a su alcance para garantizar que la actividad productiva siga su curso, minimizando o incluso abortando por completo los efectos que se tratan de alcanzar con el paro colectivo. En suma, el uso de recursos técnicos para reemplazar el trabajo de los huelguistas debe ser considerado también una conducta prohibida. Existen diversos argumentos que avalan dicha conclusión. De un lado, cabe traer a colación la doctrina que ha ido sentando el propio TCo en relación al significado y alcance del derecho de huelga, en particular, en lo que concierne al contenido esencial de este derecho que, según el Alto Tribunal, no se concreta sólo en garantizar la cesación en el

¹⁴ Como sustitución técnica lo denomina Alarcón Caracuel en el voto particular que emite a la STS de 20 de diciembre de 2012 (RJ 6841). La expresión “esquirolaje virtual” se debe a Sanguinetti Raymond, W.: *Los empresarios y el conflicto laboral...*, op. cit., pág. 59. Como “sustitución virtual” califica estos supuestos Martín Jiménez, R.: “Sustitución virtual de trabajadores en huelga. (Comentarios a la STS 4ª, de 27 de septiembre de 1999)”. La Ley, T.I (2000).

Sobre estos casos de sustitución del trabajo humano por medios técnicos, pueden consultarse, por ejemplo, sendas SSTSJ Cataluña, de 9 de marzo de 1998 y 9 de enero de 2003 (AS 1509 y 445, respectivamente).

¹⁵ STCo de 8 de abril de 1981 (RTC 11).

¹⁶ STCo de 28 de septiembre de 1992 (RTC 123). Aunque en la sentencia citada lo que se analiza es un supuesto de esquirolaje interno, considero que estos argumentos son perfectamente trasladables al caso de la sustitución del trabajo a través del recurso a “medios técnicos”.

En este mismo orden de ideas, cabe citar la STCo de 21 de marzo de 1984 (RTC 41).

trabajo, sino también en la consecución de una cierta eficacia a la medida de conflicto colectivo adoptada¹⁷. Como razona el Alto Tribunal, la búsqueda de la eficacia de la huelga de cara a su finalidad constituye elemento imprescindible del ejercicio del derecho de huelga, no sólo por obvias razones de hecho, sino también como consecuencia del principio que reclama la efectividad de los derechos¹⁸. ¿De qué sirve, si no, reconocer el derecho a cesar en el trabajo si con ello no se garantiza la más mínima posibilidad de ejercer la presión necesaria en orden a alcanzar los objetivos perseguidos por la huelga? Mantener que el contenido esencial del derecho de huelga se agota en la garantía de que el trabajador pueda cesar temporalmente en el trabajo sin que ello le reporte sanción alguna, es sostener una visión meramente formal de dicho derecho que resulta de todo punto inadmisibles a la luz del interés jurídico que se pretende proteger a su través. Esa visión puramente formal del derecho de huelga choca frontalmente con la noción del Estado Social del Derecho. Por otro lado, es posible aducir también en este ámbito el criterio interpretativo que, según el Alto Tribunal, debe hacerse valer en materia de derechos fundamentales, en el sentido de que en la relación entre el derecho y su límite posible (y qué duda cabe que el respeto a la libertad de empresa es un límite al derecho de huelga) “el criterio de interpretación debe ser el de la mayor amplitud posible del derecho y la restricción del límite a lo necesario”¹⁹. Lo cual se traduce, para el caso que nos ocupa, en que ante un eventual conflicto entre el derecho de huelga y la libertad de empresa y siendo, además, el primero un derecho fundamental y la segunda un derecho cívico, es el derecho de huelga el que debe prevalecer. En relación con lo anterior, no cabe tampoco perder de vista el distinto trato que recibe el derecho de huelga y la libertad de empresa en la CE, quedando investido aquél como derecho fundamental y esta última como mero derecho cívico. En atención a ello, no parece razonable que se pueda defender que un derecho cívico sea capaz de impedir el ejercicio de un derecho fundamental. Así lo ha puesto de manifiesto en alguna ocasión el propio TCo²⁰.

¹⁷ SSTCo de 8 de abril de 1981, y 28 de septiembre de 1992 (RTC 11 y 123). En este mismo orden de consideraciones, afirma también el Alto Tribunal, al analizar el contenido y alcance de los servicios mínimos en huelgas en servicios esenciales de la comunidad que la garantía de dichos servicios “n puede significar que se exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar el funcionamiento normal del servicio pues la huelga ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente ala empresa, en principio destinataria del conflicto”. STCo de 19 de junio de 2006 (RTC183).

¹⁸ STCo de 21 de marzo, de 1984 (RTC 41).

¹⁹ Por todas, STCo de 19 de junio de 2006 (RTC 184).

²⁰ *Ibidem*. Si bien el TCo hizo esta afirmación en relación con el cierre patronal como medida de conflicto colectivo distinta a la huelga (reconocido como derecho de los ciudadanos en el artículo 37.1 CE), este razonamiento es perfectamente exportable al caso que ahora nos ocupa.

Por consiguiente, de conformidad con los argumentos anteriores, y pese a no existir una norma que lo prohíba explícitamente, no parece difícil sostener que la sustitución “virtual” de los trabajadores en huelga constituye, asimismo, una conducta empresarial ilícita si con ello se pretende restar sustancialmente o privar por completo de efectividad a la misma²¹. Y es que una cosa es que a través del recurso a los medios técnicos de que dispone la empresa se trate de evitar que la huelga provoque los mayores daños posibles, y otra muy distinta que con ello se persiga una sustitución (encubierta) de los trabajadores huelguistas, neutralizando la capacidad de presión que resulta connatural a la misma²². En fin, el artículo 6.5 RDLRT debe ser interpretado desde un punto de vista finalista a la luz de la realidad social actual, lo cual lleva a interpretar que junto al supuesto de sustitución de trabajadores mediante la celebración de

²¹ Cuestión que habrá que analizar caso a caso, aun cuando no cabe ignorar que la doctrina jurisprudencial mayoritaria viene siendo reacia a admitir que también en estos casos se infringe el derecho de huelga. Así, en la STS de 15 de abril de 2005 (RJ 4513) se sostiene que no se vulnera el artículo 6.5 RDLRT cuando se emiten los informativos el día de la huelga pero para ello no se acude ni a trabajadores externos, ni a los asignados en servicios mínimos, ni tampoco se utilizan medios distintos de los que habitualmente se usan para llevar a cabo tales tareas informativas. Considerando, asimismo, que no existe “sustitución” cuando se mantiene parcialmente la programación, puede verse la STS de 4 de julio de 2000 (RJ 6289). O también la STS de 27 de septiembre de 1999 (RJ 7304), en la cual se considera que no cabe entender que por parte de la empresa se ha vulnerado el derecho de huelga cuando la misma no pueda evitar la continuidad de su actividad, como puede ocurrir en el ámbito de la programación televisiva en el que las emisiones están preprogramadas con anterioridad a la fecha de convocatoria de la huelga; dándose la circunstancia particular, en el caso enjuiciado, de que la retransmisión del partido de fútbol el día de la huelga (que la empresa no pudo evitar por estar preprogramada la retransmisión) no se hizo con entera normalidad, al llevarse a cabo sin comentario ni sonido alguno, ni publicidad, por lo que el propósito de la huelga sólo podía considerarse frustrado en parte.

Vid. también sobre esta materia, las SSTSJ Cataluña, de 9 de marzo de 1998 y 9 de enero de 2003 (AS 1509 y 445, respectivamente).

En cualquier caso, no coincido con quienes opinan que la “sustitución” no permitida por el ordenamiento jurídico requiere intervención de trabajadores, pues entiendo que lo que se pretende salvaguardar con esta prohibición es la falta de producción de bienes y/o servicios (total o parcial) durante el paro colectivo como medida de presión hacia la empresa, objetivo que puede verse frustrado (y, con ello, por ende también la huelga) tanto si el proceso productivo prosigue con normalidad mediante el recurso a mano de obra (externa o de la propia empresa), como si se consigue haciendo uso de instrumentos de tipo técnico. Defendiendo aquel criterio, puede citarse a Martín Jiménez, R., “Sustitución virtual...”, op. cit., pág. 801.

²² La sustitución “técnica” debe considerarse vetada de conformidad con una interpretación analógica del artículo 6.5 RDLRT que prohíbe únicamente la sustitución “personal”, pues el resultado en uno y otro caso es el mismo. El hecho de que dicho precepto no contemple este otro supuesto tan sólo puede obedecer al hecho de que en la década de los 70 esta modalidad de sustitución resultaba difícil de imaginar, pero en la actualidad no resultará una práctica empresarial en absoluto extraña.

nuevos contratos de trabajo, existen otras situaciones similares que producen análogos efectos de reemplazo del trabajo que deja de prestar el huelguista con motivo del conflicto, como ocurre en los supuestos de sustitución “mecánica” o “tecnológica” y que, por tanto, también estas hipótesis deben considerarse prohibidas.

Junto a todos estos supuestos de sustitución más o menos directa existen otras modalidades de actuación empresarial que, sin estar taxativamente prohibidas en la ley (tampoco la sustitución interna ni la técnica lo están, como ya se ha visto), pueden considerarse, asimismo, sustituciones que aun cuando “encubiertas” son susceptibles de contrariar igualmente el derecho de huelga. Me estoy refiriendo a aquellas situaciones en las que, sin proceder a la contratación de trabajadores externos ni a la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de la empresa que no secundan la huelga (o por terceras personas que, sin ser trabajadores, mantienen algún vínculo con la misma -familiares, amigos...-), o al recurso de medios técnicos, la empresa utiliza diversas medidas que producen el mismo efecto de privar de efectividad a la huelga como sucede, por ejemplo, con la realización de horas extraordinarias en momento previo a la huelga a instancias de la empresa²³; la orden empresarial de aplicar el doble de la medicación el día anterior a la misma²⁴; la modificación del sistema de turnos de la empresa durante la duración de la huelga²⁵; los desvíos del trabajo de un centro a otro de la misma empresa; o la sustitución que puede tener lugar por la subcontratación de trabajos mientras dure la huelga²⁶.

Además de los supuestos analizados de sustitución del trabajo de los huelguistas, llevada a cabo de forma directa o indirecta, el derecho de huelga también puede verse vulnerado como consecuencia de otro tipo de conductas empresariales de naturaleza muy diversa.

Dentro del fenómeno de la contratación o subcontratación de obras y servicios, existen prácticas empresariales capaces de provocar vulneraciones al derecho de huelga, pudiendo adoptar dichas prácticas dos formas distintas según que la huelga afecte a la empresa principal o a la subcontratista. Tratándose de la primera hipótesis, puede considerarse lesivo al derecho de huelga aquella actuación de la empresa (principal) consistente en que, durante el transcurso de la misma, se proceda a la celebración de una subcontratación de obras y servicios, o al reforzamiento de la contrata, en ambos casos con el fin de que el trabajo

²³ STSJ Madrid de 16 de noviembre de 1992 (AS 5709).

²⁴ S. Juzgado de los Social nº 4 de Sevilla, de 16 de septiembre de 2002 (AS 3155).

²⁵ STSJ Galicia de 17 de diciembre de 2011 (AS 158).

²⁶ STSJ Baleares de 12 de diciembre de 1996 (AS 4062).

abandonado con motivo del paro en la empresa principal sea asumido por los trabajadores pertenecientes a la empresa subcontratista. Por su parte, cuando la huelga tiene lugar en la empresa subcontratista, también puede contrariar el derecho de huelga la opción llevada a cabo por la empresa principal de desplazar, en tanto dure la huelga, el trabajo que correspondería desarrollar a los trabajadores huelguistas de la empresa subcontratista hacia otra empresa subcontratista, o hacia sus propios trabajadores²⁷. Si acaso, como excepción a este supuesto, cabría traer a colación el caso de empresas que recurren a la contratación con otra empresa a fin de garantizar el cumplimiento de los servicios mínimos, tratándose de empresas que prestan servicios esenciales para la comunidad²⁸.

Como intromisiones ilegítimas por parte de la empresa cabe hacer mención, asimismo, de determinadas actuaciones relacionadas con la prohibición legal de que, durante el conflicto, la misma recurra al cierre patronal como respuesta al legítimo ejercicio del derecho de huelga, y no como “ejercicio de un poder de policía para asegurar la integridad de las personas, los bienes y las instalaciones”, únicos supuestos que en estas circunstancias justificarían el legítimo recurso al cierre patronal²⁹. Y es que no puede perderse de vista que en tanto la huelga se erige en derecho fundamental, el cierre patronal constituye un simple derecho cívico, por lo que “en todos aquellos casos en que el “lock-out” o cierre patronal vacía de contenido el derecho constitucional de hacer huelga o se alza como barrera que lo impide, el “lock-out” no puede considerarse como lícito, porque un simple derecho cívico impide un derecho fundamental”³⁰.

²⁷ Estos supuestos pueden verse en la STSJ País Vasco, de 26 de octubre de 2012 (AS 2520).

²⁸ En este orden de ideas, algún autor ha manifestado que no es contraria a la prohibición de esquirolaje externo prevista en el artículo 6.5 RDLRT la sustitución por la empresa principal de los trabajadores de la empresa contratista en huelga responsables de llevar a cabo los servicios mínimos, en aquellos casos en que el objeto de la contrata concertada con la empresa principal fuese la realización de un servicio esencial para la comunidad. Vid., en este sentido, Sala Franco, T. y García de la Riva, I.: *Los mecanismos empresariales...*, op. cit., págs. 87 y ss.

²⁹ En atención a lo dispuesto en el artículo 12.1 RDLRT los empresarios sólo podrán proceder al cierre del centro de trabajo en caso de huelga cuando exista notorio peligro de violencia para las personas, o de daños graves para las cosas, o tenga lugar una ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias o peligro cierto de que ésta se produzca, o, en fin, cuando el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción. Analizando los casos en que procede el recurso al cierre patronal durante la huelga, puede consultarse las SSTSJ Asturias de 30 de diciembre de 2004 y de 11 de febrero de 2011 (AS 2098 y 949, respectivamente); o TSJ Navarra, de 10 de marzo de 2008 (AS 1902). Como se afirma en la STSJ Castilla y León/Burgos, de 2 de junio de 1997 (AS 2337), no es lícita la conducta de la empresa consistente en proceder al cierre de la misma los días señalados para llevar a cabo la huelga, dado que esta conducta impide a los trabajadores el ejercicio de su derecho de huelga.

³⁰ STCo de 8 de abril de 1981 (RTC 11).

Las lesiones al derecho de huelga pueden también tener su origen en la realización de determinados actos coercitivos por parte de la empresa (muchas veces de carácter previo a la celebración de aquélla) con clara finalidad conminatoria mediante amenazas veladas (o explícitas) de despido, o con expresión de la intención de adoptar medidas disciplinarias contra quienes se sumen a la huelga. Este tipo de actuaciones susceptibles de incidir en el ánimo del trabajador hasta el punto de hacerle desistir de su participación en la huelga constituyen una intolerable intimidación y coacción que no pueden ser amparadas de ningún modo desde una perspectiva jurídico-constitucional³¹.

Igualmente, el despido del trabajador motivado por la participación en una huelga (legal) constituye una actuación ilegítima empresarial que debe conllevar la calificación judicial de nulidad del acto extintivo (con la obligación de readmitir al trabajador y de abonarle los salarios de tramitación correspondientes)³². E igual calificación jurídica merecen todas aquellas decisiones empresariales que, bajo el disfraz de un legítimo ejercicio del poder directivo (movilidad funcional, traslado, modificación sustancial de condiciones de trabajo...), lo que esconden en realidad es la voluntad empresarial de represalia como respuesta al ejercicio del derecho de huelga³³.

³¹ Al análisis de estas cuestiones se dedican, entre otras, la STS de 23 de diciembre de 2003 (RJ 2004), o también, la STSJ Aragón de 1 de abril de 2002 (AS 1965).

³² Sobre despidos declarados nulos de profesores de religión en centros públicos a los que no se renovaba el contrato como consecuencia de su afiliación sindical y de su participación en huelgas, pueden verse, entre otras, las SSTS de 14 de enero, 2 de febrero, 6 de mayo y 23 de septiembre, todas ellas de 2009 (RJ 1713, 2178, 2637 y 6184, respectivamente).

Por parte del TCo se ha llegado a idéntica solución de calificación de nulidad del despido cuando la extinción de los contratos tiene lugar en el seno de una empresa contratista que aduce como causa del despido la rescisión por parte de la empresa principal del contrato de arrendamiento de servicios, existiendo suficientes indicios de que los despidos han tenido lugar a raíz de la participación del trabajador en una huelga para reivindicar mejoras en las condiciones de trabajo y habiendo denunciado éste la existencia de una cesión ilegal. Estos pronunciamientos, pueden verse en sendas SSTCo, de 19 de octubre de 2010 (RTC 75 y 76). Dichas sentencias se limitan a declarar la nulidad del despido en estos casos, pero sin determinar los concretos efectos ligados a dicha calificación ni otras consecuencias adicionales, pues como el propio Tribunal reconoce resulta difícil que pueda obligarse a la empresa contratista a la readmisión del trabajador en un puesto de trabajo inexistente como consecuencia de la decisión de la empresa principal. De este modo, el TCo traslada al Juzgado de lo Social competente la decisión sobre si la readmisión es posible y, de no serlo, determinar la indemnización que procediera entonces abonar al trabajador, así como los salarios de tramitación, y la responsabilidad de las empresas concernidas en orden a la reparación de los derechos fundamentales que entiende lesionados (en particular, el derecho de huelga y a la tutela judicial efectiva –desde su perspectiva de garantía de indemnidad-). Así pues, se infiere la existencia de responsabilidad por parte de la empresa principal y de la contratista, aunque no se define en qué se traduce la misma.

³³ Así, por ejemplo, el cambio de funciones operado a una trabajadora, tras participar en una huelga de la empresa, que venía desempeñando sus funciones en el departamento de contabilidad,

Como acto de represalia debe considerarse igualmente el consistente en la extinción de los contratos de trabajo de obra o servicio de los trabajadores que prestan sus servicios en la empresa subcontratista, de duración coincidente con la de la propia contrata, a raíz de la rescisión de la contrata por parte de la empresa principal motivada por la huelga que mantienen los trabajadores de la subcontratista. Y ello, como sostiene el TCo y también algún sector de la doctrina, aun cuando no haya existido connivencia entre la empresa principal y la subcontratista³⁴. A este respecto, téngase en cuenta que las garantías de indemnidad que la CE y el ordenamiento legal contemplan como salvaguarda al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los trabajadores, también resultan de aplicación en el ámbito de los fenómenos de subcontratación de obras y servicios, pues “de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que éstas alcancen únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla”³⁵.

También determinadas decisiones empresariales en materia retributiva pueden esconder sanciones indirectas al derecho de huelga. Ello ocurre, principalmente, con la imposición de las denominadas primas antihuelga cuya percepción y cuantía se hagan depender en exclusiva del nivel de participación que haya tenido el trabajador en los paros colectivos que puedan haber tenido lugar durante el período de devengo de aquélla, de modo que tal participación pueda

donde llevaba el control de los bancos, y a la que se relega al archivo y a la realización de tareas auxiliares que no realiza ningún trabajador de su misma categoría profesional (Oficial de 1ª administrativo), dejándole de pasar las llamadas telefónicas y sin que conste razón técnica, estructural, económica u operativa. STSJ Galicia, de 8 de mayo de 1998 (AS 5893). Igualmente, el desistimiento empresarial durante el período de prueba motivado por el ejercicio del derecho de huelga, o también la denegación de la petición de la trabajadora de transformar el contrato de trabajo a tiempo parcial en otro a tiempo completo. Sobre lo primero, vid. Gárate Castro, J.: *Derecho de...*, op. cit., pág. 147.

Sobre lo segundo, puede consultarse la STCo de 6 de mayo de 1997 (RTC 90) en la cual la empresa deniega la petición de la trabajadora de transformar el contrato de trabajo a tiempo parcial en trabajo a tiempo completo, habiendo quedado acreditado que la trabajadora había participado en una huelga general y que la empresa había realizado nuevas contrataciones así como transformaciones de contrato con otras trabajadoras.

³⁴ Vid., en este sentido, SSTCo de 19 de octubre de 2010 (RTC 75 y 76). Por parte de la doctrina, puede citarse a Gárate Castro, J.: “*Derecho de...*”, op. cit., pág. 162.

³⁵ En este sentido se pronuncia la STCo de 19 de octubre de 2010 (RTC 75). Con criterio similar, cabe traer a colación la STCo de 19 de octubre de 2010 (RTC 76).

En estos términos se expresa Gárate Castro, J.: *Derecho de...*, op. cit., pág. 162.

llevar consigo la pérdida total de la prima o su disminución más allá de la parte proporcional a las ausencias por huelga³⁶. Este tipo de primas contrarían el derecho de huelga en la medida en que disuaden al trabajador del ejercicio de dicho derecho fundamental albergando, de este modo, una suerte de sanción indirecta. Caso distinto es el establecimiento de primas de asistencia o antiabsentismo cuya percepción e importe se condicionan a la no superación de determinados índices de absentismo dentro del período al que quede referido su devengo, figurando entre las ausencias computables las que tienen lugar por motivos de huelga pero también otras que tienen lugar por causas distintas. En relación con este tipo de cláusulas, como ha tenido oportunidad de señalar el TCo, no se advierte restricción o renuncia algunas al ejercicio del derecho de huelga, alejándose así de las primas antihuelga, y ello “en la medida en que la prima (antiabsentismo) no está directa y únicamente conectada al ejercicio del derecho de huelga, ni se pierde por el mero hecho de cualquier ausencia por huelga. No es un incentivo que trate de recompensar la autolimitación a participar en la huelga, otorgando a ésta un efecto negativo mayor que el que cabe atribuir en razón a la proporcionalidad de los sacrificios. El incentivo paccionado, antes bien, constituye un instrumento disuasorio de las ausencias laborales, que no grava especialmente la pérdida del tiempo empleado por el trabajador en la huelga”. Además, “la cláusula es también respetuosa con el principio de proporcionalidad que impone no establecer al trabajador huelguista un sacrificio superior al correspondiente a la duración de la huelga”, puesto que no hay por qué cohonestar el devengo o la pérdida de la prima, o su cuantía, con las ausencias por huelga³⁷. De esta doctrina se desprende que la adecuación constitucional de este tipo de cláusulas, en relación a su compatibilidad con el

³⁶ En esta materia debe tenerse en cuenta la aplicación del principio de proporcionalidad según el cual los descuentos salariales a aplicar con motivo de la participación en una huelga deben ajustarse rigurosamente a la duración de la misma. Principio, pues, que se aviene mal con las denominadas primas antihuelga al suponer éstas unos efectos que van más allá de la citada proporcionalidad, llevando aparejadas consecuencias más amplias a las que derivarían de la aplicación estricta de aquél principio. Un análisis in extenso sobre esta cuestión puede verse en García Blasco, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*. Bosch, Barcelona, 1983, págs. 208 y ss. O también, Goerlich Peset, J.M.: *Los efectos de la huelga*, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 24 y ss.

Análogas a las primas antihuelga son las primas de asiduidad que gratifican el antiabsentismo mediante la concesión de días de descanso adicionales a los que se está obligado por ley. También para este tipo de primas juega el principio de proporcionalidad, de manera que su aplicación no puede conllevar la pérdida o la reducción más allá de la parte proporcional a las ausencias so pena, en otro caso, de vulnerar el derecho de huelga.

³⁷ En estos términos se expresa el TCo en la sentencia de 14 de junio de 1993 (RTC 189). Idénticos razonamientos utiliza la STSJ Cataluña de 31 de julio de 1993 (AS 3611), al dilucidar sobre la validez de un plus de asistencia pactado en convenio colectivo.

derecho de huelga, queda a salvo única y exclusivamente cuando el nacimiento y su cuantía no se hagan depender sólo de las ausencias al trabajo ocasionadas por la huelga, y siempre y cuando también la incidencia que pueda tener la huelga en la hipotética pérdida o disminución de tal incentivo no resulte distinta a la prevista para el resto de ausencias computables.

De igual modo, la retirada por parte de la empresa de carteles anunciadores de la huelga puestos fuera de los tablones de anuncios que aquélla tiene habilitados para uso de los sindicatos, constituye una conducta contraria al derecho fundamental de huelga al limitar este derecho en su dimensión colectiva³⁸

Por lo demás, el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, cuando la empresa se excede en su cumplimiento manteniéndose la actividad normal de la organización productiva, puede también dar lugar al vaciamiento del contenido del derecho de huelga, y por ende, al derecho a solicitar el resarcimiento correspondiente³⁹. E iguales efectos tienen lugar cuando la empresa obliga incorrectamente a trabajar a determinados trabajadores (huelguistas) en los servicios mínimos⁴⁰. O, en relación con los servicios de seguridad y mantenimiento, cuando aquélla amplía de forma unilateral los previstos o destina para cubrir los mismos a trabajadores distintos a los designados inicialmente.

En fin, cabe apreciar también vulneración del derecho de huelga cuando durante el transcurso de la misma se impide el acceso a la empresa a algún trabajador miembro del comité de huelga, privándole de este modo la posibilidad de llevar a cabo los cometidos que le son propios, en esencia, informar a los trabajadores no huelguistas, comprobar que la empresa cumple la normativa vigente no sustituyendo a los huelguistas por otros trabajadores, y procurar el conocimiento de datos para alcanzar una solución al conflicto⁴¹.

³⁸ Así lo declara la STSJ Comunidad Valenciana de 2 de febrero de 2011 (AS 1390).

³⁹ Sirva como paradigma, en este sentido, la STS de 16 de marzo de 1998 /RJ 2993). Por su parte, también la más reciente STS de 11 de junio de 2012 (RJ 6841) entiende vulnerado el derecho de huelga por parte de la empresa al rebasar ésta el límite de los servicios esenciales decretados por la correspondiente orden gubernativa.

⁴⁰ Sobre este caso, puede consultarse la STSJ Navarra de 8 de junio de 2005 (AS 2248).

⁴¹ Vid. sobre este supuesto, STSJ País Vasco, de 14 de septiembre de 2004 (AS 3894).

3. LAS DISTINTAS VÍAS DE TUTELA FRENTE A ACTOS EMPRESARIALES LESIVOS DEL DERECHO DE HUELGA⁴²

Junto a la tutela sancionadora (administrativa o penal) prevista para los supuestos de vulneración del derecho de huelga, la víctima del derecho fundamental lesionado puede instar la tutela reparadora, mediante la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios. Aun partiendo de la base de que ninguna de estas modalidades de tutela resulta plenamente satisfactoria a los intereses de la víctima, no puede negarse que entre la tutela sancionadora y la reparadora, la primera de ellas es la menos atractiva desde el punto de vista del trabajador y/o del sindicato afectados, toda vez que a su través ni se restituye el derecho de huelga lesionado ni tampoco se resarcan los daños ocasionados, quedando limitado su objeto a aplicar la sanción que corresponda al sujeto infractor y, si acaso también, a tratar de provocar cierto efecto disuasorio frente a posibles futuras conductas ilícitas. Dentro de la tutela sancionadora, cabe distinguir, a su vez, entre la administrativa y la penal, reservándose esta última para los casos atentatorios del derecho de huelga que revisten una mayor gravedad. Por lo que atañe a la tutela administrativa, como se sabe el TRLISOS contempla tres conductas distintas susceptibles de generar la consiguiente responsabilidad sancionadora. De una parte, el artículo 7.10 TRLISOS tipifica como infracción grave en materia de relaciones laborales “los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores” (entre los cuales, como es sabido, se encuentra el de huelga). Asimismo, el artículo siguiente, preceptúa como muy grave “los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento”. Infracción que tiene lugar también cuando la “sustitución” se efectúa a través de una ETT, tal como prevé el artículo 19.3.a) de este mismo cuerpo normativo calificando, asimismo, como muy grave en relación con las empresas usuarias “los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores en huelga por otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal”. Por último, el artículo 8.12 TRLISOS considera como muy grave el ilícito administrativo consistente

⁴² Aunque en materia de tutela del derecho de huelga puede también intervenir la jurisdicción contencioso-administrativa en litigios, por ejemplo, que versen sobre la tutela del derecho de huelga de los funcionarios públicos o de impugnación de decretos gubernativos de servicios mínimos en casos de huelgas que afectan a los servicios esenciales de la comunidad, en este apartado se analizan únicamente los instrumentos de tutela que competen a la jurisdicción laboral, además de una breve mención a la tutela penal y a la administrativa.

en la adopción por parte de la empresa de decisiones unilaterales “que impliquen discriminación por razón de la adhesión a los acuerdos de los sindicatos” (entre las que cabe contar con las referentes a una convocatoria de huelga).

Por lo que respecta a la tutela penal, el artículo 315.1 CP prevé lo siguiente: “serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga”. Nos encontramos, pues, ante un tipo delictivo impropio en el que pueden tener cabida tanto conductas que comportan una acción como aquellas otras constitutivas de omisión, pero en las que necesariamente ha de concurrir el requisito del dolo (a ello responde el requisito de que deba mediar engaño o abuso de situación de necesidad)⁴³.

Centrando la atención en la tutela reparadora, la reclamación de la indemnización que pueda derivar en estos casos se canalizará generalmente a través del proceso de tutela de derechos fundamentales (artículos 177 a 184 LRJS), aunque tampoco resulta descartable que dicha reclamación pueda plantearse en un proceso ordinario, o en la modalidad procesal que corresponda cuando la huelga haya dado lugar al despido del trabajador (o a la aplicación de una modificación de las condiciones del contrato o de una movilidad –funcional o geográfica- haciendo un uso desviado del poder organizativo empresarial)^{44 45}.

⁴³ Reconociendo la existencia de este ilícito penal, puede consultarse la SAP Lugo (Sección 1ª), de 21 de mayo 2002 (ARP 465), en la cual tras reconocer la existencia de una difusa frontera entre el ilícito administrativo y el penal, se afirma que este último contempla modos comisivos consistentes en la concurrencia de engaño o de abuso de situación de necesidad, requisitos que concurren en el supuesto de autos en el que el empresario dejó sin contenido a la huelga procediendo al despido de varios trabajadores huelguistas y a la contratación de trabajadores externos a la empresa para reemplazar a los primeros (esquirolaje externo), existiendo, además, engaño al pretender justificar los actos obstativos a la huelga con una asamblea de trabajadores inexistente mediante la cual se pretendía conseguir la desconvocatoria de la huelga (por quienes, en puridad, no podían hacerlo al tratarse de trabajadores que no la estaban siguiendo y que habían sido contratados para reemplazar a los huelguistas), a cuyo efecto se les presentó un documento que fue suscrito por los trabajadores siguiendo instrucciones del empresario y no por su libre y consciente iniciativa.

⁴⁴ Por consiguiente, en tales casos, los procesos de despido, de modificación sustancial y de movilidad geográfica también pueden constituir una vía procesal adecuada para brindar una tutela reparadora a la víctima, cuando las actuaciones que se persiguen se concreten, precisamente, en el ejercicio arbitrario y desviado de estos poderes empresariales.

Por lo demás, téngase en cuenta que, por un lado, la LRJS prohíbe la acumulación en un mismo juicio de las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (...), las de movilidad geográfica (...), o de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores y las de tutela de derechos funda-

Asimismo, dicha indemnización también podrá reclamarse en el seno de un procedimiento penal cuando la lesión del derecho de huelga pueda haber sido fruto de la comisión de un delito o falta que dé lugar a la correspondiente responsabilidad en el ámbito penal⁴⁶.

A pesar de la existencia de todos estos cauces procesales a fin de poder reclamar la reparación de los daños ocasionados como consecuencia de aquellos actos que puedan resultar ofensivos al derecho de huelga, lo más pertinente será el recurso a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales que tiene por objeto precisamente reclamar la tutela del derecho fundamental presuntamente vulnerado, así como la reparación de los daños y perjuicios que dicha

mentales y libertades públicas (artículo 26.1). Las demandas por cualquiera de estas causas en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas. Y que, por otro lado, dicha prohibición de acumulación se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar en los anteriores juicios, cuando deban seguirse dichas modalidades procesales, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas y demás pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela de tales derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 26.2 y 184).

Atinente a esta regulación llama la atención lo que ya apuntara algún autor en cuanto al efecto que la misma produce, en el sentido de que el conocimiento de presuntas vulneraciones graves de derechos fundamentales tenga lugar fuera de la modalidad procesal específicamente diseñada para ello. En este orden de ideas, se señala que “la consecuencia más evidente de esta regulación es que el proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales ve reducido extraordinariamente su ámbito en relación con materias que tienen previsto un procedimiento especial para su conocimiento, cuando precisamente son algunas de las conductas o comportamientos incidentes en los ámbitos excluidos (significativamente, el despido o la extinción del contrato) los agentes productores de buena parte de las lesiones, y aún de las más graves, que padecen tales derechos constitucionales”. Cavas Martínez, F.: *El Proceso Laboral de Tutela de la Libertad Sindical y demás Derechos Fundamentales*. Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 144.

⁴⁵ Para el caso de que no se hubieren producido daños susceptibles de indemnización, también cabe plantear por el afectado una acción declarativa reclamando la calificación del acto empresarial como lesivo del derecho de huelga. Petición, que, de afectar a un colectivo genérico de trabajadores, puede instarse mediante un proceso de conflictos colectivos regulado en los artículos 153 y ss LRJS. Piénsese, por ejemplo, en el anuncio de una futura huelga que el empresario considera “ilegal”. El órgano de representación legal o sindical de los trabajadores podrían estar interesados en solicitar por esta vía un pronunciamiento judicial aclarando la legalidad de la misma.

⁴⁶ En efecto, no conviene perder de vista la posibilidad de solicitar y obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados derivados del delito <<ex>> artículo 116.1 CP, a cuyo tenor “toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”. Ahora bien, si tal fuera el caso, hay que tener presente que la acción de daños y perjuicios derivada del delito o falta que ha sido ejercitada en un procedimiento penal no podrá reiterarse ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme (artículo 183.4 LRJS).

lesión haya podido comportar, y cuya tramitación, no se olvide, tiene carácter “preferente” y “sumario”. No parece dudoso, por tanto, que el medio de tutela de los derechos fundamentales, y entre ellos el de huelga, que mejor puede garantizar una efectiva reparación de la lesión ocasionada (cuando el supuesto de hecho no vaya acompañado de la pérdida del empleo o de cualquier otra medida organizativa empresarial desviada) es precisamente el recurso al proceso de tutela de los derechos fundamentales. Así pues, la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la conducta empresarial lesiva del derecho de huelga se canalizará generalmente a través de este proceso, cuyo objeto cognitivo, como se ha dicho, no se agota en dilucidar acerca de la presunta lesión del derecho fundamental, sino que se extiende también a la valoración de los daños producidos y a la determinación del quantum indemnizatorio que, en estos casos, pueda corresponder a la víctima. A esta idea responden los distintos preceptos de la Ley Rituaria que regulan esta modalidad procesal al exigir que en la demanda se exprese la cuantía de la indemnización pretendida (artículo 179.3 LRJS), y que en la sentencia que declare la existencia de vulneración del derecho fundamental, el Juez deba pronunciarse sobre el quantum indemnizatorio que proceda en estos casos.

4. EL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS COMO VÍA PARA RECLAMAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR ACTOS DE LA EMPRESA LESIVOS DEL DERECHO DE HUELGA

Como se acaba de apuntar, el proceso de derechos fundamentales y libertades públicas parece el más adecuado cuando se trata de dilucidar si ha habido o no vulneración del derecho de huelga y se pretende la reparación de los daños que, en su caso, se hayan causado por ello. De conformidad con el objeto de este proceso, y en relación con el tema que nos ocupa, goza de legitimación activa para promover el mismo cualquier trabajador o sindicato que considere lesionado su derecho de huelga⁴⁷. Si la conducta empresarial se entiende vulneradora del derecho de huelga de un trabajador individual, será éste el legitimado para

⁴⁷ Pese a que los actos lesivos del derecho de huelga pueden afectar a órganos colectivos distintos del sindicato, singularmente a los órganos de representación unitaria –comités de empresa- (el cual, como se sabe, también goza de titularidad para convocar la huelga) o al propio comité de huelga, la praxis judicial pone de manifiesto que la mayor parte de las demandas en estos casos son instadas por los propios trabajadores, a título individual, o por las organizaciones sindicales. El hecho de que sea harto infrecuente el planteamiento de demandas en estos asuntos

interponer la correspondiente demanda. Ahora bien, si la actuación empresarial que se presume contraria al derecho de huelga afecta a intereses de carácter colectivo, la legitimación corresponderá al sindicato que pueda resultar afectado. Y es que siendo la huelga un derecho de titularidad individual pero de ejercicio colectivo, los actos lesivos al mismo pueden afectar, ya al interés individual del trabajador como titular del derecho, ya a intereses colectivos (en cuyo caso será el sindicato el sujeto legitimado para interponer la demanda), ya incluso a ambos a la vez⁴⁸. En este sentido es posible afirmar que tal suerte de conductas pueden resultar de carácter pluriofensivo en la medida en que son capaces de afectar, de manera simultánea, tanto a sujetos individuales como a sujetos colectivos⁴⁹.

Por lo que respecta al sindicato conviene poner de manifiesto, además de lo que se acaba de indicar, que el mismo puede intervenir en el proceso de formas muy distintas. En primer lugar, el sindicato al que pertenezca el trabajador, u otro distinto que ostente la condición de más representativo, pueden intervenir como coadyuvantes cuando el interés afectado no sea exclusivamente el del trabajador individualmente considerado sino también el interés colectivo defendido por el sindicato⁵⁰. Asimismo, cabe que el sindicato actúe en el proceso en nombre e interés del trabajador, como sustituto procesal del mismo (artículo 20 LRJS). O, como ya se ha dicho, también goza el sindicato de legitimación directa (en solitario o junto con los trabajadores afectados) para interponer la demanda cuando el interés presuntamente lesionado tenga carácter colectivo. En

por parte de los comités de empresa o de los comités de huelga sin duda tiene mucho que ver con la ausencia de un patrimonio propio diferenciado por parte de dichos entes, por lo que lo normal será solicitar las reparaciones para los concretos integrantes de estos órganos que hayan visto lesionados sus derechos. En estos términos lo justifica Alfonso Mellado, C.L.: “La responsabilidad civil por daños en las relaciones colectivas de trabajo”, en *La Responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ediciones Cinca, Madrid, 2013, pág. 133.

⁴⁸ Así, por ejemplo, parece claro que la sustitución de todos los trabajadores huelguistas de la empresa por trabajadores ajenos a la misma en una huelga convocada por un determinado sindicato, constituye un atentado al derecho de huelga desde su doble perspectiva, individual y colectiva. De modo distinto, el despido de un solo trabajador motivado por su participación en una huelga, es un acto que atenta a este derecho fundamental desde una vertiente exclusivamente individual.

⁴⁹ Pluriofensividad, por tanto, de carácter subjetivo. Aunque también cabría apreciar en alguno de estos supuestos una pluriofensividad en el plano objetivo en cuanto que una misma conducta es susceptible de lesionar diversos derechos a la vez. Para el caso que nos ocupa, en esencia, el derecho de huelga y la libertad sindical.

⁵⁰ No obstante, hay que tener presente que la posición procesal de coadyuvante no resulta paritaria respecto a la que ocupa el trabajador perjudicado, lo cual se pone de manifiesto en el hecho de que el sindicato coadyuvante no podrá continuar el proceso ni recurrir contra la voluntad del trabajador (artículo 177.2 LRJS).

cuanto a la legitimación pasiva, lo normal será en estos casos que la misma quede radicada en la empresa, comprendiendo dentro de ésta también a la Administración Pública en aquellos casos en que la misma incurra en actos lesivos del derecho de huelga que afecten al personal laboral a su servicio⁵¹.

Concerniente a la demanda, ésta viene sujeta a requisitos muy precisos en tanto en cuanto, además de los exigidos con carácter general, la LRJS exige que en la misma se exprese con claridad lo siguiente: los hechos constitutivos de la vulneración alegada, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios ocasionados, así como las circunstancias que se consideren relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador (artículo 179.3 LRJS)⁵².

En concordancia con ello, y habida cuenta el objeto de este proceso especial, la sentencia que en su caso estime la demanda debe contener, al menos, los cuatro pronunciamientos siguientes: declarar la existencia de la vulneración del derecho fundamental; declarar la nulidad radical de la actuación del empleador (público o privado); ordenar el cese inmediato de la conducta lesiva; y disponer el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que pudiera proceder (artículo 182.1 LRJS).

No es difícil imaginar que en muchos supuestos de vulneración de derechos fundamentales, y en especial por lo que al derecho de huelga respecta, resultará muy difícil alcanzar un adecuado restablecimiento de la víctima a la situación anterior a la lesión del derecho, o a la reparación de las consecuencias nocivas

⁵¹ Lo cual puede ocurrir en gran número de casos, en esencia, los mismos ya vistos en relación con las empresas privadas, y otros específicos derivados del régimen jurídico particular de la huelga en el sector público. Así, por ejemplo, cuando la Administración proceda a la contratación de trabajadores externos para sustituir a los huelguistas, o también cuando las impugnaciones vengan referidas a los actos de designación del personal laboral concreto que deba atender los servicios mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga.

⁵² Como se verá más adelante, dejando al margen el supuesto de indemnización derivada por los daños morales ocasionados con motivo de la transgresión del derecho fundamental, se exige que los daños se cuantifiquen en la demanda expresando, como se ha indicado, las circunstancias que se consideren relevantes para su concreción, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados. La omisión de estos requisitos en la demanda ha llevado a que, en ocasiones, nuestros tribunales hayan denegado el derecho a indemnización al demandante. En este sentido pueden verse, entre otras, las SSTSJ Navarra de 10 de marzo de 2008 (1902) y de Galicia de 17 de diciembre de 2011 (AS 158).

producidas. Y es que “en el caso de que la violación se produzca sobre el derecho de huelga la forma de restitución in natura no puede aplicarse porque deviene imposible, pues se trata de un derecho cuyo ejercicio precluye o se consume (...) resulta difícil o imposible que se pueda volver a convocar otra huelga en las mismas circunstancias y momento que la primera vez”⁵³. Es por ello que la indemnización juega en estos casos un papel primordial puesto que en la mayoría de las ocasiones será ésta la única vía reparadora posible a la lesión producida. Piénsese, sino, en un caso en el que la empresa haya procedido a contratar a personal externo para sustituir a los trabajadores en huelga (esquirolaje externo), haciendo perder toda capacidad de presión al paro colectivo y frustrando por completo los fines que se pretendían conseguir a su través. ¿Cómo restituir, en esta hipótesis, la vulneración producida del derecho de huelga? ¿Acaso sería factible, o siquiera útil, volver a convocar la huelga en orden a reivindicar idénticas pretensiones? ¿Cómo reparar, entonces, la lesión producida al sindicato convocante o seguidor de la huelga, y cómo a los trabajadores que han participado en la misma? La única medida reparadora posible en este caso no parece que pueda ser otra más que la indemnización por daños y perjuicios. Así pues, la indemnización por daños y perjuicios en estos casos resulta ser un instrumento que se torna esencial desde el punto de vista de la eficacia de la tutela del derecho de huelga (y, en general, del resto de derechos fundamentales y libertades públicas)⁵⁴. Indemnización que, por lo demás, será compatible con cualquier otra indemnización a la que pueda tener derecho el trabajador en el marco de su contrato de trabajo (en esencia, la derivada de un despido o de un traslado), pero no en cambio, con la indemnización civil que pueda derivar de conductas delictivas cuando la transgresión del derecho de huelga diera lugar a procedimientos de naturaleza penal y en el seno de los mismos se haya instado la acción de daños⁵⁵.

⁵³ Sepúlveda Gómez, M.: “El daño moral y la pérdida de oportunidad en las lesiones de la libertad sindical”. Aranzadi Social, Pamplona, 2006.

⁵⁴ Aunque en sede judicial no siempre se ha defendido que dentro de la condena que sigue a la acreditación de la existencia de una lesión de la libertad sindical deba figurar el resarcimiento en modo económico. Para un estudio en profundidad acerca de los distintos criterios interpretativos mantenidos en sede judicial acerca del resarcimiento económico en los procesos de tutela de libertad sindical, puede consultarse a Cardenal Carro, M.: *La Indemnización en los Procesos de Tutela de Libertad Sindical (Un estudio jurisprudencial del razonamiento acerca de su pertinencia)*. Aranzadi, Navarra, 2006.

⁵⁵ Como se ha dicho en otro lugar, dicha incompatibilidad indemnizatoria se recoge en el párrafo cuarto del artículo 183 LRJS.

5. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS: DAÑOS RESARCIBLES Y CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL MONTO INDEMNIZATORIO

Como se acaba de indicar, en caso de solicitar el resarcimiento de daños en el seno de un proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas se exige al demandante que en la propia demanda especifique la indemnización pretendida con indicación de los daños y perjuicios, expresando las circunstancias que a su juicio son relevantes en orden a concretar la indemnización solicitada, y considerando como tales la gravedad de la conducta, la duración de la misma, y las consecuencias del daño (artículo 179.3 LRJS). No obstante, en el caso de los daños morales se exime al demandante de efectuar tal especificación cuando resulte difícil su estimación detallada⁵⁶. Por consiguiente, en relación con la indemnización de daños y perjuicios, corresponde al demandante precisar en la demanda, en primer lugar, los daños y perjuicios concretos que se le hayan irrogado. En segundo término, aquellas circunstancias que considere que son susceptibles de modular el quantum indemnizatorio calculado de conformidad con el criterio anterior, como pueden ser la gravedad de la conducta, su duración o los daños producidos. A tales efectos, podrían resultar útiles de cara a cuantificar la indemnización circunstancias tales como si quedan o no afectados otros derechos además de la huelga, el número de trabajadores perjudicados por la conducta empresarial, la duración de esta última, la trascendencia de la huelga, el carácter público o privado del sujeto infractor, o incluso la actitud mantenida por el empresario en el caso concreto⁵⁷. Por último, la cuantía indemnizatoria concreta que con arreglo a todo ello se reclama.

⁵⁶ Respecto a este punto es conocido el cambio de criterio producido por parte de la doctrina jurisprudencial que vino defendiendo durante mucho tiempo el derecho al resarcimiento sin necesidad de probar la existencia de perjuicio, de modo que una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presumía la existencia del daño. Manteniendo este criterio puede consultarse, por todas, la STS de 8 de mayo de 1995 (RJ 3752). Sin embargo, a partir de la STS de 22 de julio de 1996 (RJ 6381), el Alto Tribunal estima exigible la obligación de alegar y razonar en la demanda los fundamentos de la pretensión indemnizatoria y la acreditación de una mínima base fáctica que sirva para delimitar los perfiles y elementos de la indemnización que se haya de aplicar.

⁵⁷ En relación a la naturaleza pública o privada del infractor debe tenerse en cuenta que la indemnización ha de resultar proporcionada al hecho de que la infracción provenga de una empresa que, por su dimensión y por su carácter público, debe cuidar especialmente la vigencia en su ámbito del orden público constitucional del que forman parte esencial los derechos fundamentales. En estos términos se expresa la SAN de 7 de enero de 2003 –AS 43-. Así pues, no es lo mismo que la conducta lesiva del derecho de huelga provenga de una empresa de pequeñas dimensiones que de una gran empresa; ni tampoco que la infractora sea una empresa de naturaleza pública o privada. Tales circunstancias deberán tenerse en cuenta a la hora de cuantificar la indemnización que, en su caso,

Concretando el tipo de daños resarcibles en estos supuestos se han de tomar en consideración tanto los de carácter material o patrimonial como aquellos otros de naturaleza moral (identificados, estos últimos, con el sufrimiento físico y espiritual de la víctima). A su vez, los daños materiales deben comprender no sólo el daño emergente, esto es, la pérdida patrimonial directamente vinculada al hecho dañoso, sino también el lucro cesante, o lo que es igual, la pérdida de ingresos y de expectativas laborales⁵⁸. Pero teniendo en cuenta que tanto los trabajadores a título individual como la organización sindical (o el comité de empresa) pueden ser víctimas de este tipo de lesiones, y que los daños producidos en uno y otro caso no serán los mismos, conviene analizar por separado cada una de estas hipótesis.

Desde el punto de vista del trabajador que ve lesionado el derecho de huelga de manos de su empresario, y en relación con los daños materiales que pueden tener lugar por ello, parece que no hay ningún problema en admitir que dentro del daño emergente habrá que considerar los salarios dejados de percibir por el trabajador por los días que ha estado en huelga⁵⁹. Este es un criterio que viene siendo aceptado de forma pacífica por nuestra jurisprudencia. Como es sabido, el descuento salarial que ha de aplicarse durante la huelga debe ser proporcional al tiempo de participación del trabajador en la misma, debiendo quedar afectados por dicho descuento todos aquellos conceptos que gozan de naturaleza salarial (quedan excluidas, por tanto, todas aquellas partidas de natu-

proceda. Por lo que respecta a la actitud empresarial habrá que entender más gravosos determinados comportamientos empresariales, por ejemplo, aquellos en que el empresario impida el acceso al centro de trabajo a un trabajador que forma parte del comité de huelga, o la realización de un cierre empresarial ofensivo, pese a las advertencias recibidas, en uno u otro caso, por la Inspección de Trabajo haciéndole saber que esas conductas son ilícitas. En cambio, se convendrá conmigo que esas mismas actuaciones resultarán de menor trascendencia a la hora de imputar la responsabilidad empresarial cuando concurren circunstancias distintas. Piénsese, por ejemplo, que la negativa empresarial al acceso al centro de trabajo de un trabajador, miembro del comité de huelga, sea debida a que el empresario ignore tal condición por no habersele comunicado la designación.

⁵⁸ A tenor del artículo 1106 CCiv “la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”.

⁵⁹ El resarcimiento consistente en el abono de la cantidad descontada al personal que secundó la huelga es un criterio muy utilizado por nuestros Tribunales, aplicándose el mismo también cuando la infracción empresarial consiste en obligar incorrectamente a trabajar en los servicios mínimos. Vid. sobre este último supuesto la STSJ Navarra de 8 de junio de 2005 (AS 2248). En este caso, se condenó a la empresa a abonar una cantidad equivalente al descuento por huelga a los trabajadores a los que obligó a trabajar en los servicios mínimos.

raleza indemnizatoria)⁶⁰, en esencia, el salario base y los complementos salariales, pero también aquella parte de salario correspondiente a los períodos de descanso computables como de trabajo, dentro de los cuales cabe considerar el descanso anual, las fiestas laborales, los permisos retribuidos, las interrupciones del contrato de trabajo por causa imputable al empleador, o el descanso “intra-jornada” si se ha pactado su consideración como trabajo efectivo y, por ende, su carácter retribuido. Por consiguiente, el trabajador podrá reclamar como indemnización las cantidades equivalentes a los descuentos que haya sufrido por todos y cada uno de estos conceptos.

Ahora bien, es importante poner de manifiesto que, pese a su naturaleza salarial, algunos de los anteriores conceptos se vienen considerando por nuestros tribunales como “no descontables” en los supuestos de huelga, en cuyo caso, de no haber dado lugar al correspondiente descuento, es obvio que tampoco cabrá reclamación alguna por los mismos. Es el caso, por ejemplo, de las vacaciones anuales, respecto de las cuales la jurisprudencia viene considerando que la participación durante la huelga no disminuye el salario correspondiente a aquéllas⁶¹, por lo que de no producirse tal descuento, tampoco cabría solicitar el correspondiente resarcimiento por esta partida.

Distinto a este supuesto es el del descanso dentro de la jornada por exceder ésta de seis horas (o de cuatro horas y media, tratándose de menores de 18 años) cuando se haya pactado su carácter retribuido. En este caso se viene argumentando en sede judicial que cuando la participación en una huelga impida que la jornada laboral exceda de las seis horas (o de las cuatro y media), ello determina la pérdida del derecho a la retribución por tal concepto al haber desaparecido la causa a la que

⁶⁰ No cabe, por tanto, el descuento de la indemnización que por extinción del contrato de trabajo pueda corresponder al trabajador cuando aquél venga justificado en la participación en huelgas durante el período al que estén referidos los elementos que entren en el cálculo de su importe. Así pues, ni “la duración de la participación en huelgas es deducible del período de servicios del que depende el importe de la indemnización, ni tampoco cabe deducir del salario mensual o anual a tomar como base de cálculo de aquélla la cantidad equivalente al importe de los descuentos salariales practicados por las huelgas en la que hubiese participado el trabajador durante el mes o el año, respectivamente”. Defendiendo este criterio, puede citarse a Gárate Castro, J.: “*Derecho de...*”, op. cit., pág. 173.

⁶¹ En estos términos se pronuncian, por ejemplo, las SSTs de 13 de marzo de 2001 (RJ 3178), y 24 de enero y 11 de octubre, ambas de 1994 (RJ 370 y 7765, respectivamente). Con toda seguridad, como ha observado algún autor, este criterio jurisprudencial obedece a al propósito de evitar una sanción indirecta o represalia como consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental. En efecto, “en materia de descanso anual, el propósito de evitar una sanción indirecta o represalia por lo que constituye el ejercicio de un derecho fundamental (...) sirve también para comprender el criterio judicial, que no legal, que considera, con carácter general, que la duración de la participación en la huelga legal no disminuye la duración ni el salario correspondiente a aquél descanso”. Gárate Castro, J.: “*Derecho de...*”, op. cit., págs. 175 y 176.

esta última aparece ligada. Como se advierte, en este caso particular no hay descuento propiamente dicho, sino desaparición de la causa que justifica el devengo de tal partida económica⁶². No obstante ello, a efectos de la indemnización que pueda corresponder en estos casos, considero que dicha partida sí debe ser incluida como parte del “daño emergente” que resulta indemnizable, pues se trata de una pérdida salarial que se produce por efecto de la huelga.

Un breve comentario merece también el supuesto de las fiestas laborales, habida cuenta el distinto criterio judicial mantenido en relación al descuento que pueda corresponder por este período de descanso, en función de que la fiesta laboral se encuentre o no comprendida dentro del período durante el cual se desarrolla la huelga. En atención a este criterio sólo cabe el descuento correspondiente a los días festivos si éstos coinciden con días del período de huelga⁶³. Por consiguiente, únicamente si ha tenido lugar tal circunstancia, podrá reclamarse la cuantía descontada como parte de la posible indemnización.

Por último, es preciso traer a colación una interpretación que viene haciendo nuestra jurisprudencia según la cual, tratándose de un trabajador al que, por razones de calendario laboral, le hubiera correspondido trabajar durante un día festivo o de descanso semanal y no lo hubiera hecho con motivo de su participación en una huelga, además de perder el salario correspondiente por ese día no trabajado, pierde también el incremento salarial o el descanso compensatorio por trabajo en festivo que prevé el artículo 47 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos (declarado en vigor por la Disposición Derogatoria única del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, de jornadas especiales

⁶² Sobre este particular se afirma que “suspendido el contrato por el ejercicio del derecho de huelga, carecen los trabajadores del derecho a cobrar el tiempo de descanso de los días en que estuvieron en huelga porque las jornadas de esos días dejaron de ser continuadas o ininterrumpidas, ya que se trata de un derecho reconocido a los trabajadores que realizan ininterrumpidamente su jornada”. STS de 8 de marzo de 1996 (RJ 1977).

⁶³ Este criterio puede verse, entre otras, en SSTs de 18 de abril de 1994 (RJ 3256), o 13 de marzo de 2001 (RJ 3178).

Coincido plenamente con la aguda observación que hace la doctrina en relación con este criterio judicial, afirmando que “la regla del descuento proporcional al tiempo de permanencia en huelga se resiente con la solución judicial que se comenta, para la que es irrelevante el número de días durante los que se hubiese trabajado en la semana”. Añadiendo que “en el caso de que la huelga en la que se participe sólo se desarrolle durante una parte de la jornada de trabajo diaria (...), la aplicación de la regla del descuento estrictamente proporcional al tiempo de permanencia en huelga conduce a que la pérdida de la retribución del festivo que caiga dentro del período de huelga no sea completa, sino proporcional a aquella parte de la jornada”. Gárate Castro, J.: “Derecho de...”, op. cit., pág. 177.

de trabajo)⁶⁴. Partida, esta última, que deberá tenerse en cuenta a la hora de determinar el monto indemnizatorio que pueda reclamar el trabajador en concepto de resarcimiento por los daños ocasionados como consecuencia de la conducta empresarial lesiva del derecho de huelga.

Ni que decir tiene que pese a que lo normal es que se proceda al descuento salarial de todos aquellos trabajadores que han participado en la huelga, y que el mismo se haga siguiendo los criterios anteriores, el empresario puede decidir no proceder al descuento, o llevarlo a cabo de forma más ventajosa para algún trabajador incluyendo, por ejemplo, sólo algunos de los conceptos salariales a los que en principio el descuento se extiende, o por importe inferior al que resultaría aplicable. De ser éste el caso, parece lógico pensar que no cabrá reclamar las cuantías no descontadas como daño indemnizable, ya en su totalidad si el descuento no ha tenido lugar, ya únicamente en relación con aquellas cantidades o partidas que no hayan sido objeto de detracción por parte de la empresa.

Como se ha dicho en las primeras líneas de este apartado, el descuento salarial resulta proporcional al tiempo de permanencia del trabajador en huelga. Esta idea merece ser precisada en aquellos casos en que el huelguista resulta ser un trabajador en situación de desempleo parcial, y en aquellos otros supuestos en los que, permaneciendo el contrato de trabajo suspendido con motivo de la huelga, acontece una causa suspensiva distinta que la desplaza, o tiene lugar la eficaz extinción del contrato de trabajo⁶⁵. En relación con el primer supuesto, es obvio que el descuento salarial tendrá lugar únicamente en relación con el salario que venía percibiendo el trabajador por la jornada parcial que venía desarrollando, por lo que es a esta parte de salario a la que debe venir referida la petición de resarcimiento que por este concepto pueda solicitar el trabajador⁶⁶. Para el caso de que se produzca la extinción del contrato, o de que concurra una nueva

⁶⁴ Defendiendo este criterio, pueden consultarse las SSTs de 18 de marzo de 1996 (RJ 2078), o 6 de mayo de 1994 (RJ 4003). Sobre este particular, el prof. Gárate Castro afirma, no sin razón, que “si bien se mira, la pérdida del descanso compensatorio supone para el trabajador huelguista que se encuentra en la situación descrita, sin que se descubra razón objetiva que lo justifique, una penalización adicional a la salarial que no experimenta el huelguista que no debe trabajar en fiesta laboral ni en período coincidente con el de descanso semanal”. *Íbidem*, pág. 179.

⁶⁵ En opinión de algún autor, son causas suspensivas capaces de desplazar la huelga, la fuerza mayor, o las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuya efectividad sea posterior al comienzo de la huelga; la solicitud de maternidad durante el desarrollo de la misma; la declaración de incapacidad temporal por un episodio de enfermedad profesional manifestado durante el paro colectivo, o incluso por accidente de trabajo tratándose de un cargo electivo sindical, o de una enfermedad del trabajo; también, en fin, el cierre patronal. Gárate Castro, J., *Derecho de...*, op. cit., págs. 68 y 169.

⁶⁶ E igual criterio cabrá aplicar para el caso de disfrute a tiempo parcial de los descansos por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento.

causa suspensiva durante la huelga capaz de desplazar a ésta, ocurre que al suponer ambas hipótesis la terminación de la huelga también deberá ponerse punto final al descuento salarial que con tal motivo se venía efectuando. Circunstancia, por tanto, que deberá tenerse en cuenta también a la hora de cuantificar la indemnización debida.

Aunque en un principio el descuento que tiene lugar durante la huelga afecta única y exclusivamente a las partidas de naturaleza salarial, en ocasiones puede suceder que la no prestación de servicios durante dicha situación suspensiva lleve aparejada también la pérdida de determinadas partidas de carácter extrasalarial, no por el hecho mismo de la huelga, sino porque desaparezca la circunstancia en atención a la cual aquéllas se perciben. Es el caso, por ejemplo, de los pluses de transporte o de distancia a percibir por cada día de trabajo efectivo, o de otras indemnizaciones reconocidas al trabajador para compensarle de diversos gastos que se ocasionan con motivo de la actividad laboral que desarrolla (dietas, etc). En mi opinión, estas partidas económicas que se pierden como consecuencia de la no realización de la prestación de servicios durante la huelga que se ha visto frustrada por el empleador, también deberán ser tomadas en cuenta a la hora de calcular la indemnización que proceda.

Como es harto conocido, durante la huelga se suspende la obligación de cotización por parte del empresario y también por parte del trabajador (artículos 6.3 DLRT y 106.5 TRLGSS). La falta de ingreso de las cuotas correspondientes al período de huelga puede afectar a futuros derechos de Seguridad Social de este último, no sólo en lo que atañe a la cuantía de la prestación económica que, llegado el caso, le pudiera corresponder, sino también en cuanto al nacimiento mismo del derecho habida cuenta que, en la mayoría de casos, dicho nacimiento queda supeditado a la acreditación de un período de carencia determinado. Es obvio, por tanto, que en estos casos el trabajador puede sufrir un perjuicio económico en sus derechos de Seguridad Social derivado de la falta de cotización durante el seguimiento de una huelga. A fin de evitar posibles mermas en sus derechos de protección social el trabajador durante la huelga tiene la posibilidad de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social comprometiéndose a ingresar las cuotas correspondientes a este período. En este orden de consideraciones, parece razonable defender que dentro de la indemnización que pueda tener lugar en estos casos debe incluirse también la cuantía equivalente a las aportaciones que, en su caso, el trabajador haya podido realizar durante este período de tiempo con motivo de la suscripción de un convenio especial de esta naturaleza, en cuantía equivalente a la que hubiera correspondido ingresar a la empresa de haber permanecido el trabajador en activo. Incluso, caso de no haber suscrito el trabajador tal convenio especial, no estaría de más tampoco considerar como propuesta “de lege ferenda” que se obligase a la empresa en estos casos a ingresar en las arcas de la Seguridad Social las cuotas que a su

cargo tendría que haber ingresado de no haberse adherido el trabajador a la huelga.

Por lo demás, parece de recibo que el trabajador tenga derecho en todos estos casos a reclamar, y a percibir, los intereses legales que se hayan podido generar desde que debieron abonarse las cantidades correspondientes, en esencia, las partidas salariales que fueron objeto de descuento con motivo de la participación en la huelga y otras distintas que no se pudieron generar por la falta de prestación de servicios durante el transcurso de esta última⁶⁷. Pues qué duda cabe que la falta de cobro de todas estas partidas económicas, desde el comienzo de la huelga y hasta que tiene lugar el abono de la indemnización, provoca un impacto negativo en la economía del trabajador que debe ser objeto de reparación.

Dentro del daño emergente cabe incluir también los gastos de defensa y tramitación judicial que haya sido necesario desembolsar en estos casos⁶⁸.

Como parte del lucro cesante cabe incluir determinadas ganancias económicas que el trabajador no ha podido llegar a obtener como consecuencia de su participación en la huelga. Piénsese, por ejemplo, en algunas primas cuyo derecho sólo puede generar el trabajador cuando cumple determinados objetivos de rendimiento o de ventas en fecha cierta. Si, como consecuencia de sus ausencias durante la huelga el trabajador no consigue alcanzar los objetivos de rendimiento o de venta marcados, no podrá tampoco optar al cobro de tal tipo de primas. Pues bien, también estas partidas deben ser resarcidas al trabajador cuando concurra una conducta empresarial que deja sin efecto el derecho de huelga.

Desde el punto de vista del sindicato, dentro de los daños materiales y aparte de posibles daños causados a su patrimonio (lo cual será bastante infrecuente) y los intereses de demora que se pudieran haber generado, pueden

⁶⁷ El derecho a percibir los intereses devengados por la cantidad debida y que deja de percibir el trabajador ha sido reconocido en la STSJ País Vasco de 29 de junio de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), recurso número (JUR 2001/38189). En este caso se analizaba un supuesto en el que la empresa (Administración Pública) había descontado de la retribución de un liberado sindical el complemento de productividad. El trabajador alegaba que con este descuento se producía una situación de discriminación salarial al percibir una retribución inferior a la que le correspondería de estar en activo. Situación que atentaba el derecho de libertad sindical por el efecto disuasorio al ejercicio de actividad sindical que ello suponía y, a la postre, el efecto sancionador que provocaba, por lo que solicitaba del Tribunal que se reconociera el derecho a dicho complemento y se le abonaran los intereses devengados desde la fecha en que los dejó de percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios por la pérdida del poder adquisitivo que esta situación generó. Petición a la que el Tribunal dio favorable acogida.

⁶⁸ Defendiendo este criterio, puede citarse la STSJ Galicia, de 8 de mayo de 1998 (AS 5893).

también tener cabida los gastos de litigio producidos con motivo de su defensa o la de sus afiliados (siempre y cuando guarde relación directa con el derecho lesionado)⁶⁹.

Distintos de los daños materiales o patrimoniales a los que se acaba de hacer referencia son los daños de naturaleza moral entendiendo por tales aquellos que “afectan a la persona en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial”⁷⁰ ⁷¹. Se contraponen así el daño material o patrimonial (detrimento de derechos de orden económico de las personas por un tercero) al moral o extrapatrimonial (contravención de derechos extrapatrimoniales de una persona), pudiendo afirmarse por ello que el daño moral supone una lesión a los denominados derechos de la personalidad, dentro de los cuales tienen cabida todas y cada una de las derivaciones del principio general de libertad que la CE consagra como valor superior del ordenamiento jurídico en su artículo 1.1, y entre los cuales se encuentran, por lo que aquí interesa, la libertad de sindicación y de huelga⁷². Pero el daño moral también ha sido definido en sentido más estricto, asimilándolo al “sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito

⁶⁹ La doctrina jurisprudencial y judicial mayoritarias vienen defendiendo la exclusión de estos gastos de la indemnización que pueda corresponder en estos casos, aduciendo como argumento principal que ello supondría un fraude al principio de gratuidad del proceso laboral en la instancia. Manteniendo este criterio, pueden citarse, entre otras, las SSTS 4 de abril de 2007 y 11 de mayo de 2012 (RJ 3171 y 8129, respectivamente). En contra de esta posición, cabe citar, empero, las SSTSJ Cataluña, de 4 de octubre de 2000 (AS 889), y de Andalucía, Granada, de 23 de febrero de 2011 (AS 2517). Concerniente a la cuestión que nos ocupa esta última afirma que “el derecho vulnerado en esta clase de procedimientos es evidente si la parte cuyo derecho fundamental ha sido lesionado no ve atendidos por el causante de la lesión, los dispendios económicos que le supone la defensa de su derecho”.

⁷⁰ Navarro Michel, R. y Roca Trías, E.: *Derecho de daños. Textos y materiales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011. pág. 197.

⁷¹ En relación con esta suerte de daños la doctrina civilista señala que “los daños morales son los infligidos a lo que se suele y se debe llamar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales (entre los que cabe incluir los derechos fundamentales) y en ellos se puede distinguir dos aspectos, uno interno o inmanente que comprende la esfera interna del individuo y se concreta en sensaciones como el dolor o sentimientos de pesar, preocupación o angustia; y un aspecto externo y trascendente que se concreta en la disminución de las posibilidades de relación con el mundo exterior”. Martín Casals, M., citado por Díez-Picazo, L., en “*El escándalo...*”, op. cit., pág. 92.

⁷² Cuando se habla de derechos de la personalidad se hace referencia a todo un conjunto de derechos que son inherentes al ser humano, y que la CE recoge en el Título I, dentro de los “Derechos fundamentales y las libertades públicas”. Tales derechos presentan cuatro características básicas: 1. Su inherencia, pues son connaturales o innatos Extrapatrimonialidad, al carecer en sí mismo de valoración económica concreta. a la propia persona; 2. Son personalísimos, de modo que sólo pueden ser ejercidos por su titular, sin puedan ser objeto de transmisión a terceros; 3. Tienen eficacia erga omnes, puesto han de ser respetados por todos; y 4. Extrapatrimonialidad,

de la persona”⁷³, abarcando, por ende, sentimientos de dolor, pesar, sufrimiento, preocupación o angustia. Por lo que concierne a este tipo de daños, que suelen aparecer ligados a la vulneración de los derechos fundamentales⁷⁴, la LRJS establece un régimen jurídico un tanto menos riguroso en cuanto al requisito de la prueba de los mismos. Pues si, con carácter general, se exige que en la demanda se especifiquen, además de la indemnización que se requiera y los daños y perjuicios ocasionados, “las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada”, se introduce una salvedad en relación con esta última exigencia cuando, tratándose de daños morales, resulte difícil su estimación detallada, lo cual, dicho sea de paso, ocurrirá en la gran mayoría de casos⁷⁵. En tal sentido, parece que será suficiente aportar un principio de prueba que permita al órgano judicial presumir la existencia del perjuicio alegado y poder así reconocer la indemnización reclamada.

Dentro de los daños morales que puede sufrir el trabajador como consecuencia de la lesión del derecho de huelga por actos realizados por la empresa cabe pensar, entre otros posibles, en la pérdida de imagen o de la reputación entre sus compañeros de trabajo, o el sufrimiento personal por el miedo a represalias empresariales, a la pérdida del puesto de trabajo, etc. Desde el punto de vista del sindicato cabe pensar en el desprestigio que pueda sufrir aquél ante el escaso éxito alcanzado por la huelga que a sus instancias fue convocada (en cuanto al seguimiento de la misma y/o al resultado de sus reivindicaciones) y

habida cuenta que estos derechos carecen de valoración económica en sí mismos. Barrientos Zamorano, M.: *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa*. Ratio Legis, Salamanca, 2007, pág. 43.

⁷³ Esta acepción más restringida de lo que constituye el daño moral es defendida por Díez-Picazo quien critica duramente el proceso doctrinal y jurisprudencial de trivialización que viene sufriendo el concepto de daño moral.

⁷⁴ En contra de la tesis que considera que toda vulneración de un derecho fundamental conlleva la producción de un daño moral, el prof. Díez-Picazo declara que “no se produce un daño moral por privar a alguien de un derecho subjetivo, fundamental (...) puesto que el daño no consiste nunca en la lesión de un derecho y la indemnización no tiene por objeto restituir un derecho lesionado”. Díez-Picazo, L.: *El escándalo del daño moral*. Civitas, Pamplona, 2008, págs. 23 y 33.

En esta última línea, la jurisprudencia también ha admitido en alguna ocasión que la vulneración del derecho de huelga no siempre conlleva daños morales. En estos términos se expresa, por ejemplo, la STS 12 de diciembre de 2007 (RJ 3018).

Defendiendo que la violación de la libertad sindical produce por sí misma, un daño moral susceptible de indemnización particular en sí mismo considerado, puede citarse a Sepúlveda Gómez, M.: *Los efectos patrimoniales derivados de la conducta antisindical del empresario*. Bomarzo, Albacete, 2004, pág. 162.

⁷⁵ Y es que, sin duda, se trata de una prueba “diabólica”, pues ¿cómo probar que la esfera más íntima de las personas ha resultado afectada?

que ha resultado abortada a resultas de la empresa. Lo cual puede dar lugar a su vez a un importante efecto limitador en cuanto a las expectativas de crecimiento del sindicato (reduciendo el potencial número de afiliaciones), o a la pérdida sin más de muchos de sus afiliados⁷⁶. El problema en estos casos será cómo constatar tal impacto en cuanto a las posibilidades de crecimiento del sindicato, o en relación a las posibles pérdidas de su nivel de afiliación; y cómo cuantificar tales daños.

Como daño indemnizable cabe considerar también el daño ocasionado por la pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia o por la desaparición de la probabilidad de un suceso favorable⁷⁷. Se trata de valorar la pérdida de la oportunidad de haber hecho la suficiente presión y, con ello, de haber alcanzado un pacto más favorable, económica o profesionalmente, a los intereses de los trabajadores, y de haber efectuado la acción de presión colectiva en el momento más adecuado. “Los perjuicios económicos consisten en este caso en dejar de obtener los resultados que, en sus condiciones de trabajo, les hubiera podido procurar la acción sindical ilegalmente cercenada (...). Resultados que no dejan de ser aleatorios pero cuya posibilidad de obtención queda cercenada”⁷⁸.

Aun pudiendo teorizar sobre los distintos daños y perjuicios que han de tomarse en consideración en orden a concretar el monto indemnizatorio, no es posible ignorar lo difícil que resultará en la práctica acreditar la existencia de dichos daños, y más aún, proceder a su cuantificación. Ello ocurre singularmente cuando se trata de daños morales o de aquellos otros relacionados con la pérdida de oportunidad, habida cuenta la naturaleza inmaterial que presentan unos y otros y lo difícil que resulta su valoración. La propia Ley, consciente de tal dificultad, exige al órgano judicial que se pronuncie sobre la cuantía del daño, demandando del mismo la aplicación de un criterio prudencial cuando la prueba

⁷⁶ Vid., a este respecto, la SAN de 7 de enero de 2003 (AS 43).

⁷⁷ La pérdida de oportunidad se produce cuando una persona tiene una posibilidad de hacer algo que puede conllevar un beneficio, posibilidad que pierde por culpa de otras personas. Se trata de un supuesto en que existe una cierta incertidumbre sobre el éxito o no de la posibilidad que se tenía, pero existe también la certidumbre de que una persona tenía una oportunidad de obtener una ventaja y la ha perdido por causa ajena. Navarro Michel, M. y Roca Trías, E.: *Derecho de daños...*, op. cit., pág. 203.

⁷⁸ Sepúlveda Gómez, M.: “El daño moral y...”, op. cit., pág. 5. Añade la autora en este mismo análisis que en estos casos estamos ante un daño que presenta los siguientes caracteres: 1) goza de naturaleza patrimonial o económica, pues afecta al patrimonio de los trabajadores; 2) es real y cierto, consistente en perder una oportunidad (probabilidad o verosimilitud es lo que exigen la jurisprudencia y la doctrina civil); 3) es un daño que deriva directamente del acto empresarial contrario al derecho de libertad sindical.

de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, lo cual pasa inexorablemente por la necesidad de ponderar las circunstancias concretas del caso y evitar que se llegue a resultados desproporcionados que puedan desembocar en situaciones de enriquecimiento injusto.

En cualquier caso, no puede perderse de vista que esta indemnización no cumple una función meramente simbólica, sino que atiende a la doble función, expresamente prevista en la Ley, de reparar de modo suficiente el daño causado a la víctima, y de disuadir frente a futuras transgresiones. Así pues, no se trata única y exclusivamente de garantizar que se proporcione a la víctima un resarcimiento o compensación suficiente por los daños ocasionados (a este respecto hay que hacer hincapié en el requisito de “suficiencia” al que alude la norma, a saber, el artículo 183.2 LRJS), sino también de que la indemnización resulte ejemplarizante frente al infractor y frente a terceros a fin de evitar o de disuadir frente a la realización de futuras conductas de análoga naturaleza. Función ejemplarizante o preventiva que es predicable tanto respecto de la indemnización que reclaman los trabajadores individualmente considerados como de la que, en su caso, pueda demandar la organización sindical⁷⁹. Desde este punto de vista, no parece que las indemnizaciones que están siendo reconocidas actualmente en sede judicial con motivo de actos lesivos al derecho de huelga, sobre todo cuando se trata del trabajador, cumplan suficientemente estos cometidos pues en un gran número de pronunciamientos la indemnización queda limitada, en relación con este último, a un importe equivalente a los salarios dejados de percibir por el mismo por los días que ha participado en la huelga (o por los días de duración del cierre patronal ilícito, lesivo al derecho de huelga)⁸⁰, sin atender a ningún otro tipo de consideraciones. Y por lo que se refiere al sindicato la mayoría de los fallos judiciales fijan cantidades a tanto alzado sin cuantificar separadamente los daños producidos ni valorar tampoco las circunstancias

⁷⁹ Como señala la doctrina de suplicación, “en la petición de indemnización existe siempre un componente sancionatorio que cumple una función preventiva en tanto que si la violación del derecho no lleva aparejado ningún perjuicio tangible para el infractor, fácilmente se verá éste inclinado a repetir en el futuro idéntica o parecida conducta ilícita, función preventiva que es predicable tanto de los trabajadores individualmente considerados como de los sindicatos”. STSJ Navarra de 8 de junio de 2005 (AS 2248).

⁸⁰ En este sentido, pueden citarse, por ejemplo, las SSTSJ Navarra, de 8 de junio de 2005, y de 10 de marzo de 2008 (AS 2248 y 1902, respectivamente). En la primera de ellas se calcula el quantum indemnizatorio en atención al salario diario multiplicado por el número de días que duró la huelga al considerar que éste es el coste que supuso para los trabajadores su participación en la misma. En la segunda, la indemnización es el resultado del producto del salario/día de cada trabajador afectado por el número de días desde el inicio del cierre patronal hasta su cese definitivo.

concurrentes⁸¹. Así pues, no creo que con arreglo a los criterios judiciales que actualmente se están aplicando queden garantizadas de modo suficiente ninguna de las dos funciones que la ley atribuye a esta indemnización. Por lo que respecta a la función reparadora, porque a la hora de cuantificar los daños ni siquiera se toman en consideración la totalidad de los producidos (pérdida de complementos extrasalariales, intereses de demora, etc), ni tampoco se tienen en cuenta todos los criterios de valoración que debieran aplicarse (la pérdida de oportunidad, por ejemplo), con lo cual los daños ocasionados a la víctima no quedan totalmente reparados. Concerniente a la función ejemplarizante, porque en las indemnizaciones que suelen fijar los tribunales tampoco se aprecian incrementos cuantitativos sustanciosos en la cantidad final a abonar por las empresas que permitan deducir el cumplimiento de una función disuasoria frente a futuras conductas de esta naturaleza⁸².

⁸¹ Aunque en alguna ocasión puntual también se ha tomado como parámetro, a fin de cuantificar el daño, las cantidades previstas en concepto de multa en el TRLISOS para conductas lesivas de esta naturaleza, admitiéndose la posibilidad de modular dichas cantidades en función de los índices de audiencia de cada sindicato afectado. Vid., en este sentido, la STSJ Asturias, de 11 de febrero de 2011 (RJ 949).

⁸² En este mismo sentido, en relación con la indemnización que viene reconociéndose al trabajador, se sostiene que “si sólo se repara la pérdida del salario, la situación real que se produce es la misma que si no se hubiese convocado la huelga; es más, puede suponer una invitación a la lesividad del derecho de huelga, pues reparando los días de sustitución de huelga se consigue el mismo efecto que si no se hubiese convocado huelga, esto es, la inexistencia o ineficacia del instrumento de presión”. Así pues, “la pérdida de esos días de salario es un daño accesorio”. Sepúlveda Gómez, M.: “El daño moral y...”, op. cit., pág. 4.

LA POLÍTICA DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES JÓVENES

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*Profesora Doctora Contratada de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

EXTRACTO

Palabras clave: Garantía Juvenil, desempleo, emprendimiento

La grave situación de crisis económica y financiera mundial ha golpeado a todos los estratos de la sociedad, siendo el colectivo de los jóvenes el más perjudicado por esta lacra. Las terribles consecuencias que ha causado este fenómeno se han visto reflejadas en un mercado de trabajo debilitado en donde ahora reinan los principios de precariedad, desprotección, desorientación y desmotivación laboral. La alarmante cifra de desempleo juvenil ha preocupado enormemente a la Unión Europea, es por ello que todos sus esfuerzos se hayan centrado en la consolidación de una Europa económicamente más fortalecida y comprometida con el futuro laboral de sus jóvenes. Tras diversas iniciativas y conatos legislativos, finalmente, se ha aprobado la “Garantía Juvenil”.

ABSTRACT

Key words: Warranty for young, unemployment, business venture

The critical situation suffered worldwide because of the current economical and financial crisis has struck all the social layers, from which it has especially impaired the group composed by the young. This fact has prompted awful consequences in a weakened labour market, where precariousness, confusion and lack of legal protection and motivation freely rule. The high rates of youthful unemployment have strongly concerned the European Union for the last years and so, it has focused all its efforts to economically consolidate an Europe much more committed to provide a reliable labour future for its young people. After several legal trials it has finally approved the named “Garantía Juvenil” (“Warranty for young”)

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. RESPUESTAS E INICIATIVAS COMUNITARIAS FRENTE AL DESEMPLEO JUVENIL: LA DENOMINADA “GARANTÍA JUVENIL”
3. EL ESTABLECIMIENTO DE UN MARCO JURÍDICO-POLÍTICO PARA EL CRECIMIENTO DEL EMPLEO JUVENIL EN ESPAÑA: LA LEY DE EMPRENDEDORES
 - 3.1. Plan de medidas de políticas de empleo en España
 - 3.2. Las leyes de medida y apoyo al emprendimiento
3. CONCLUSIONES

“El Estado democrático del trabajo se basa en la idea fundamental de que la conservación y evolución de la existencia individual, la propagación de la especie y, finalmente, la tutela de la vida, de la integridad física y de la salud, que son para los individuos las finalidades más importantes, deben también considerarse como la razón y misión primera de toda actividad del Estado.

Anton Menger, 2004¹

1. INTRODUCCIÓN

Desde que la crisis llamó a nuestra puerta a principios del año 2008, todos hemos sido testigos de los efectos devastadores que este fenómeno económico ha originado y aún continúa causando tanto a nivel nacional, comunitario e internacional. Constantemente vemos como son más y más las personas que ven extinguidos sus contratos de trabajo o, incluso, el cese de su actividad por el cierre de la empresa en la que trabajaban, y como ahora se encuentran en las largas listas del paro. Esta crispada situación se ha traducido en un crecimiento exponencial y de larga duración de los niveles de desempleo, debido todo ello a la caída de la actividad productiva.

La crisis económica ha golpeado en todas las capas de sociedad, pero sin duda, ha sido el colectivo de los jóvenes uno de los más afectados. La situación ha sido particularmente aguda en ciertas regiones y Estados miembros en donde

¹ Menger, A.: *El Estado democrático del trabajo*, edición y estudio preliminar, “Derechos sociales y Estado democrático en Anton Menger”, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2004, pag. 177.

las tasas de desempleo juvenil se han visto incrementadas significativamente², habiéndose con todo ello experimentado una lamentable pérdida de inmensos costes humanos y sociales³. Lo cual ha supuesto una seria amenaza para la cohesión social, así como un incremento de la inestabilidad política⁴.

El predominio de la precariedad laboral, la desorientación, la falta de formación y la desmotivación⁵, son problemas que están latentes a día de hoy en el grupo de jóvenes que forma parte de la Unión Europea. De ahí que a la hora de adentrarnos en la identificación del desempleo juvenil, tengamos que hablar de dos subgrupos de jóvenes con importantes riesgos de exclusión social: de un lado, aquellos que ni estudian, ni trabajan, ni tienen, ni buscan un empleo (los “ni-ni”)⁶; y de otro lado, los trabajadores pobres, cuyas condiciones salariales son extremadamente precarias y cuyos contratos de trabajo tienen un carácter de temporalidad limitada⁷.

² Según publica el Eurostat: en abril de 2014 la tasa de desempleo juvenil alcanzó el 23,5% en el conjunto de los 27 Estados miembros. Más aún, entre los distintos Estados miembros e incluso entre las regiones de un mismo Estado las diferencias son significativas, así pues: mientras que en algunos Estados miembros la tasa de desempleo juvenil ronda el 50% y supera el 70% en algunas regiones, en otras, la tasa se sitúa muy por debajo del 5%. Mucho más importante aún, actualmente más de 7,5 millones de jóvenes de menos de 25 años no se encuentran desempeñando un empleo, una educación o una formación (*Neither in employment, education or training* –NEET).

³ Véase las conclusiones del Consejo de Europa de 27 y 28 de junio del 2013 (EUCO 104/2/13 REV 2).

⁴ En palabras del presidente del Concilio Europeo, Herman Van Rompuy, en la Cumbre europea de 27 y 28 de junio de 2013 (press.office@consilium.europa.eu <http://www.consilium.europa.eu>).

⁵ Se observa en el mercado de trabajo una marcada polarización. Así pues, jóvenes con una escasa cualificación abandonan pronto sus estudios, mientras que otros altamente cualificados, están subempleados.

⁶ Según la Encuesta de Población Activa (EPA) elaborada por el Instituto Nacional de Estadística a fecha de 23 de octubre de 2014, en España hay 1.674.200 jóvenes de entre 16 y 29 años que ni estudian, ni trabajan, ni buscan empleo (ello supone un 25% de la población en esta franja de edad). Tres puntos más que la media europea, lo cual sitúa a España entre los tres países (junto con Bulgaria, Italia e Irlanda) con más desempleo juvenil. En concreto, no tienen ninguna ocupación el 31% de los que no alcanzaron la educación secundaria en España (frente al 15% de media de la OCDE); el 20% de quienes se han titulado en enseñanza obligatoria (frente al 16% en los países desarrollados) y el 23% de los universitarios (13% en la OCDE).

⁷ Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2009, página: 111. Hernández Bejarano, M: “La inserción de los jóvenes en el mercado laboral: un difícil reto para las políticas activas de empleo”, en VV.AA, Cabeza Pereiro, J y Fernández Prol, F (Coordinadores): *Políticas de Empleo*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, Universidad de Vigo y Xunta de Galicia, 2013, páginas: 281 y 282.

2. RESPUESTAS E INICIATIVAS COMUNITARIAS FRENTE AL DESEMPLEO JUVENIL: LA DENOMINADA “GARANTÍA JUVENIL”

La economía comunitaria se encuentra atravesando un momento muy delicado debido al alto nivel de endeudamiento y al deterioro de sus fundamentos, lo que se refleja en una elevada tasa de desempleo. La clave para eliminar esa segmentación de los mercados laborales sólo será posible cuando Europa se haya sobrepuesto a la crisis económica. Para lo cual resultará imprescindible la puesta en marcha de cuatro elementos “claves” que frenen dicha caída, a saber: 1) mantener una estabilidad financiera; 2) construir un sistema económico más fuerte a través del saneamiento de las finanzas públicas y mejora de la competitividad; 3) reforzar la unión económica y monetaria, y en particular, la unión bancaria; y 4) luchar contra el desempleo y apoyar el crecimiento a corto plazo⁸.

Actualmente, la problemática del empleo juvenil constituye uno de los temas que más preocupan al colectivo comunitario. Es por ello que ocupe un lugar prioritario dentro del propio plan de trabajo de la Comisión Europea⁹, habiéndose así diseñado una serie de estrategias que buscan actuar a modo de plan de choque contra el desempleo, tratando además de favorecer la creación de empresas y la inserción de jóvenes en el mercado de trabajo¹⁰.

Procurando hacer justicia a ese ambicioso objetivo, en 2010 se aprueba en la Unión Europea (UE) la “*Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*” (ISI)¹¹. En este relevante documento, la Comisión propone a la UE una serie de pautas a largo plazo (a realizar durante el periodo 2014-2020) para hacer guiar los procesos y objetivos a conseguir por cada uno de los estados miembros¹², entre los cuales se encuentra: el empleo, la

⁸ Véase la Carta del Presidente Herman Van Rompuy a los miembros del Consejo Europeo sobre el Empleo Juvenil, publicada en Bruselas a fecha de 24 de mayo del 2013 (<http://www.european-council.europa.eu/the-president>). Y *European Council -27/28 June 2013 –Factsheet on youth employment* (<http://www.consilium.europa.eu>).

⁹ Ver Carta del Presidente Herman Van Rompuy a los miembros del Consejo Europeo sobre el Empleo Juvenil.

¹⁰ Sempere Navarro, A: “Novedades Legislativas: Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”, Noticias Breves, Julio del 2013, página: 1.

¹¹ Publicado en Bruselas a 3 de marzo del 2010, COM (2010) 2020 final.

¹² Los objetivos que marca el ISI son representativos de las tres prioridades de crecimiento inteligente, sostenible e integrador, pero no son exhaustivos, pues precisan de una amplia gama de acciones a nivel nacional, comunitario e internacional para sustentarlos. Véase páginas 5 y 6 del texto publicado por la Comisión Europea

educación y la lucha contra la pobreza¹³. Se trata, por tanto, de un ideal perfectamente alcanzable, pero que si bien requiere de la participación de todos los estados miembros, agentes sociales e instituciones europeas para obtener ese triunfo.

La alarmante e inaceptable cifra de jóvenes¹⁴ desempleados debe paliarse gracias al establecimiento tanto a escala nacional, como regional de la UE de un catálogo de iniciativas comunitarias, entre las que destacan: 1) “Juventud en movimiento”¹⁵ (de 15 de septiembre de 2010); 2) “Unión por la innovación”¹⁶

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:ES:PDF>)

Entre las siete iniciativas que propone la Comisión destacan en materia de empleo juvenil las siguientes: 1) “Unión por la innovación”; 2) “Juventud en movimiento”; 3) “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos” y 4) “La plataforma europea contra la pobreza”. Para poder hacer llegar esta información, en la UE se adoptarán directrices y se harán recomendaciones específicas a los Estados miembros, pudiendo la Comisión hacer propuestas para orientar la acción y promover las iniciativas comunitarias.

¹³ En esta Estrategia ISI la UE define el lugar que quiere ocupar en 2020, para ello se fija como reto a conseguir para entonces: 1) un incremento del 75% del empleo entre la población de entre 20 a 64 años, mediante, entre otras cosas, una mayor participación de las mujeres y los trabajadores más mayores, y una integración de los inmigrantes en la población activa; 2) el porcentaje de abandono escolar debe ser inferior al 10%; y 3) se pretende que al menos el 40% de la generación más joven haya cubierto su nivel de estudios universitarios o de Formación Profesional (FP). Véase en este sentido “la Agenda de nuevas cualificaciones y empleos” de 23 de noviembre de 2010.

¹⁴ Según la definición que ofrecen las Naciones Unidas de “juventud”, ésta comprende desde los 15 a los 24 años de edad. Sin embargo en la práctica, la definición operativa de gente joven varía ampliamente de un país a otro, dependiendo de factores culturales, institucionales y políticos. O’Higgins, N: *Desempleo juvenil y políticas de empleo. Una perspectiva global*, Madrid, Colección Informes OIT núm. 54, 2001, página: 11.

¹⁵ En líneas generales se busca aquí: 1) mejorar los programas de movilidad, universidad e investigación (como Erasmus, Erasmus Mundus, Tempus y Marie Curie) y ligarlos a los programas y recursos nacionales; 2) modernizar la educación superior, incluyendo la evaluación comparativa de los resultados de las universidades y de los sistemas educativos en un contexto general; 3) explorar nuevas formas de promover el espíritu emprendedor mediante programas de movilidad para jóvenes profesionales; 4) promover el reconocimiento del aprendizaje no formal e informal; y 5) lanzar un Marco de Empleo de los Jóvenes que subraye las políticas destinadas a reducir la tasa de desempleo de los jóvenes. Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, a la Comisión, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comités de las Regiones de 15 de septiembre de 2010 –Juventud en movimiento- Una iniciativa destinada a impulsar el potencial de los jóvenes para lograr un crecimiento inteligente, sostenibles e integrador en la UE, COM (2010) 477 final.

¹⁶ Entre sus objetivos llama muy especialmente la atención: a) la racionalización de los mecanismos administrativos para facilitar el acceso a la financiación por parte de las PYMES, mejorando el entorno empresarial mediante contrataciones públicas que incentiven la innovación;

(publicado el 6 de octubre de 2010); 3) “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos”¹⁷ (23 de noviembre de 2010); y 4) “Oportunidades para la juventud”¹⁸ (20 de diciembre de 2011).

Todas estas declaraciones de buenas intenciones deberán estar plenamente interconectadas para garantizar que los jóvenes adquieran la formación necesaria que demanda el mercado, facilitando además su inserción laboral. Siendo, a tal fin, imprescindible que los Estados amplíen la inversión pública destinada a educación y formación, dirigiéndose de forma adecuada para lograr la máxima rentabilidad¹⁹. No obstante, para que puedan ponerse en marcha estos programas la Comisión reclama que el Consejo de Europa apoye este inicial plan marco. Se espera pues que éste último concrete, a la mayor brevedad posible, los detalles de la Estrategia incluyendo las directrices integradas y los objetivos nacionales.

La respuesta del Consejo de Europa se hace esperar, llegando finalmente a ver la luz en la cumbre de 27 y 28 de junio de 2013. Efectivamente, tal y como reconoce abiertamente el Consejo, la lucha contra el desempleo juvenil debe ocupar un papel prioritario en el programa a desarrollar por la UE. Se trata de un problema que afecta con especial intensidad a millones de jóvenes en la Eurozona y que está causando gravísimas repercusiones en el desarrollo de estas generaciones²⁰, por no hablar de las consecuencias que a largo plazo va tener en

b) la promoción de la cooperación de conocimientos y reforzar los vínculos entre educación, empresa, investigación e innovación; y c) del espíritu emprendedor por medio del apoyo a jóvenes empresas innovadoras. Ver el documento: Una “Unión por la innovación”: convertir las ideas en empleo, crecimiento ecológico y progreso social, publicado en Bruselas, IP/10/1288.

¹⁷ Se desea aquí modernizar los mercados laborales y potenciar la autonomía de las personas mediante el desarrollo de capacidades a lo largo de su vida con el fin de aumentar la participación laboral y adecuar mejor la oferta y demanda de trabajos, en particular mediante la movilidad laboral. Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, a la Comisión, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comités de las Regiones –Agenda de nuevas cualificaciones y empleos: una contribución europea hacia el pleno empleo- publicada en Estrasburgo, COM (2010) 682 final.

¹⁸ Básicamente persigue: 1) facilitar el desarrollo de capacidades y apoyar la transición de la educación al trabajo; b) apoyar la movilidad en el mercado laboral, y 3) reforzar la aplicación de políticas en el marco. Ver Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, a la Comisión, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comités de las Regiones sobre la “Iniciativa de oportunidades para la juventud”, publicado en Bruselas a fecha de 20 de diciembre de 2011, COM(2011) 933 final.

¹⁹ Hernández Bejarano, M: “La inserción de los jóvenes en el mercado laboral: un difícil reto para las políticas activas de empleo”... op.cit., páginas: 283 y 284.

²⁰ Cuanta más tarde es la incorporación al mercado de trabajo, más se retrasa la proyección de un futuro plan de vida familiar, debiendo los jóvenes convivir con sus progenitores hasta que consigan un empleo estable que les permita vivir dignamente y de forma independiente. Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral...* op.cit., página: 116.

el campo de la Seguridad Social (empobrecimiento y debilitamiento de las prestaciones, alargamiento de la edad de jubilación, disminución de los niveles de cotización a causa de la rotación en el empleo a tiempo parcial y/o temporal y el disfrute del subsidio por desempleo...etcétera).

Principalmente, el enfoque global de choque contra el desempleo juvenil se sustenta en las siguientes medidas: 1) aceleración de la Iniciativa sobre Empleo Juvenil (hasta un total de 6.000 millones de euros) y concentración del esfuerzo al comienzo del periodo 2014²¹; 2) aceleración en la ejecución de la Garantía Juvenil; 3) aumento de la movilidad juvenil²²; y 4) participación de los interlocutores sociales.

Con vistas a lograr los mejores resultados, la UE pone a disposición de aquellos Estados con una tasa de desempleo juvenil superior al 25% (entre los que se encuentra España, Portugal, Grecia, Italia, Francia y Eslovenia) los fondos comunitarios (especialmente los del FSE y otros instrumentos de cohesión provenientes de la reprogramación de fondos estructurales sin gastar) destinados a la creación de empleo, formación profesional y prevención del abandono escolar, reforzando así la nueva iniciativa sobre el Empleo juvenil (2014-2020)²³. Los Estados miembros que sean beneficiarios de la Iniciativa sobre Empleo Juvenil deberán adoptar un plan para abordar el paro de los jóvenes, en particular, mediante la aplicación de la “Garantía Juvenil”. De este modo, se evitará que ningún joven de hasta 25 años se quede más de cuatro meses sin trabajo, formación o periodo de prácticas²⁴. Asimismo, el Banco Europeo de Inversiones (BEI) contribuirá también en la lucha contra el desempleo a través de su iniciativa “Trabajo para jóvenes” y su programa “Inversión en la Capacitación”.

²¹ Este plan de estar preparado para su puesta en funcionamiento en enero de 2014, debiendo ejecutarse entre 2014 y 2015, en lugar de distribuirlo entre el periodo 2014 a 2020 tal y como preveía la Estrategia Europa 2020 (ISI).

²² Se está trabajando para impulsar la movilidad de los jóvenes solicitantes de empleo, por medio del refuerzo del programa “tu primer trabajo EURES” (*your first EURES job*). Para lo cual los Estados miembros podrán hacer uso de parte de las asignaciones que destine el Fondo Social Europeo (FSE) para el apoyo de los regímenes de movilidad transfronteriza. En este sentido, y de igual modo, el programa “Erasmus+”, deberá estar plenamente operativo a partir de enero del 2014.

²³ De los 6.000 millones de euros que la UE destina para la lucha contra el desempleo juvenil, España recibirá: a) 918 millones de euros, procedentes de la partida presupuestaria específica para Empleo juvenil y b) 932 millones de euros, procedentes del FSE.

²⁴ En aras de acceder a estos fondos de financiación, el Gobierno español ha enviado a la Comisión Europea, en diciembre de 2013, el “Plan Nacional de Implantación de la Garantía Juvenil en España”. En este documento se recogen, entre otros, los mecanismos de instrumentación de la “Garantía Juvenil” en nuestro país a través de las medidas de mejora de la intermediación, la empleabilidad, el emprendimiento y la contratación.

Finalmente, destaca la puesta en marcha de un nuevo “Plan de Inversiones” para fomentar el crecimiento y el empleo gracias al apoyo financiero de las PYME. Y es que, resulta fundamental potenciar el emprendimiento y el trabajo por cuenta propia²⁵, como se verá a continuación en el siguiente apartado.

3. EL ESTABLECIMIENTO DE UN MARCO JURÍDICO-POLÍTICO PARA EL CRECIMIENTO DEL EMPLEO JUVENIL EN ESPAÑA: LA LEY DE EMPRENDEDORES

3.1. Plan de medidas de políticas de empleo en España

De conformidad con el marco jurídico que establece la actual Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (BOE núm. 301 de 17 de diciembre de 2003): “*La política de empleo (en España) se desarrollará, dentro de las orientaciones generales de la política económica, en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*” (artículo 1.1). Por lo que, desde un primer momento, se deja claro que la política de empleo nacional queda condicionada a lo dispuesto por la política de integración europea²⁶.

Haciendo gala del ejercicio de competencias que se atribuyen por el art. 3.1 de la Ley del Empleo, se publica en 2011 la Estrategia Española de Empleo 2012-2014²⁷. Normativa que ha constituido desde entonces el nuevo paradigma estratégico de las políticas de empleo que se han de fijar en nuestro territorio (con carácter general) a través del Sistema Nacional de Empleo, señalando para ello, una serie de metas (tanto de carácter económico, como político) y acciones a alcanzar a corto plazo²⁸.

²⁵ Véase las conclusiones del Consejo de Europa de 27 y 28 de junio del 2013 (EUCO 104/2/13 REV 2), páginas: 3 a 5.

²⁶ Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral...* op.cit., páginas: 6 a 49.

²⁷ Aprobada como Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 (BOE núm. 279, de 19 de noviembre de 2011). Normativa que se inserta dentro del Plan Nacional de Reformas.

²⁸ En particular, se determinan seis objetivos de política de empleo: 1) elevación de la tasa de empleo al 74% para la población de entre 30-64 años en el horizonte de 2020, con un sub-objetivo de tasa de empleo femenino para el mismo grupo de edad del 68,5%; 2) reducir la temporalidad y la segmentación del mercado de trabajo; 3) reforzar el trabajo a tiempo parcial y la flexibilidad interna de las empresas; 4) mejorar y adecuar las competencias profesionales a las necesidades del mercado; 5) promover una rápida y adecuada reinserción de las personas en el mercado laboral; y 6) promover la igualdad de género en el mercado.

El fin último que se pretende no es otro que el de: *“fomentar el empleo de la población activa y aumentar la participación de hombres y mujeres en el mercado de trabajo, mejorando la productividad y la calidad en el empleo en un mercado de trabajo sostenible, basado en la igualdad de oportunidades, la cohesión social y territorial”*²⁹. O dicho en otras palabras, de lo que se trata es de hacer justicia al tenor literal del art. 35.1 de la Constitución Española (CE), esto es, al *“derecho al trabajo”*³⁰, en armonía con lo previsto por el art. 40.1 del mismo cuerpo legal: *“los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”*; y lo dispuesto por el artículo 14 de la CE³¹. Ahora bien, no será posible la consecución de dicha meta, si antes no se han asentado las bases para la confección de los instrumentos jurídicos que van a servir de orientación a las políticas públicas hacia la obtención de un empleo estable, de calidad y que asegure plenas garantías laborales a todos los trabajadores³².

²⁹ Véase apartado 3.1 “La estrategia española de empleo 2012-2014 y la estrategia Europa 2020”, página: 22 del texto legal.

³⁰ Como bien señala el profesor J.L. Monereo Pérez, de lo que se trata es de garantizar *“... la protección de la persona del trabajador en el empleo y en el mercado de trabajo..., pero también fuera o al margen del mercado de trabajo a través de las políticas de protección de Seguridad Social por desempleo”*. En Monereo Pérez, J.L.: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral...op.cit.*, páginas: 9 a 12.

³¹ En esta línea, no debemos olvidar la previsión recogida en los arts.21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Así pues, mientras que el primero de ellos versa sobre el principio de no discriminación por razón de sexo, el segundo, evoca el principio de igualdad entre mujeres y hombres. Para un análisis más exhaustivo en esta materia, véase los estudios que realiza la profesora C. Monereo Atienza a dichos preceptos en VV.AA, Monereo Atienza, C Y Monereo Pérez, J.L.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, páginas: 463-480 y 503-529.

De igual modo, debe tenerse presente lo dispuesto por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre del 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (EUR- 32000L0078) y en concreto, sus artículos 2 (en donde se propugna el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres) y 25 (*“La prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo”*).

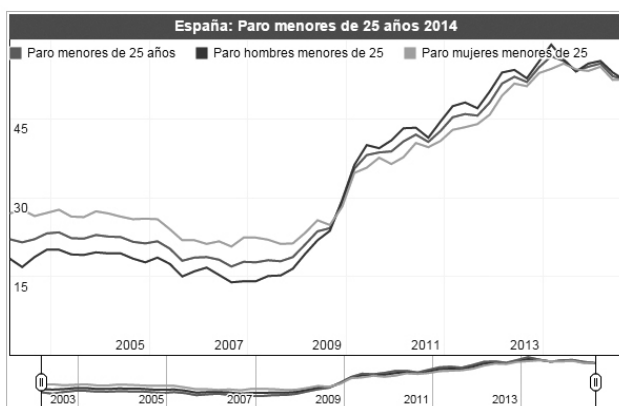
Téngase en cuenta también la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de julio de 2011 (TJCE/2011/277), en donde se realiza una interpretación de las circunstancias que pueden dar lugar a llevar a cabo diferencias de trato por motivos de edad.

³² Punto en el que también insiste la Comisión Europea al hablar de la necesidad de elaborar un marco de calidad para evitar que se utilice a los jóvenes como mano de obra barata y gratuita,

Para la Estrategia Española, la cualificación e inserción laboral de los jóvenes se alza en un plano preferente. No obstante, teniendo en cuenta la heterogeneidad de edades, se han previsto distintas acciones dependiendo de la etapa y el nivel de formación en la que este colectivo se encuentre³³. Asimismo, se impulsa el empleo del contrato para la formación y el aprendizaje como doble vía para la inserción laboral y la formación³⁴.

España: Paro menores de 25 años 2014			
	Paro menores de 25 años	Paro hombres menores de 25	Paro mujeres menores de 25
Septiembre 2014	52,4%	52,3%	52,5%
Junio 2014	53,1%	53,8%	52,4%
Marzo 2014	55,5%	56,0%	54,9%
Diciembre 2013	54,9%	55,6%	54,1%

< Paro menores de 25 años 2013



Gráfica 1. Elaborada por el INE tras un estudio trimestral de la situación del mercado de trabajo en los jóvenes menores de 25 años.

fomentando así una espiral viciosa de empleo precario. A este respecto, hacen saltar las alarmas de la UE acerca de las condiciones en las que trabajan muchos jóvenes en Europa, los hechos ocurridos a fecha de 20 de agosto de 2013 en la ciudad de Londres, lugar en donde muere un becario del Bank of América de 21 años tras estar 72 horas seguidas trabajando (<http://www.thetimes.co.uk/tto/news/uk/article3848066.ece>).

³³ Para los jóvenes menores de 20 años no titulados, las medidas se focalizan hacia la reincorporación al sistema educativo, de la misma manera que para aquellos con edades comprendidas entre 20 y 25 años.

³⁴ Véase también el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual (BOE núm. 270 de 9 de noviembre de 2012).

Tanto los poderes públicos, como los agentes sociales están preocupados por la situación económica y política del empleo juvenil. Así pues, como se refleja en el siguiente gráfico, la tasa de desempleo juvenil en España ha aumentado considerablemente en los últimos años hasta situarse en un 52,4% en los menores de 25 años:

A la vista de estos resultados, el Gobierno Español ha elaborado un elenco de medidas para favorecer la participación laboral de este grupo, evitando así un incremento del desempleo juvenil y potenciando además el crecimiento de la actividad económica que permita crear empleo. Son muestra de todo ello, por matizar en algunas de estas iniciativas: 1) la Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014³⁵; 2) el Acuerdo para el progreso económico y social de Andalucía³⁶; 3) la Resolución de 28 de agosto de 2013, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2013, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2013³⁷ y 4) el Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016³⁸. Para esta última se han contemplado un listado de acciones y/o medidas a ejecutar, entre las que se encuentra la de “mejora de la empleabilidad de los jóvenes y el apoyo al emprendimiento”³⁹. Regla, que si bien, se encuentran en la misma línea que las de aquellas otras que recoge la Ley 3/2012, de 6 de agosto de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: 1) como fomento de la empleabilidad; 2) garantía del empleo y de la contratación indefinida; y 3) facilitación del autoempleo. Concretamente, sobre estas últimas se enmarcan las actuales estrategias de fomento y apoyo al emprendimiento.

³⁵ BOE núm. 31 de 6 de febrero de 2012. Acuerdo suscrito a fecha de 25 de enero del 2012, de una parte, por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) y, de otra parte, por las Confederaciones Sindicales de CCOO y UGT.

³⁶ Firmado a fecha de 20 de marzo del 2013 por UGT, CCOO y la Confederación de Empresarios de Andalucía (CEA). Tienen como destinatarios preferentes, entre otros, a las personas jóvenes menores de 35 años.

³⁷ BOE núm. 217 de 10 de septiembre de 2013.

³⁸ BOE núm. 231 de 23 de septiembre de 2013.

³⁹ Junto a esta se encuentran también: a) la mejora de la empleabilidad de otros colectivos especialmente afectados por el desempleo; b) la mejora de la calidad de la formación profesional en el empleo y; 3) la mejora de la vinculación de las políticas activas y pasivas de empleo. Véase apartado 5 “Estructura y objetivos” de esta resolución.

3.2. Las leyes de medida y apoyo al emprendimiento

Para recuperar la senda del crecimiento económico y de creación empleo en nuestra nación resultará necesario que el Gobierno continúe con el esfuerzo reformista, pero en el sentido auténtico de una reforma propia de un Estado social y democrático de derecho. Para ello las estrategias de empleo juvenil habrán de estar orientadas a la consecución del pleno empleo, es decir, a la obtención de un trabajo decente, digno y de calidad en el marco de un modelo de política de competitividad por innovación y conocimiento, que rechace frontalmente el modelo neoliberal de política de competitividad por reducción de costes y precarización del trabajo. A tal fin todas las miradas se centran en aumentar la calidad y estabilidad de los jóvenes en el empleo a través de los sistemas de inserción laboral que se proponen en la ley de emprendedores.

Recientemente, a nivel nacional se han publicado dos importantes normas en esta materia (las cuales podrán ser aplicables tanto para el ámbito de la empresa privada, como para el caso de que la contratación se realice en el sector público), de un lado la Ley 11/2013, de 26 de julio de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo⁴⁰; y de otro lado la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internalización⁴¹. A nivel andaluz, con motivo del reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas (CCAA), nace el Decreto-Ley de 8/2013 de 28 de mayo, de Medidas de Creación de Empleo y Fomento del Emprendimiento⁴², convalidado a fecha de 28 de junio del 2013 por Resolución

⁴⁰ BOE núm. 179, de 27 de julio del 2013. Previamente a esta, sale a la luz el Real Decreto, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2013). Normativa que trata de dar respuesta y se inserta entre las medidas que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social están llevando a cabo, dentro de la llamada “Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016”.

⁴¹ BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

Esta última normativa ha sido objeto de aclaración por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal a la vista de las dudas interpretativas que le han surgido a una pluralidad de órganos de contratación del Sector Público desde su entrada en vigor. Recordemos que esta Ley 14/2013, de 27 de septiembre, modifica algunos preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –BOE núm. 276 de 16 de noviembre de 2011-), entre los que cabe destacar el art. 146. Para un conocimiento más exhaustivo en esta materia véase la Recomendación de 26 de noviembre de 2013 (JUR/2013/356789).

⁴² BOJA núm. 105, de 31 de mayo del 2013.

de la Presidencia del Parlamento de Andalucía⁴³. De igual modo, en el resto de CCAA se han creado y publicado también leyes de emprendedores como respuesta a esa iniciativa nacional para el fomento del empleo juvenil⁴⁴.

Sin embargo, antes de entrar en el análisis de cada una de las leyes de emprendedores, cabe aludir al “contrato indefinido de apoyo a emprendedores”

⁴³ BOJA núm. 133, de 10 de julio de 2013.

⁴⁴ A saber: Ley núm. 2/2012, de 4 de abril de apoyo a los emprendedores y las emprendedoras y a la micro, pequeña y mediana empresa en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BOE nº 105 de 2 de mayo de 2012); La ley núm. 16/2012, de 28 de junio de Apoyo a las Personas Emprendedoras y a la Pequeña Empresa del País Vasco (Boletín Oficial del País Vasco nº 132 de 6 de julio de 2012); Decreto núm. 97/2012, de 19 de julio, por el que se establece en el marco del emprendimiento, las bases reguladoras de subvenciones relativas al Plan de fomento al emprendedor autónomo y Pyme destinadas a la iniciativa de autoempleo en Castilla-La Mancha (LCLM 2012/167); Orden núm. 2680/2012, de 26 de diciembre, de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se establecen las bases reguladoras para la compensación de cuotas a la Seguridad Social a aquellos emprendedores que creen empleo o prorroguen la duración de los contratos ya existentes, y se convocan subvenciones para el año 2012 (BOCM de 13 de noviembre de 2012); Ley Foral núm. 12/2013, de 12 de marzo, de apoyo a los emprendedores y al trabajo autónomo en Navarra (BOE nº 83 de 6 de abril de 2013); Ley núm. 5/2013, de 19 de junio, de Estímulo a la Creación de Empresas en Castilla y León (BOE nº 168 de 15 de julio de 2013); Ley núm. 5/2013, de 8 de julio, de apoyo a los emprendedores y a la competitividad e internacionalización de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) de la Región de Murcia (Boletín Oficial de la Región de Murcia nº 158 de 10 de julio de 2013); Ley núm. 10/2013, de 21 de octubre, de apoyo a emprendedores, autónomos y Pymes en La Rioja (BOE nº 268 de 8 de noviembre de 2013); Ley núm. 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria (BOE nº 284 de 27 de noviembre de 2013); Decreto núm. 245/2013, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 213/2012, de 19 de octubre, por el que se establecen las bases reguladoras del programa de ayudas para el fomento de la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación en la actividad emprendedora y empresarial de las pequeñas, medianas y grandes empresas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE nº 5 de 9 de enero de 2014); Decreto núm. 36/2014, de 14 de marzo, de Gobierno de Aragón por el que se modifica el Decreto 111/2012, de 24 de abril por el que se aprueba el Programa de Emprendedores y se establecen las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones contempladas en el mismo para la promoción del empleo de aquellos emprendedores que se establezcan como trabajadores autónomos o constituyan microempresas en la Comunidad Autónoma de Aragón (Boletín Oficial de Aragón nº 155 de 19 de marzo de 2014); Orden núm. EMO/114/2014, de 4 de abril, por la que se aprueban las bases reguladoras de la línea de ayudas en forma de garantía para la financiación empresarial de proyectos de autónomos, micro, pequeñas y medianas empresas, y se hace pública la correspondiente convocatoria para la Línea de emprendedores, autónomos y comercios para el año 2014 en Cataluña (DOGC núm. 6604 de 15 de Abril de 2014); Orden de 30 de mayo de 2014, por la que se establecen las bases reguladoras del Programa de las iniciativas emprendedoras y de empleo (I+E+E), cofinanciado por el Fondo Social Europeo, y se procede a su convocatoria para el año 2014 (DOG nº 110 de 11 de junio de 2014); Ley núm. 5/2014, de 25 de julio, de Fomento y Consolidación del Emprendimiento, el Trabajo Autónomo y las Pymes en la Comunidad Autónoma de Canarias (Boletín Oficial de Canarias nº 152 de 7 de agosto de 2014).

que recoge el art. 4 de la Ley 3/2012, de 6 de agosto de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Gracias a esta normativa nace en nuestro sistema *iuslaboralista* un nuevo contrato que, deroga al antiguo “contrato de fomento del empleo estable”, pero que, al igual que hacía su precedente, se dirige, entre otros, a jóvenes entre 16 y 30 años⁴⁵. Entre los estímulos que este contrato ofrece para facilitar el empleo estable aparece, de un lado, una serie de *deducciones fiscales*⁴⁶ (art. 43 del Texto Refundido de la Ley de Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo⁴⁷), de otro lado, *bonificaciones* a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal y, finalmente, *reducciones de las cuotas sociales* durante un periodo de tres años, siendo su cuantía variable dependiendo del colectivo laboral al que se dirija⁴⁸. Las empresas de menos de 50 trabajadores podrán recurrir a esta modalidad de contrato mientras la tasa de desempleo sea superior al 15%, no perdiendo los incentivos indicados siempre que el trabajador se mantenga en su puesto de trabajo al menos durante tres años (tras la superación del periodo de prueba de 1 año).

⁴⁵ Y a mayores de 45 años.

⁴⁶ Estas deducciones serán de 3000 Euros para la contratación del primer trabajador de la empresa cuando sea menor de 30 años, de una parte, y del 50% de una de las cantidades variables atendiendo a la cuantía de prestación que le reste por percibir si se contrata a perceptores de prestaciones por desempleo del nivel contributivo. En este caso, se podrá compatibilizar la prestación por desempleo y el salario hasta un máximo del 25% de aquélla. Ver Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C y Quesada Segura, R: Manual de Seguridad Social, Madrid, Tecnos, 2014, p. 401-402.

⁴⁷ BOE núm. 61 de 11 de Marzo de 2004.

⁴⁸ Véase el art. 4.5 de la Ley 3/2012: ... a) *Jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; de 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y de 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año.*

Cuando estos contratos se concierten con mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado las cuantías anteriores se incrementarán en 8,33 euros/mes (100 euros/año).

b) Mayores de 45 años, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, cuya cuantía será de 108,33 euros/mes (1.300 euros/año) durante tres años.

Cuando estos contratos se concierten con mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado, las bonificaciones indicadas serán de 125 euros/mes (1.500 euros/año).

Estas bonificaciones serán compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

En el supuesto de que el contrato se celebre a tiempo parcial, las bonificaciones se disfrutarán de modo proporcional a la jornada de trabajo pactada en el contrato.

Actualmente, el “contrato indefinido de apoyo a emprendedores” constituye una de las figuras más criticadas tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia. Y ello es porque por ley se ha fijado, como condición *sine qua non*, un período de prueba de 365 días para que el trabajador pueda acceder a la contratación indefinida y, por consiguiente, pueda la empresa disfrutar de todo ese conjunto de beneficios fiscales y de Seguridad Social (hasta un periodo máximo de tres años, contados a partir de la superación del periodo de prueba)⁴⁹. Ciertamente, en momentos de crisis económica se deben adoptar medidas coyunturales para potenciar el empleo estable, ahora bien, entiendo que ello no debe conllevar la disminución de derechos en los trabajadores. La *praxis* ordinaria está demostrando como por obra de ese periodo de prueba tan dilatado en el tiempo (1 año) se ha abierto la puerta a que los empresarios desistan de los contratos celebrados, antes de la terminación del periodo de prueba, creando así un círculo vicioso en donde los trabajadores (previamente contratados) son despedidos y sustituidos por segundos trabajadores, de cuyos contratos nuevamente desistirá el empresario y así sucesivamente⁵⁰. Los temas centrales en los que se centra este intenso debate se sitúa en torno a estas tres cuestiones: 1) la naturaleza jurídica del periodo de prueba y si en caso de desistimiento constituiría éste un despido *ad nutum*⁵¹; 2) la necesidad o no de alegar una causa para proceder al desistimiento del trabajador⁵² y el

⁴⁹ Para un conocimiento más completo véase, Monereo Pérez, J.L: “Nuevos contenidos de la Negociación Colectiva y límites legales de los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba”, *Temas Laborales, monográficos sobre los efectos de la reforma laboral en la negociación colectiva*, nº 120, 2013, páginas 439 y siguiente, en particular, páginas 473 y 477.

⁵⁰ Véase, a este respecto, la STC de 17 de julio de 2014, en donde tan sólo el voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a esta sentencia con recurso inconstitucionalidad núm. 5603-2012 (y al que se adhiere la Magistrada Doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado Don Luis Ignacio Ortega Álvarez) camina en esta misma línea (Apartado III, punto 5 del voto particular)).

⁵¹ Argumenta la opinión mayoritaria del TC en su sentencia de 17 de julio de 2014 que: “... el desistimiento durante el periodo de prueba no constituye un despido, sino la plasmación, a través de una declaración de voluntad, de una condición resolutive, positiva y potestativa, expresamente asumida por las partes en el momento de suscripción del contrato. Es cierto que la posibilidad legal de introducir en el contrato tal condición resolutive (...) constituye un mecanismo que habilita la extinción contractual *ad nutum* a iniciativa empresarial. Desde esta perspectiva, por tanto, el periodo de prueba admitido y regulado por el legislador puede actuar como una limitación del derecho a la estabilidad en el empleo (...) y que, por tal razón, entra en conexión con el art. 35.1 Constitución Española...”.

⁵² En este punto argumenta la tesis mayoritaria del Constitucional que: “... el legislador ha optado, como regla general, por admitir en las relaciones laborales la posibilidad de pactar un periodo de prueba, durante cuyo transcurso, cualquiera de las partes –incluido el empresario-

derecho a una indemnización⁵³ y 3) la razonabilidad o no de la duración del periodo de prueba⁵⁴ y los límites que a la negociación colectiva impone la Ley 3/2012⁵⁵.

puede proceder a la resolución contractual. De este modo la admisión normativa de dicha estipulación se configura como una excepción al carácter causal que el ordenamiento legal, también como regla general, exige a las extinciones contractuales a iniciativa empresarial; sin perjuicio, claro está, de que, como este Tribunal ha reiterado, la motivación de la decisión extintiva se encuentre limitada por el necesario respecto a los derechos fundamentales y el principio de no discriminación” (Véase el Fundamento Jurídico nº 3 en su apartado c).

Por el contrario, el voto particular a esta sentencia de 17 de julio de 2014 sostiene que “... las resoluciones impugnadas... aparece reforzadas por el hecho de que tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rijan entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condición de fondo y forma. (...) No debe olvidarse... que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se concreta en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa. (...) la desregulación de las dos grandes modalidades de despido (por incumplimiento del trabajador de los deberes contractuales y por razones relacionadas con el funcionamiento de la empresa) resultaría de todo punto incompatibles con el art. 35.1 CE, de modo que queda proscrito, por mandato constitucional, el establecimiento de extinciones *ad nutum*... pues la medida afectaría al contenido esencial del derecho al trabajo (Ver apartado III, punto 2 de este voto particular).

En el ámbito comunitario, el reconocimiento expreso del derecho “de todo trabajador a una protección en caso de despido injustificado” se encuentra expresamente reconocido en el art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2009 (Carta de Niza), incorporada al Tratado de la Unión... Esta incorporación ha tenido el efecto de reforzar notablemente el carácter causal del despido y la necesidad de adoptar sistemas de “reacción adecuados” contra los ceses empresariales, a fin de evitar el debilitamiento del derecho del trabajo y, a su través, el vaciamiento de su función tuitiva, que ha de entenderse integrada en su código genético (Apartado III, punto 2, letra a) de este voto particular)”.

⁵³ Sobre este tema la STC de 17 de julio de 2014 declara la pérdida del derecho a una indemnización cuando el trabajador es despedido sin causa durante el periodo de prueba, lo que priva al trabajador de sus derechos laborales (tal y como sostiene el voto particular que formula el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré).

En la misma línea del voto particular a la anterior STC (y, por consiguiente, en contra de lo que sostiene la opinión mayoritaria), la Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona de 19 de noviembre de 2013 (AS 2013/2802) entiende que el hecho de que la Ley 3/2012 se publique en un momento de crisis económica no puede conllevar dejar desprotegido a los derechos de los trabajadores. De ahí que declare el desistimiento durante el periodo de prueba de un trabajador contratado bajo la fórmula del “contrato indefinido de apoyo a emprendedores” como un despido improcedente. Debiendo el empleador optar por la readmisión del trabajador o el derecho a un indemnización calculada a razón de 45 días de salario por año de servicio (Ver el Fundamento de Derecho Quinto de esta sentencia).

⁵⁴ Defiende el TC, posición mayoritaria, en su Sentencia de 17 de julio de 2014 que: “... la introducción del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores y del régimen jurídico que lo acompaña no constituye sino una nueva actuación del legislador sobre la duración de la contratación laboral y de la estabilidad en el puesto de trabajo. Pretende ofrecer una

Pasando ya al análisis de las distintas leyes de emprendedores aparece, en primer lugar, la Ley 11/2013 de 26 de julio, la cual se caracteriza, principalmente, por contener una regulación muy heterogénea en la que confluyen todo un elenco de disposiciones de carácter laboral, de Seguridad Social, fiscal, de sector (hidrocarburos, ferroviario...), de lucha contra la morosidad...etc, que modifican diversos preceptos del actual Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Segu-

respuesta que entiende adecuada ante una situación de grave crisis del empleo como la que refleja el preámbulo de la Ley 3/2012, donde se deja constancia de una cifra de paro de 5.273.600 personas....

Respecto a la determinación de la duración razonable, la OIT ha afirmado que se trata de un aspecto que corresponde resolver a cada Estado. El límite de duración de tal período lo ha fijado en que no sea “excesivamente largo”...

(...) Atendido el contexto de grave crisis económica y alto desempleo... hemos de afirmar que la fijación en esta modalidad contractual de un periodo de prueba superior al generalmente previsto para las demás relaciones laborales encuentra justificación; no sólo en la finalidad típica de todo período de prueba sino, sobre todo, en la específica y legítima finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como instrumento para contribuir, junto con otras medidas de su régimen jurídico, a promover la creación de empleo establece, de conformidad con el mandato que el art. 40.1 CE dirige a los poderes públicos para llevar a cabo una política orientada al pleno empleo (Apartado 3, letra e) de los Fundamentos Jurídicos”.

Por el contrario, el Magistrado Valdés Dal-Ré considera que: “... un período tan excesivo no es “razonable”, como exige el convenio de la OIT, pues priva al trabajador de lo esencial de sus derechos en materia de despido, colocándolo en una situación comparable a la existente en un momento anterior a la Ley 13 de julio de 1973 en la cual la carga de la prueba del abuso de la ruptura recaía en el trabajador. Y concluyo su razonamiento estimando que esa regresión es contraria a los principios fundamentales del derecho del trabajo, desarrollados por la jurisprudencia y reconocidos por la ley, privando a los trabajadores de las garantías de ejercicio de su derecho al trabajo.

(...) Como se desprende de la regulación transcrita, el límite temporal es decisivo para el logro de una adecuada configuración legal del periodo de prueba que garantice el constitucionalmente exigible equilibrio entre los intereses de los empresarios y de los trabajadores. Al formar parte el principio de causalidad del contenido esencial del derecho del trabajo *ex art.* 35.1 CE, la limitación temporal del periodo de prueba confiere a la suspensión de dicho principio un carácter transitorio, asegurando su activación una vez transcurrido ese plazo. En tal sentido, no estará de más recordar que el Convenio 158 de la OIT autoriza a los Estados a “exceptuar” el régimen causal durante el periodo de prueba “siempre que la duración se haya fijado de antemano y sea razonable” (art. 2.2 b). El Convenio se constituye así en un canon interpretativo insoslayable” (Apartado III, punto 5)).

⁵⁵ Tanto la opinión mayoritaria, como el voto particular a la STC de 17 de julio de 2014 afirman que la previsión que contiene el art. 4.3 de la Ley 3/2012, impone un límite a la negociación colectiva al no permitir que ésta pueda fijar un periodo de duración menor para ese periodo de prueba. Ahora bien, mientras que la tesis mayoritaria entiende que esta medida resulta razonable dada la situación económica de nuestro país, por el contrario, el voto particular defiende que se está produciendo una intromisión en el derecho a la negociación colectiva, el cual es reconocido en nuestra Carta Magna (Véase STC de 17 de julio de 2014).

ridad Social (LGSS). En lo referente al ámbito profesional, la normativa busca impulsar un conjunto de medidas orientadas a una doble dirección: a) el autoempleo y emprendimiento, y b) la inserción laboral por cuenta ajena. Haciendo además, partícipes de estas disposiciones tanto a instituciones públicas y privadas, como empresas y organizaciones que deseen colaborar⁵⁶.

Para incentivar el autoempleo de los más jóvenes (1º bloque de medidas) deberá, previamente, incentivarse a todos los niveles de nuestra sociedad un espíritu emprendedor. Encontrándose a este fin la clave de éxito en la reforma del sistema educativo⁵⁷. En esta línea de pensamiento se presenta, en segundo lugar, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre que incorpora ahora en todas las etapas de la Educación Básica (Primaria y Secundaria), Formación Profesional (FP) y Bachillerato; un revolucionario mecanismo que persigue, sin ambages, reforzar las competencias y habilidades necesarias para despertar en los jóvenes ese espíritu emprendedor. Para lo cual el personal docente habrá de adquirir las competencias y habilidades necesarias, a través de la formación inicial y permanente, cumpliendo así de forma eficaz con dicho objetivo. De igual modo las Universidades no pueden quedar exentas, siendo necesarias en ellas la ejecución de tareas de información y asesoramiento para que los estudiantes se inicien en el emprendimiento⁵⁸.

Al margen de estas medidas de las que muchos jóvenes no han podido actualmente beneficiarse, llaman poderosamente la atención, primeramente, un conjunto de reducciones y bonificaciones a la Seguridad Social⁵⁹ que mediante Ley 11/ 2013 se han previsto que puedan ser de aplicación a los menores de 30

⁵⁶ Véase Preámbulo de la Ley 11/2013, de 26 de julio.

⁵⁷ En esta línea, VV.AA: *Empleo Juvenil en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, páginas: 55 a 81.

⁵⁸ Véase Título I. “Apoyo a la iniciativa emprendedora”, concretamente en su capítulo I. “Educación en emprendimiento” (artículos 4, 5 y 6). Como consecuencia de ello, el legislador ha encomendado a las administraciones educativas la revisión y adecuación de los currículos de las enseñanzas regladas a estos nuevos fines.

Ya en la Universidad de Granada se ha iniciado esta tarea gracias a la apertura de un curso para el fomento de la capacidad emprendedora a través del Centro de Promoción de Empleo y Prácticas (CPEP). A este respecto, puede consultarse el anuncio que realiza el periódico Ideal de Granada a fecha de 29 de octubre de 2013 en su página 12.

⁵⁹ Sobre este punto, la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS) ha emitido un comunicado, con fecha de julio de 2014, en donde lamenta y denuncia que el legislador haya tenido que recurrir a estas medidas incentivadoras para fomentar la contratación de parados, menguando así, por consiguiente, los ingresos de una precaria tesorería con el pretexto de impulsar una contratación laboral exhaustiva por las medidas de flexibilidad. Exponen así: “Con independencia de que tales incentivo provocan en realidad un efecto sustitutivo, es decir, no crean empleo neto sino que determinan el empleo de los integrantes de un colectivo en lugar de los de

o de 35 años (en el caso de las mujeres) que deseen iniciar su actividad profesional por cuenta propia⁶⁰ y no empleen a trabajadores por cuenta ajena⁶¹. Entre las primeras se encuentran las que enumera el artículo 1 de esta ley y que pretenden incentivar a los jóvenes con la atribución de una reducción (durante 15 meses) de las cuotas a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondientes, en función de la base de cotización elegida y el tipo aplicable. Reducción que será equivalente al 30% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima de cotización aplicable al tipo mínimo de cotización vigente en cada momento (incluida la incapacidad temporal)⁶². Asimismo, durante los 15 meses siguientes al término del periodo de reducción se podrán obtener una bonificación por el mismo importe que la antedicha reducción.

otros, y de que según la teoría económica el impacto de tales incentivos se halla muy desacreditado, pues se considera como una “lluvia de mayo” que refuerza una decisión ya tomada, pero en muy pocos casos mueve por sí misma a emplear, estas atractivas reducciones suponen otras tantas vías de agua para un barco que atraviesa momentos difíciles en varios de sus parámetros de gasto, como el de las prestaciones por desempleo o las pensiones, por lo que deberían suprimirse en todas sus fórmulas”. Ver Archivo: “AESS. Comunicado. Tarifa plana y tarifa joven de la Seguridad Social (estudio; Lápiz Rosa).

⁶⁰ En opinión del profesor A. Sempere Navarro: “*Contrasta la voluntad legislativa de la reforma laboral de 2012 que pretendía racionalizar a través de la supresión de las bonificaciones a la Seguridad Social la creación dispersa de estos incentivos con la creciente promulgación de normativa diversa que vuelve a fomentarlos y que crea una confusión en los empresarios ante el cúmulo de normas en materia de bonificaciones y reducciones a la Seguridad Social*”. Véase Sempere Navarro, A: “Novedades Legislativas: Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”... op.cit., página: 1.

⁶¹ “*Las bonificaciones y reducciones de cuotas previstas en la presente ley se financiarán con cargo a la correspondiente partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) y se soportará por el presupuesto de ingresos de la Seguridad Social, respectivamente*” (Disposición adicional primera, apartado 1 de la Ley 11/2013).

“*Las bonificaciones y reducciones de cuotas de la Seguridad Social se aplicarán por los emprendedores con carácter automático, sin perjuicio de su control y revisión por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la Tesorería General de la Seguridad Social y por el SPEE, en sus respectivos ámbito de competencia*” (Disp. adicional 1º, apartado 2 de la Ley 11/2013).

Para Un Estudio Más Completo Ver, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M y Casas Baamonde, M.E: “El uso del Decreto Ley como instrumento de las reformas laborales. La garantía juvenil y la tarifa plana para el fomento del empleo y la contratación indefinida”, *Relaciones Laborales*, nº 4, 2014, página 6 de la edición digital. Aragón Gómez, C: “Una aproximación al cuadro actual de incentivo al empleo, haciendo especial referencia a la tarifa plana en la cotización a la Seguridad Social”, en VV.AA, García-Perrote Escartín, I y Mercader Uguina, J.R: *Las reformas laborales y de Seguridad Social de la Ley 11/2013 de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero*, Pamplona, Lex Nova- Thomsin Reuters, 2014, páginas: 196 y siguientes.

⁶² Para las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33% que se establezcan como trabajadores autónomos, la reducción y bonificación será del 50% (en las mismas condiciones).

En el caso de los menores de 30 años que causen alta inicial en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) o que no hubiesen estado en situación de alta en los cinco años inmediatamente anteriores, se podrán aplicar ciertas reducciones y bonificaciones sobre la cuota por causas comunes hasta un periodo máximo de 30 meses, siguiendo esta escala⁶³: (i) la reducción será equivalente al 80% de la cuota durante los 6 meses siguientes a la fecha del alta; (ii) al 50% de la cuota en los posteriores 6 meses; (iii) al 30% en los siguientes 3 meses; y (iv) se bonificará con el 30% de la cuota en los 15 meses siguiente al término del periodo de reducción⁶⁴.

Seguidamente, cabe destacar un conjunto de medidas que posibilitan para compatibilizar la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia cuando así lo establezcan los programas de empleo destinados a colectivos con mayores dificultades de inserción laboral. Así pues, en tanto el programa de fomento al empleo lo permita, podrán los menores de 30 años que no tengan trabajadores a su cargo beneficiarse de esta posibilidad durante un máximo de 270 días y siempre que lo soliciten antes del plazo de 15 días desde el inicio de la actividad por cuenta propia (art. 2 y 3 de la Ley 11/2013).

En tercer lugar, aparecen en esta ley de 26 de julio del 2013 una ampliación de las posibilidades de aplicación de la capitalización de la prestación por desempleo. A este respecto, el artículo 4 permite que los menores de 30 años (o 35 años en el caso de mujeres) puedan percibir de una sola vez el 100% del importe de la prestación por desempleo para su aportación al capital social de una mercantil de nueva constitución o constituida en un plazo máximo de 12 meses anteriores a su aportación⁶⁵. Ahora bien, será requisito indispensable que éstos desarrollen en la mercantil su actividad laboral con carácter indefinido⁶⁶.

⁶³ Cabe señalar que ambas bonificaciones y reducciones son perfectamente compatibles, siempre que no superen el plazo máximo de 30 meses.

⁶⁴ Escala que se ha visto progresivamente ampliada en el caso de los trabajadores por cuenta propia con un grado de discapacidad igual o superior al 33% que tengan menos de 35 años y que causen alta inicial o no hubiesen estado en situación de alta en los cinco meses inmediatamente anteriores. A saber: (i) la reducción será equivalente al 80% durante los 12 meses y (ii) al 50% durante los cuatro años siguientes.

⁶⁵ Se modifica así el apartado 1 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE núm. 298 de 13 de Diciembre de 2002).

⁶⁶ A este respecto, resulta interesante destacar que en por medio de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, se han creado dos nuevas figuras mercantiles: de un lado, “el emprendedor de Responsabilidad limitada” (Capítulo II, artículos 7 a 11); y de otro lado, “la Sociedad Limitada de Formación Sucesiva” (Capítulo III, en su arts. 12).

En cuarto lugar, se podrá suspender o reanudar el cobro de la prestación por desempleo cuando el trabajador autónomo haya realizado un trabajo por cuenta propia inferior a 24 meses o en el caso de los menores de 30 años, inferior a 60 meses (artículo 5 de la Ley 11/2013).

En quinto lugar, el legislador ha permitido que los menores de 30 años puedan voluntariamente decidir si cotizar o no por contingencias profesionales, incluida la cobertura por cese de la actividad (art. 6 de la Ley 11/2013).

En sexto lugar, para no penalizar excesivamente a los trabajadores pluriempleados, se reducen las cuotas de la Seguridad Social para aquellos que coticen en el Régimen General y en otro Régimen a tiempo completo cuando realicen una actividad económica alternativa. Se pretende de este modo de estimular nuevas altas en el RETA (arts. 28 y 29 –Título II- de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre).

Adicionalmente, las leyes 11/2013 y 14/2013 disponen de otra serie de medidas, al margen de las de naturaleza social, que igualmente procuran impulsar y apoyar la actividad de los jóvenes emprendedores, a saber: 1) al objeto de frenar el excesivo número de gastos que supone el inicio en el desempeño del trabajo por cuenta propia, se han previsto diversas medidas de apoyo fiscal (por ejemplo: deducciones en el Impuesto de Valor añadido, Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas)⁶⁷; 2) se han introducido medidas para agilizar a través de los sistemas telemáticos todos y cada uno de los trámites para el arranque, ejercicio y cese de la actividad emprendedora (arts. 13 a 20 de la Ley 14/2013); 3) para apoyar la financiación del emprendimiento (arts. 31 a 35 de la Ley de 27 de septiembre de 2013); 4) de fomento del crecimiento y desarrollo de los proyectos empresariales (entre otros, se han creado medidas de simplificación de cargas administrativas –arts. 36 a 41-, para impulsar la contratación pública con emprendedores –arts. 42 a 47-, de simplificación de los requisitos de información económica financiera –arts. 48 y 49-); y por último, 5) con vistas no sólo a atraer inversión y talento a España, sino también a diseñar una estrategia de impulso de la internacionalización de la economía española, la ley 14/2013 ha impuesto el establecimiento de dos tipos de disposiciones, de un lado, aquellas que se destinan al fomento de la internacionalización (arts. 50 a 60) y, de otro lado, otras que inciden en la facilitación e incentivación de la movilidad internacional (arts. 61 a 76).

Un 2º bloque de medidas lo conforman aquellos estímulos que se destinan hacia la inserción laboral de jóvenes por cuenta ajena y de creación de empleo (Título I, Capítulo III). Constituyen todos ellos mecanismos complementarios al anterior grupo, puesto que en la medida en que quede garantizado el crecimiento

⁶⁷ Arts. 7 y 8 de la Ley 11/2013 y arts. 23 a 27 de la Ley 14/2013. Además, téngase en cuenta la disposición final octava de la Ley 14/2013 por la que se modifica el art. 7 de la Ley 11/2013.

de los mercados (es decir, cuanto la tasa de desempleo en España se sitúe por debajo del 15%) se podrá entonces incentivar la contratación por cuenta ajena de trabajadores noveles. No obstante permiten también que, actualmente, empresas ya constituidas puedan contratar a jóvenes en desempleo al tiempo que adquieren una formación o una primera experiencia profesional.

En primer lugar, como mecanismo de estímulo hacia el empleo de carácter coyuntural se inserta la figura del contrato a tiempo parcial (art. 9 de la Ley 11/2013). Aunque la nueva ley no modifica en absoluto el régimen jurídico previsto para esta tipo de contratación por el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores (ET)⁶⁸, sí pretende aparentar, bajo la atribución de una serie de variantes a cumplir por la empresa y por el trabajador⁶⁹ para la obtención de beneficios, que el fin último no es otro que el de fomento del empleo de los más jóvenes a través de la formación⁷⁰.

En lo que respecta a la empresa, incluidos trabajadores autónomos, que contraten a trabajadores menores de 30 años bajo esta forma jurídica: 1) tendrán derecho a disfrutar durante un máximo de 12 meses de una reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes del (a) 100% cuando la plantilla de la empresa conste de menos de 250 trabajadores o (b) del 75% en empresas que ocupen 250 o más trabajadores⁷¹; 2) deberán no haber

⁶⁸ Pudiendo éste ser por tiempo indefinido o por duración determinada, no debiendo la jornada ser superior al 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable (art. 9.4 de la Ley 11/2013).

⁶⁹ A este respecto, se ha añadido un nuevo requisito a cumplir por el trabajador y es que deberá éste ser beneficiario del Sistema Nacional de Garantía Juvenil en España (Art. 9.2 en su letra e)). Véase, en este sentido, el número 2 del artículo 9 redactado por el artículo 4 del R.D.-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores («B.O.E.» 21 diciembre) y la letra e) del número 2 del artículo 9 introducida por el apartado uno del artículo 108 del R.D.-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia («B.O.E.» 5 julio).

⁷⁰ A este respecto véase el estudio que realiza la profesora Beatriz Lleó Casanova en “Novedades en materia de contratación laboral introducidas por el RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 34, 2013, páginas: 15-18. En esta misma línea, Sempere Navarro, A: “Novedades Legislativas: Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”... op.cit., página: 3. Sierra Benítez, E.M: “Las medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: aspectos laborales tras la promulgación de la Ley 3/2012”, en VV.AA: *Economía Española y Protección Social*, Madrid, Asociación de Actuarios, Estadísticos y Economistas de la Seguridad Social, 2013, páginas: 224 y 225.

⁷¹ Ahora bien, cuando el trabajador esté cursando formación o lo haya cursado en los seis últimos meses, podrá el disfrute de ese beneficio ser prorrogado por otros 12 meses (art. 9. 1 apartado segundo).

adoptado, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, decisiones extintivas improcedentes (1º límite)⁷²; 3) deberán mantener el nivel de empleo alcanzado con el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, al menos, por un periodo equivalente a la duración de dicha figura con un máximo de 12 meses desde su celebración⁷³. En caso contrario se procederá al reintegro de los incentivos (2º límite)⁷⁴.

Por su parte, los trabajadores deberán encontrarse en alguno de los siguientes supuestos: a) no tener experiencia laboral o que ésta sea superior a 3 meses; b) proceder de otro sector de actividad⁷⁵; c) ser desempleado y estar inscritos en la oficina de empleo durante los últimos 18 meses de manera ininterrumpida; d) carecer de título oficial de enseñanza obligatoria, de título de formación profesional o de certificado de profesional.

Se combinan en este modelo formación con empleo⁷⁶, no obstante, claramente la preferencia es a favor del segundo frente al primero. Efectivamente, la formación podrá no estar vinculada a la actividad a desarrollar⁷⁷ y, de igual

⁷² Límite que afectará *“únicamente a las extinciones producidas a partir del 24 de febrero de 2013, y para la cobertura de aquellos puesto de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro centros de trabajo”* (art. 9.5 de la Ley 11/2013).

⁷³ Ambos límites están presentes también en el contrato indefinido de un joven por microempresas y empresarios autónomos (art. 10 de la Ley 11/2013), y el primer empleo joven (art. 12 de la Ley 11/2013).

⁷⁴ Se explicitan a continuación los supuestos en los que no se considerará incumplida la obligación de mantenimiento del empleo: 1) cuando se extinga por causas objetivas; 2) por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como precedente; 3) por extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores; 4) expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, o por resolución durante el periodo de prueba (art. 9.6 de la Ley 11/2013).

⁷⁵ A este respecto, considera el profesor A. Sempere Navarro, que la finalidad de esta regla no es otra que la de ofrecer una forma de recualificación para los trabajadores de los sectores más afectados por la crisis. Véase Sempere Navarro, A: *“Novedades Legislativas: Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”*... op.cit., página: 3.

⁷⁶ *“Los trabajadores deberán compatibilizar el empleo con la formación...”* (Art. 9.3 apartado primero de la Ley 11/2013).

⁷⁷ *“La formación, no teniendo que estar vinculada específicamente al puesto de trabajo objeto del contrato, podrá ser: a) Formación acreditable oficial o promovida por los servicios públicos de empleo; b) Formación en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación de una duración mínima de 90 horas en cómputo anual”* (Art. 9.3 apartado segundo de la Ley 11/2013).

modo, no necesitará atribuírsela al trabajador durante el desempeño de la relación laboral⁷⁸.

En segundo lugar, se presenta el contrato indefinido para microempresas y empresarios autónomos (art. 10 de la Ley 11/2013), el cual queda orientado hacia la contratación de menores de 30 años sin experiencia laboral en empresas de 9 o menos trabajadores. Por lo que a efectos de motivar dicha contratación, las empresas podrán beneficiarse de una reducción del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes durante el primer año⁷⁹.

En tercer lugar, aparecen los incentivos a proyectos de emprendimiento joven (art. 11, Ley 11/2013). Destinados, básicamente, a aquellos emprendedores menores de treinta años y sin trabajadores asalariados que a fecha de 24 de febrero de 2013 contraten por primera vez y de forma indefinida (ya sea a tiempo completo o parcial) a personas desempleadas mayores de 45 años. A estos efectos, para concertar esta modalidad contractual, el trabajador deberá además cumplir alguno de los siguientes requisitos: (i) haber estado inscrito durante 12 meses en un plazo superior de 18 meses en la oficina de empleo; (ii) haber agotado su prestación por desempleo o; (iii) resultar beneficiario del programa de recualificación profesional (PREPARA)⁸⁰, lo que dará lugar a la concesión de una reducción del 100% de todas las cuotas empresariales de Seguridad Social durante un periodo de 12 meses.

Con el título de “primer empleo joven” se enuncia, en cuarto lugar, uno de los instrumentos contractuales más criticados por la doctrina⁸¹ a causa de la

Téngase en cuenta también el RD 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad (BOE núm. 27 de 31 de diciembre de 2008).

⁷⁸ “... o justificar haberla cursado en los seis meses previos a la celebración del contrato” (Art. 9.3 apartado primero de la Ley 11/2013).

⁷⁹ Este contrato es incompatible con el “contrato indefinido de apoyo a emprendedores” que regula el art. 4 de la Ley 3/2012 (art. 10.2 letra a) de la Ley 11/2013).

⁸⁰ Véase la Resolución de 1 de agosto de 2013, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero (BOE núm. 196, de 16 de agosto de 2013).

⁸¹ Lleó Casanova, B: “Novedades en materia de contratación laboral introducidas por el RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”... op.cit., páginas: 1-12. Sempere Navarro, A: “Novedades Legislativas: Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”... op.cit., página: 3.

temporalidad en el empleo contractual (art. 12, Ley 11/2013)⁸². En efecto, el legislador al introducir como causa justificativa para la contratación temporal la obtención de una primera experiencia profesional, en realidad lo que pretende es establecer la figura del contrato temporal no como mecanismo para responder a las necesidades temporales de trabajo en las empresas, sino como vía o trampolín de acceso al mercado de trabajo para los jóvenes menores de 30 años que carezcan de nula experiencia laboral o cuando sea ésta inferior a tres meses⁸³.

No obstante y pese a lo expuesto, a simple vista choca bastante que pueda dirigirse este nuevo mecanismo a jóvenes que ya hayan trabajado anteriormente por un máximo de tres meses cuando, por el contrario, el rótulo de este precepto específicamente indica que la finalidad es la obtención de un “primer empleo”. Ello plantea el interrogante de si en vez de hablar de “experiencia laboral” tenía el legislador de 2013 que haber seguido el mismo sentido que expresa el RD 1543/2011 de 31 de octubre, al regular las prácticas no laborales a jóvenes⁸⁴ y diferenciar así entre los conceptos de “experiencia laboral” y “experiencia profesional”⁸⁵.

Se trata por tanto, de un contrato temporal propio con las excepciones establecidas por el art. 15.1 b) ET y que consta de una duración mínima de tres meses y una máxima de seis meses, ampliable a 12 meses cuando así se esta-

⁸² Se supone que uno de los aspectos que más se han criticado a nivel europeo es el excesivo recurso a la temporalidad en el empleo de los más jóvenes. Y es que con frecuencia se emplea esta vía de forma abusiva, gracias al concierto de condiciones laborales precarias.

⁸³ Recordemos que los contratos coyunturales no responden a una necesidad organizativa o productiva de la empresa, sino que su finalidad es el fomento del empleo. Hasta hoy día, los únicos contratos temporales coyunturales que encontrábamos en nuestro ordenamiento jurídico son los previstos por el art. 15 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción (BOE núm. 299 de 14 de diciembre de 2007), modificado por la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (BOE núm. 315 de 31 de diciembre de 2009).

⁸⁴ Véase RD 1542/2011, de 31 de octubre por el que se regulan las prácticas no laborales en empresa (BOE núm. 278, de 18 de noviembre de 2011).

Art. 1: *“El presente real decreto regula las prácticas no laborales en empresas o grupos empresariales... dirigidas a personas jóvenes que, debido a su falta de experiencia laboral, tengan problemas de empleabilidad”*.

Art. 3.1: *“Las prácticas no laborales irán dirigidas a personas jóvenes desempleadas inscritas en la oficina de empleo, con edades comprendidas entre 18 y 25 años inclusive, que... no deberán haber tenido una relación laboral u otro tipo de experiencia profesional superior a tres meses en la misma actividad...”*.

⁸⁵ Lleó Casanova, B: “Novedades en materia de contratación laboral introducidas por el RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”... op.cit., páginas: 3 y 4.

blezca por convenio colectivo sectorial (art. 12.2 de la Ley 11/2013)⁸⁶. Ahora bien este contrato podrá transformarse en indefinido al término del periodo mínimo de tres meses⁸⁷, lo que otorgará a la empresa ciertas bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social⁸⁸.

Ciertamente, para alcanzar el objetivo que se pretende de “mejora de la empleabilidad en los jóvenes” no basta, en mi opinión, con esa breve duración de tiempo, sino que sería preciso que esa primera toma de contacto se ajustara al objetivo último de obtención de una formación profesional acreditable en los términos del RD 1224/2009 de 17 de julio, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral (BOE núm. 205, de 25 de agosto de 2009) en desarrollo de la LO 5/2000 de 19 de julio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional⁸⁹. De igual modo, no pienso que pueda fomentarse la creación de empleo estable y de calidad para los jóvenes copiando las mismas fórmulas contractuales temporales existentes a día de hoy por el ET. Resultará, por consiguiente, necesario que el legislador frene los actuales abusos a los que se encuentran sometidos los jóvenes mediante la imposición de medidas correctoras y limitadoras. De lo contrario, las cifras de trabajo precario se mantendrán y alzarán de manera estrepitosa en nuestro país.

En quinto lugar y como novedad, el art. 13 de la Ley 11/2013 ha modificado el régimen previsto para los contratos en práctica por el art. 11.1 del ET. Así pues, de un lado se ha eliminado el límite temporal (de 5 años de manera general o de 7 en caso de discapacitados) para la obtención del título o certificado de profesionalidad habilitante para el desempeño del contrato en prácticas por menores de 30 años y de otro lado se ha concedido a los empresarios una bonificación del 50% de la cuota empresarial por contingencias comunes durante la vigencia del contrato de trabajo. Ahora bien cuando se trate de traba-

⁸⁶ Véase a este respecto Lleó Casanova, B: “Novedades en materia de contratación laboral introducidas por el RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”... op.cit., página: 10. Para esta autora resulta incomprensible cómo mientras que en las prácticas no laborales en empresa la duración máxima es de nueve meses, en el tipo contractual establecido por el art. 12.2 la duración del contrato es inferior, a pesar de que la finalidad en ambas es la misma, esto es, la adquisición de una primera experiencia profesional en donde no se tiene en cuenta el nivel de cualificación del joven.

⁸⁷ “*El contrato es ciertamente un periodo de prueba ampliado...*”. Ver Sempere Navarro, A: “Novedades Legislativas: Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”... op.cit., página: 3.

⁸⁸ Véase art. 12. 4 de la Ley 11/2013: “Las empresas..., que, una vez transcurrido un plazo mínimo de tres meses desde su celebración, transformen en indefinido los contratos a que se refiere este artículo tendrán derecho a una bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social... durante tres años”.

jadores que al tiempo de dicha contratación estuviesen realizando prácticas no laborales en la empresa, la reducción será del 75% (art. 13.2, Ley 11/2013)⁹⁰. En el caso de que el contrato se formalice con personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, se aplicará de forma adicional una bonificación del 50 % cuando se contraten en prácticas a jóvenes menores de 30 años, aplicándose una reducción del 25 en la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante toda la vigencia del contrato (medida que resultará aplicable a todas aquellas contrataciones que se efectúen hasta el 30 de junio de 2016)⁹¹.

En sexto lugar, se incorporan una serie de incentivos a la contratación de jóvenes en entidades de economía social (art. 14). Constituyen éstas bonificaciones a las cuotas empresariales de la Seguridad Social aplicables: a) a las cooperativas o sociedades laborales que incorporen trabajadores desempleados menores de 30 años como socios trabajadores o de trabajo y; b) a las empresas de inserción cuando dichos contratos sean suscritos por personas menores de 30 años en situación de exclusión social incluidas en el art. 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, en caso de contratación indefinida. Bonificaciones que no serán compatibles con las previstas en el art. 16.3 a) de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre.

En lo que se refiere a los contratos para la formación y aprendizaje, la Ley 11/2013 ha modificado la prohibición que se establecía por el art. 10.2 de la Ley 14/1994 de 1 de junio⁹², al permitir ahora que las Empresas de Trabajo Temporal (ETTs) puedan celebrar estas fórmulas de contratación a las que antes no tenían acceso. De este modo las ETTs podrán poner a disposición de una empresa usuaria a trabajadores contratados para la formación y aprendizaje conforme a lo previsto en el art. 11.2 del ET (Disposición adicional tercera y cuarta)⁹³, pudiendo además beneficiarse de las bonificaciones y reducciones previstas para el primer empleo joven en el art. 12 de esta ley (Disposición adicional quinta).

⁸⁹ En esta línea, Lleó Casanova, B: “Novedades en materia de contratación laboral introducidas por el RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”... op.cit., páginas: 8 y 11.

⁹⁰ Téngase en cuenta también la Disposición final segunda de esta Ley 11/2013, por la que se modifica el art. 11.1 c) del ET para el contrato en prácticas.

⁹¹ Nuevo apartado añadido por el *Párrafo final del número 2 del artículo 13 introducido por el apartado tres del artículo 108 del R.D.-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia («B.O.E.» 5 julio).*

⁹² Ley por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994).

⁹³ Y también, por supuesto, en el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, antes citado.

Por lo que la empresa usuaria actuará como si fuese la empleadora desde el inicio⁹⁴.

También se han previsto por la Ley 11/2013 una serie de medidas para la mejora de la intermediación laboral⁹⁵ y seguimiento y evaluación de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven a través de la creación de una Comisión Interministerial⁹⁶.

Finalmente, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía⁹⁷ y con motivo del reparto de competencias entre Estado y CCAA (arts. 149.1.7^a y 149.1.13^a Constitución Española), el Gobierno Andaluz junto a los Agentes Económicos y Sociales más representativos han consensuado el establecimiento de un listado de medidas para hacer frente al notable crecimiento de la inseguridad laboral y del desempleo juvenil⁹⁸. Todo ello, por supuesto, en el marco del Acuerdo para el Progreso Económico y Social de Andalucía. Lo que finalmente ha motivado, como ya se ha dicho, la publicación del Decreto-Ley 8/2013, de 28 de mayo, de Medidas de Creación de Empleo y Fomento del Emprendimiento, convalidado por Resolución de 28 de junio del 2013. Normativa que viene a constituir fiel reflejo de las leyes 11/2013 y 14/2013 adoptadas a nivel estatal.

En esta normativa, principalmente, se pueden encontrar tres bloques de medidas: 1) aquellas que tienen por finalidad contribuir al empleo; 2) las que favorecen la inversión productiva generadora de empleo y; 3) aquellas que tienen por objetivo el reforzamiento de las políticas activas de empleo y la

⁹⁴ Sempere Navarro, A: “Novedades Legislativas: Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”... op.cit., página: 4.

⁹⁵ Véase el Título I, Capítulo IV. Las medidas consisten, básicamente, en: a) la suscripción de acuerdos marco entre los servicios públicos de empleo y las entidades empresariales para la contratación de servicios que faciliten la intermediación laboral y b) la creación de un portal único de empleo, como garantía de transparencia y unidad de mercado.

⁹⁶ Ver la Disposición Adicional segunda de la Ley 11/2013.

⁹⁷ Véase el artículo 9 y 10.3.1º del Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007 de 19 de marzo).

⁹⁸ A este respecto, en su sesión de 12 de febrero de 2013 la Junta de Andalucía ha aprobado una serie de programas específicos que actuarán como plan de choque: 1) El Plan de Oportunidades Laborales de Andalucía (OLA); 2) Generación de empleo verde; 3) Plan de Fomento del Empleo Agrario 2013; 4) Plan extraordinario de Acción Social; 5) Programa de Promoción del Empleo Autónomo; 6) Programa de incentivos para el Fomento de la Innovación y el Desarrollo empresarial de Andalucía; y 7) Programa de Suelo Productivo. En lo que se refiere específicamente a la actividad emprendedora, el Instituto Andaluz de la Juventud ha creado los siguientes programas: a) el formativo en empleabilidad; b) la Escuela de Emprendedores; y 3) el Portal de Emancipación.

mejora de los servicios de las oficinas de empleo del Servicios Andaluz de Empleo. De entre las líneas de actuación destinadas a incentivar el empleo juvenil destacan: a) el Programa Bono de Empleo Joven (Título II); b) el Programa de Apoyo y Fomento del Trabajo Autónomo (Título III); c) el programa de Apoyo a la Economía Social (Título IV), entre las que se encuentra, las Acciones de Fomento para las personas Emprendedoras menores de 35 años (línea 2)⁹⁹ y; d) el Programa de Becas de Internalización para titulados superiores de formación profesional (Título V).

4. CONCLUSIONES

A finales de la primera década de este siglo se produjo una grave crisis económica y financiera a nivel mundial. Obviando las causas y las pertinentes responsabilidades, son los efectos de la misma los que suponen el presente de la política social e internacional. El término más temido, pero a la vez más remarcable es el desempleo. Toda la UE ha sido azotada con esta lacra, lo que ha puesto en peligro la estabilidad política de la eurozona y su cohesión social. Como en toda crisis, los estamentos más débiles han sido los más perjudicados, especialmente la porción poblacional que incluye a los jóvenes. Aunque hay que reseñar, que si bien es cierto que todos los estados miembros han visto peligrosamente aumentado el paro juvenil, no todos han sufrido esta situación con la misma magnitud, lo que a la postre ha abierto comprometedoras grietas entre países que han corrido diferente suerte en este asunto.

La universalidad del problema ha suscitado una enorme preocupación a nivel comunitario, que ha tenido su respuesta en la adopción de diversas estrategias coordinadas entre los países miembros. Los máximos responsables europeos han llegado a una conclusión inevitable; una Europa cada vez más envejecida no puede darse el lujo de perder una generación completa de jóvenes formados, puesto que el porvenir de nuestras naciones ha de escribirse con

⁹⁹ Busca sobre todo solventar las perentorias dificultades que encuentran los jóvenes empresarios para acceder al crédito de las entidades financieras dada la escasez o indisponibilidad crediticia, con el objetivo de fomentar la creación y mantenimiento del empleo. Algunas de las ayudas más destacadas que se han creado por la Junta de Andalucía son estas: 1) Fondo reembolsable para los trabajadores autónomos (FORAN-Empleo Autónomo); 2) Apoyo a la primera contratación del autónomo/autónoma; 3) Incentivos para trabajadores por cuenta propia; 4) Actuaciones dirigidas a emprendedores y empresarias; 5) incentivos para el autoempleo y créditos blandos; 6) Programas de Apoyo a la Economía Social: Fomento del Emprendimiento Social; 7) Programa de apoyo y fomento del trabajador autónomo; 8) Apoyo a la iniciativa empresarial joven en Andalucía...etc.

sangre nueva. En este sentido la UE ha decidido poner en práctica una serie de medidas de choque contra el desempleo juvenil y su precariedad laboral. A la enorme masa de jóvenes desempleados hay que añadir a aquellos otros que conforman el colectivo “ni-ni”. Este último grupo se compone de personas que han perdido el rumbo en el panorama laboral y que con excesiva frecuencia incluye a jóvenes que han abandonado los estudios por varios motivos, pero entre los que se debe subrayar una fuerte desmotivación. Sin embargo, el más lamentable de los casos es el representado por los trabajadores precarios. Deploable es el término que mejor define la realidad de este último colectivo, pues los términos y contratos de prácticas y aprendizaje, generalmente conocidos como temporales, con los que se inserta a los jóvenes al mercado laboral son sinónimo de abuso.

Concretamente la UE, aparte de las iniciativas generales ya comentadas, ha desarrollado la Estrategia para la Garantía del Empleo Juvenil, de aplicación obligatoria para aquellos estados miembros con una tasa de desempleo juvenil superior al 25%. Por triste que pueda ser, España está incluida entre los estados que cumplen este dudoso mérito. Con este fin se ha puesto a disposición de estos países los fondos comunitarios, destinados a la creación de empleo de los más jóvenes, formación profesional y prevención de abandono escolar.

Siguiendo estas directrices se ha publicado en España la “Estrategia de Empleo 2012-2014”, que pretende implantar un plan de medidas que garanticen la estabilidad en el empleo, el progreso económico y social y la igualdad de oportunidades. A pesar de que se han aprobado numerosos instrumentos normativos a nivel estatal, los más destacados son sin duda, la Ley 11/2013 de apoyo al emprendedor y de estímulo de crecimiento y de la creación de empleo y la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Y siguiendo su estela la Junta de Andalucía ha dictado el Decreto-Ley 8/2013 y ha acordado con las fuerzas sociales la adopción de una serie de medidas de creación de empleo y fomento del emprendimiento. Todas ellas son normativas muy heterogéneas, en las que se recogen entre otras una serie de incentivos de carácter fiscal y laboral, que van dirigidos a facilitar la creación de empresas por parte de los menores de 30 años o a fomentar su contratación por empresas ya constituidas.

Toda medida y actuación político-legislativa que busque una salida a la situación que se vive debe darse por bienvenida y ya habrá tiempo de corregir y adaptarse a la realidad. Es por ello que la enseñanza que contempla la normativa del emprendimiento deba resultar de inmediata implantación a todos los niveles educativos (Primaria, Secundaria, FP, Bachillerato) a fin de que cumpla sus objetivos y evite la cruda realidad que azota el mercado laboral. Y es que el desalentador exilio al que muchos jóvenes (incluidos los más preparados y capaces) se ven obligados a someterse al tener que emigrar a otros países en busca de oportunidades constituye, hoy día, un hecho cada vez más frecuente.

Pese a las buenas intenciones de las disposiciones de autoempleo, éstas adolecen de los mismo males que acucian al régimen jurídico del RETA. ¿Por qué? Porque para redactar la Ley de emprendedores el legislador se ha limitado a copiar de manera descarada, eso sí incorporando incentivos que actúen como incitadores, los mismos esquemas previstos actualmente para los trabajadores por cuenta propia. No se puede esperar nada mejor de lo que ya estamos presenciando diariamente en nuestro anquilosado mercado laboral. La aparición de “falsos autónomos” será un problema tan común con esta normativa como lo ha sido y sigue siendo en el RETA. No transcurrirá mucho tiempo para que surjan fraudes tan elementales como el representado por trabajadores asalariados que sean obligados por despóticos empresarios a darse de alta como trabajadores autónomos para eludir el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social. Por otro lado, los casos de abusos a trabajadores autónomos económicamente dependientes, que en realidad no sean tales, sino simples trabajadores por cuenta ajena anegarán con suma facilidad el panorama laboral español. En este sentido, cabe preguntarse: ¿no estaremos asistiendo a un cambio sutil y soterrado del modelo de sistema de la Seguridad Social en el que predomine el régimen especial del RETA en detrimento del Régimen General de la Seguridad Social, con las consecuencias que ello conlleva?

En lo que respecta a las medidas de estímulo de empleo en las empresas se observa cómo se han incrementado los contratos temporales, en lugar de la contratación indefinida, lo cual es contrario a la razón de existencia misma de la Garantía Juvenil de la UE y a la exposición de motivos de las leyes de emprendedores. Efectivamente, si el fin que persigue la UE es incentivar el mantenimiento del empleo de los jóvenes, claramente se puede afirmar que este objetivo no se ha conseguido, pues todo ese conjunto de bonificaciones temporales no logrado todavía modificar la cultura empresarial española. Los contratos temporales más notables son el contrato a tiempo parcial, el contrato de primer empleo joven, el contrato en prácticas y el contrato para la formación y aprendizaje:

- El contrato a tiempo parcial ofrece las mismas condiciones previstas por el ET, con el consecuente predominio del empleo sobre la formación. Así tomará el papel de mero elemento de inserción ocupacional de jóvenes al ámbito laboral, favoreciendo el abuso sobre los mismos, tal y como sucede en la práctica hoy día.

- El contrato de primer empleo joven no es más que una mascarada, que oculta la realidad de su naturaleza. Bajo este término de contrato de primer empleo joven se esconde lo que normalmente se conoce como periodo de prueba, con lo que se favorece que las empresas produzcan la rotación en un mismo puesto de trabajo, deshaciéndose de cada “contratado” al término de este contrato temporal.

- El contrato en prácticas es igual al recogido en el ET, pero sin imponer

límites que eviten el encadenamiento entre contratos temporales, concretamente entre el de formación y aprendizaje y el de prácticas, ya que el certificado de profesionalidad que se adquiere con el primero permite el acceso al segundo. En este caso los jóvenes profesionales se convierten en marionetas de la empresa o empresas correspondientes, entrando en una enloquecedora y funesta espiral en la que su vida laboral será, en el mejor de los casos, un rico compendio de contratos temporales.

- El contrato para la formación y aprendizaje está sujeto a las mismas condiciones del ET, sólo que en este caso se permite que las ETTs puedan concertar esta fórmula contractual, mecanismo al que no tenían acceso previamente. Además se concretan algunos aspectos de distribución de obligaciones de formación derivadas del marco de relaciones triangulares puestas en funcionamiento en virtud del contrato de puesta a disposición.

En definitiva, las leyes de emprendedores producidas a nivel estatal y autonómico en España como consecuencia de la Estrategia de Garantía Juvenil elaborada por la UE son elementos jurídicos interesantes que pretenden alcanzar objetivos loables, pero que cuentan con las mismas lagunas características de la normativa laboral vigente en España. Muy a nuestro pesar no parece que vayan a tener repercusiones positivas, sino que va a incrementar la precariedad laboral juvenil y la temporalidad en el empleo de uno de los sectores más indefensos y vulnerables de nuestra población activa. El futuro de nuestra sociedad será tan bueno como el trato que demos a las generaciones llamadas a sostener nuestra realidad social.

Comentarios de Jurisprudencia

**EL DERECHO A LA INTIMIDAD INFORMÁTICA
DEL TRABAJADOR: UN LÍMITE MÁS AL PODER
DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO**

*Sentencia del Tribunal Superior
de Justicia de Madrid de 21 de marzo de 2014*

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ CRESPO*

SUPUESTO DE HECHO: El trabajador ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa REDES INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, S.L. desde 2010, como Gestor de cuentas. Las funciones encomendadas al trabajador consistían en pasar por determinadas gasolineras a fin de promocionar la venta de productos financieros (tarjetas de crédito). La empresa puso a su disposición un vehículo que llevaba instalado un sistema de Gestión de Flotas, que permitía la localización y seguimiento continuo del vehículo mediante dispositivo GPS. La empresa comunicó al trabajador que el vehículo tenía dicho dispositivo instalado meses después de haber comenzado a utilizarlo. Como consecuencia de los datos obtenidos a través del mismo, la empresa procedió a despedirle de forma disciplinaria.

RESUMEN: La resolución judicial desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa REDES INTERMEDIACION FINANCIERA, S.L. contra la sentencia dictada el 20 de junio de 2013 por el Juzgado de lo Social núm. 13 de Madrid, seguida instancia del trabajador contra la empresa recurrente, sobre despido, y ello porque las pruebas utilizadas para justificar el despido, los datos del GPS, se han obtenido de forma ilícita con violación de derechos fundamentales.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. PLANTEAMIENTO DEL CASO CONCRETO
3. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN LA RELACIÓN LABORAL VERSUS LA FACULTAD DE VIGILANCIA Y CONTROL EMPRESARIAL
4. REQUISITOS PARA LA RECOGIDA, ALMACENAMIENTO Y TRATAMIENTO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN LA RELACIÓN DE TRABAJO COMO LÍMITES IMPUESTOS AL PODER DE VIGILANCIA Y CONTROL
5. VALORACIÓN FINAL
6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo social, sección 1ª), de 21 de marzo de 2014 (AS\2014\823), que comentamos, resulta de interés porque recoge un supuesto en el que el poder de control y vigilancia del empresario es limitado, una vez más, por un derecho fundamental: el derecho a autodeterminación informativa (STC 254/93, de 20 de julio), también conocido como derecho a la libertad informática del trabajador a la protección de datos, que se encuentra recogido en el art. 18.4 de nuestra Carta Magna.

Este derecho fundamental entronca con los derechos a la intimidad y al honor, en cuanto que los garantiza (STC 254/93, de 20 de julio), pero cuenta con autonomía propia. Consiste en el “derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes del uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos” (SSTC 11/98, de 13 de enero, 94/98, de 4 de mayo, entre otras).

La Sentencia que comentamos inicia un iter jurisprudencial, que han seguido sentencia posteriores (STSJ Asturias de 23 de mayo de 2014 –AS\2014\1756); STSJ Castilla La Mancha, de 10 de junio –AS JUR\2014\196159–), y que, al amparo de la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013, de 11 de febrero, plantea el debate de la posible utilización por parte del empresario de datos personales de los trabajadores obtenidos mediante instrumentos, como cámara de vigilancia, teléfonos móviles, GPS, etc.

En concreto, se plantearían dos cuestiones que tienen que ver con el derecho a la protección de datos personales del trabajador. En primer lugar, si entraría dentro del poder de control y vigilancia empresarial, reconocido en el art. 20.3 ET, la posibilidad de conocer, en todo momento, no sólo el posicionamiento del trabajador, sino también el lugar exacto donde se halla, mediante un sistema de geolocalización que permite de forma continua y permanente el seguimiento del vehículo puesto a disposición por la empresa para la prestación de servicios por parte de trabajador durante su uso. Y, en segundo lugar, el

alcance de los datos obtenidos y la legitimidad de su utilización por parte del empresario.

2. PLANTEAMIENTO DEL CASO CONCRETO

El trabajador había venido prestando servicios por cuenta de la empresa REDES INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, S.L. desde 2010, como Gestor de cuentas. Las funciones encomendadas al trabajador consistían en pasar por determinadas gasolineras a fin de promocionar la venta de productos financieros (tarjetas de crédito). En su contrato de trabajo se estipuló que sus objetivos eran “encargarse de la recepción y validación de las solicitudes recogidas en las EEES, teniendo un mínimo de 60 solicitudes de tarjetas de crédito al mes”. La empresa puso a su disposición un vehículo que llevaba instalado un sistema de Gestión de Flotas. Este sistema permite la localización y seguimiento continuo del vehículo mediante dispositivo GPS. Mediante carta de fecha 24/07/12 la empresa comunicó al trabajador que con motivo del nuevo cambio de vehículo de empresa y para mayor seguridad tanto del vehículo como del usuario, había implantado un GPS avalado por el Cuerpo Nacional de Policía y que el vehículo suministrado era exclusivamente para uso laboral, por lo que su utilización para fines personales estaba prohibida, tal y como se exponía en el documento de cesión del vehículo. El 25/06/12 el trabajador había firmado un “documento de uso de empresa” en el que se declaraba estar de acuerdo y asumir una serie de compromisos sobre la cesión del automóvil de la empresa, entre los que se encontraba la responsabilidad por mal uso, la obligación de mantenerlo en buen estado y el uso exclusivo del trabajador del mismo, no pudiendo ser conducido por otra persona. En dicho documento no se hacía referencia alguna a la instalación del dispositivo GPS. Con fecha de 7/9/12 la empresa comunica al trabajador su despido disciplinario, por transgresión de la buena fe contractual, utilizando la empresa, como medio de prueba, los datos de localización GPS del vehículo cedido al trabajador. No conforme con esta decisión presenta demanda ante la empresa en reclamación por despido.

3. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN LA RELACIÓN LABORAL VERSUS LA FACULTAD DE VIGILANCIA Y CONTROL EMPRESARIAL

Como sabemos, el empresario puede adoptar, con carácter general, las medidas de control que estime más oportunas para vigilar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, respetando en su adopción

y aplicación la consideración debida a su dignidad humana (art. 20.3 ET), teniendo la facultad de elegir el medio de control que crea más adecuado. Dado que la actividad de control se realiza sobre la dimensión personal del trabajo, el empresario debe ser especialmente respetuoso con los derechos fundamentales del trabajador a la hora de decidir el medio de control a utilizar, especialmente con los relacionados con la intimidad, el derecho a la propia imagen y el derecho al secreto de las comunicaciones, entre otros.

En la actualidad, muchos de los medios de control elegidos por el empresario utilizan las nuevas tecnologías para recabar datos personales del trabajador (cámaras de vigilancia, teléfonos móviles de la empresa, GPS, etc.). El problema se plantea cuando el empresario pretende utilizar los datos obtenidos por estos medios para controlar la actividad de sus empleados, pudiendo incluso usarlos para imponer sanciones, como es el caso de la Sentencia de comentamos. Se plantea aquí un supuesto de posible vulneración del derecho fundamental a la libertad informática del trabajador por la utilización de datos de carácter personal obtenidos de forma ilícita.

3.1. El derecho fundamental a la protección de datos

El derecho a la protección de datos, que se encuentra regulado en el art. 18.4 CE, comparte con el derecho a la intimidad del art.18.1 CE, el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuyendo a su titular un haz de facultades que consiste, en su mayor parte, en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecerse por Ley (STC 2000/292, de 30 de noviembre). Esto se ha llevado a cabo por la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, desarrollada, a su vez, por el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, la cual se aplica a todos los datos que tengan naturaleza de personales y sean registrados en un soporte físico, lo que incluye a los datos de carácter personal obtenidos en el marco de una relación de trabajo.

Aún compartiendo objetivos, dichos derechos son diferentes y tienen distintas finalidades. Si bien la finalidad del derecho fundamental a la intimidad es el de proteger a la persona frente a cualquier invasión que pueda realizar en el ámbito de la vida personal y familiar, excluyéndola del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (STC 144/1999, de 22 de julio), el derecho a la protección de datos persigue garantizar a la persona un control de sus datos personales sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho del afectado (STC 2000/292, de 30 de noviembre).

Según jurisprudencia constitucional, el objeto de protección del derecho

fundamental a la protección de datos no se reduce solo a datos íntimos de la personal, sino que se extiende a cualquier tipo de datos personales, sean o no íntimos, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, dado que su objeto es la protección de los datos de carácter personal. Por consiguiente, alcanza también a aquellos datos personales públicos que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición de afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. Que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo (STC 2000/292, de 30 de noviembre).

3.2. Los datos de carácter personal en la relación de trabajo

La LO 15/1999, de Protección de datos de Carácter Personal, resulta plenamente aplicable en el ámbito de las relaciones laborales, supliendo así el vacío legal que en este tema existe en la legislación laboral. Concretamente, dicha norma extiende su campo de aplicación a todos los datos que tengan naturaleza de personales y sean registrados en un soporte físico que les haga susceptible de su tratamiento, ya sea de forma automatizada, ya sea a través de la creación de ficheros tradicionales.

No hay que confundir los “datos de carácter personal” con los “datos personales”, siendo los primeros de naturaleza más amplia que los datos de carácter estrictamente existencial. Según el art.2 de la LO 15/1999, son datos de carácter personal cualquier información concerniente a personas identificadas o identificables que permita diferenciar un sujeto de otros individuos, por lo que su protección está amparada por dicha norma. La jurisprudencia constitucional puntualiza que, entrarían dentro de dicho concepto, los datos que sirvan para identificar o permitan la identificación de la personal o puedan servir para la confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económicos o de cualquier otra índole) o para cualquier utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo (STC 292/2000, de 30 de noviembre). De este modo, se han admitido comprendidos dentro de ellos el nombre, dirección, titulación académica, dirección postal o de correo electrónico, número de móvil y direcciones IP así como la información sobre las actividades relacionadas con estas direcciones (SAN 28 de enero de 2014 -AS 2014\231-).

En el ámbito de las relaciones laborales el empresario tiene a su disposición una gran cantidad de datos de carácter personal del trabajador, referentes a su

identidad, estado civil, descendencia, salud, etc., alcanzando a dichos datos la protección brindada por el art. 18.4 CE y su norma de desarrollo. Como regla general, la recogida, almacenamiento y tratamiento de datos de carácter personal queda sujeta a la exigencia del consentimiento del afectado (art. 6 LO 15/1999), dado que los elementos que caracterizan a la definición constitucional de este derecho son los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber sobre los mismos (STC 2000/292, de 30 de noviembre).

Pero esta exigencia de consentimiento expreso encuentra una excepción en el ámbito de la relación laboral, dado que el art. 6.2 LO 15/1999 exime de su cumplimiento a los supuestos en los que los datos de carácter personal se refieran a personas vinculadas por una relación laboral y dichas informaciones, sean necesarias para el mantenimiento o cumplimiento de la relación. Por lo que entraría dentro del poder de vigilancia y control del empresario la facultad de recoger, almacenar y utilizar datos de carácter personal del trabajador, siempre que se justifique de forma objetiva que los mismos son necesarios para el mantenimiento o cumplimiento de la relación laboral, pudiendo incluirse en ficheros privados de datos en los que se centralizan las informaciones recogidas.

4. REQUISITOS PARA LA RECOGIDA, ALMACENAMIENTO Y TRATAMIENTO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN LA RELACIÓN DE TRABAJO COMO LÍMITES IMPUESTOS AL PODER DE VIGILANCIA Y CONTROL

La posibilidad legal de que el empresario cree ficheros con datos de carácter personal de los trabajadores, recogidos sin su consentimiento, únicamente tiene como límites los que se derivan de la regulación legal del derecho a la protección de datos.

La recogida de datos, posterior almacenamiento en un fichero privado y su posible utilización en el ámbito de la relación laboral, por ejemplo, a efectos de imponer sanciones, exige que dichas actuaciones sean necesarias para la consecución de objetivos legítimos del responsable del fichero, esto es, del empresario. El art. 25 LO 15/1999 permite la creación de ficheros de titularidad privada que contengan datos de carácter personal “cuando resulte necesario para el logro de la actividad u objeto legítimos de la persona, empresa o entidad titular y se respeten las garantías que esta Ley establece para la protección de las personas”. Por lo tanto, si para controlar y vigilar la actividad productiva el empresario debe recabar datos de carácter personal y archivarlos, debe ser porque ello está justificado objetivamente en aras de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus deberes y obligaciones laborales (art. 20.3 ET).

La regulación formal de dicha posibilidad está regulada en régimen de libertad, sin necesidad de consentimiento previo del trabajador (arts. 25 y 26 LO 15/1999). No obstante, la falta de consentimiento no exime de la obligación de notificar a los interesados previamente y de modo expreso e inequívoco, acerca de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información, del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas, de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos, de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante (art. 5.1 LO 15/1999).

Es precisamente en este punto en donde la Sentencia que comentamos se basa para dar la razón al trabajador. La empresa, al proceder a la vigilancia del trabajador mediante el GPS, había recogido sistemáticamente datos de carácter personal del mismo, como era el lugar donde se encontraba y sus desplazamientos en público, creándose con los mismos un fichero de carácter privado en el que dichos datos se habían conservado durante tres meses. Pero las instrucciones dadas por escrito al trabajador sobre el nuevo vehículo de empresa no hacían referencia alguna a la instalación de una sistema de localización por GPS, al que únicamente alude una comunicación de 24 de julio de 2012, un mes después de entregarle el vehículo.

Haciéndose eco de la doctrina sentada por la STCO 29/2013, de 11 de febrero (aún cuando esta última hacía referencia a un supuesto de captación de imágenes de un trabajador por videocámara), el Tribunal Superior de Justicia admite que las facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales (SSTCO 98/2000, de 10 de abril o 308/2000, de 18 de diciembre) y que el interés privado del empresario no puede justificar que el tratamiento de datos sea empleado en contra del trabajador sin una información previa sobre el control laboral puesto en práctica. Si el vehículo que la empresa cedió al trabajador para uso exclusivamente profesional sólo podía ser utilizado por él, continúa argumentando la sentencia del TSJ de Madrid, y, “además, debía permanecer siempre bajo su custodia, mantenimiento y cuidado, cuantos datos se conecten a su manejo y, por ende, a su localización y desplazamientos fuera del centro de trabajo, se proyectan sobre la forma de proceder de su usuario, el conductor, permitiendo de este modo conocer en todo momento durante su uso parcelas de la vida del trabajador que por muy imbricadas que estén en el desarrollo de la relación laboral con la empresa inciden potencialmente en la esfera de su derecho a la intimidad personal, y de ser objeto de tratamiento, como aquí sucede, del que igualmente le asiste a la protección de datos de tal carácter”.

La posibilidad de conocer en todo momento, mediante un sistema de geocalización que permite un continuo y permanente seguimiento del vehículo

durante su uso, no sólo el posicionamiento de éste por razones de seguridad, sino también el lugar exacto donde se halla el trabajador y, a su vez, el posterior tratamiento de los datos obtenidos con una finalidad completamente distinta de la anunciada y, por ende, sin conocimiento del conductor, hacen que las conclusiones extraídas conforme a este dispositivo tecnológico y a su aportación como medio de prueba en sede judicial para demostrar un pretendido incumplimiento contractual constituye un procedimiento que lesiona el derecho fundamental a la protección de datos.

5. VALORACIÓN FINAL

A nuestro juicio, las conclusiones a las que llega la sentencia comentada son correctas y coherentes con las líneas de interpretación mantenidas por el Tribunal Constitucional en sentencias anteriores. El poder de vigilancia y control del empresario no excluye del cumplimiento del deber de informar por parte del empresario previsto en el art. 5.1 LO 15/1999. Los datos de carácter personal obtenidos mediante GPS se utilizaron para buscar la probanza del modo en que el trabajador realizaba su prestación laboral, el carácter profesional del uso del vehículo en el exterior de la empresa y del trabajo desempeñado por él. Si bien ello es legítimo conforme al art. 6 LO 15/1999, en tanto que la finalidad de la recogida está justificada objetivamente, ello no empece el hecho de que se produjo una injerencia en el ámbito del derecho fundamental a la protección de datos del trabajador, por lo que el procedimiento utilizado lo violentó de forma flagrante, y es por ello, por lo que la prueba así obtenida no puede ser utilizada como prueba de cargo para imponer una sanción disciplinaria al trabajador, como es su despido.

6. BIBLIOGRAFÍA

APILLUELO MARTÍN, M. “Derecho de información del delegado sindical a las retribuciones de los trabajadores y derechos a la libertad sindical y a la protección de datos de carácter personal”. *Aranzadi Social* num. 4/2011 paraf. 28/2011.

BARBANCHO TOVILLAS, F. “Derecho a la información sobre retribuciones de sección sindical versus derecho a la intimidad y protección de datos personales en la Sociedad Estatal de Correos”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 9/2007, paraf. 30/2007.

FARRIOLS I SOLÁ, A. (director). *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*. Madrid. Cinca. 2006

LÓPEZ CABALLERO, A. “Protección de datos sanitarios en la relación laboral”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 12/2006, paraf. 44.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. “Secreto de las comunicaciones v. protección de datos en el ámbito laboral. A propósito de la Sentencia 281/2005 del Tribunal Constitucional Español y del Informe 101/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 13/2008.

TALENS VISCONTI, E.E. “Videovigilancia mediante cámaras fijas y protección de datos en el ámbito laboral. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013, de 11 de febrero de 2013”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* num. 33/2013.

**LA COMPATIBILIDAD DE LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD
PERMANENTE ABSOLUTA EN LOS DISTINTOS RÉGIMENES DE LA
SEGURIDAD SOCIAL**

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2014

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA*

SUPUESTO DE HECHO: En la sentencia de 14 de julio de 2014, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) analiza un tema muy debatido por la doctrina –tanto científica como judicial- como es el de la compatibilidad o incompatibilidad entre pensiones de incapacidad en dos regímenes distintos de la Seguridad Social. La cuestión jurídica de fondo tiene como protagonista a dos pensiones de incapacidad permanente absoluta, una causada en el Régimen Especial del Mar (REM) y, otra, generada en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS). En concreto, se dan las circunstancias de que ha existido sucesión en dos actividades laborales que dieron el alta en regímenes diferentes de la Seguridad Social y que el beneficiario sí reúne los requisitos exigidos en cada uno de ellas. Por lo que, dejando al margen el hecho de que se tengan en cuenta la agravación de dolencias ya valoradas en la incapacidad permanente declarada en el REM, el TS se centra ahora en dilucidar si ambas pensiones son o no compatibles.

RESUMEN: El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina 3038/2013 interpuesto por Don Aquilino contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en fecha de 19 de septiembre de 2013, que casa y anula, recaída en procedimiento contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina, la Tesorería General de la Seguridad Social y “Navexport, S.A”. El Alto Tribunal entiende que queda confirmada la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo social nº 2 de Gijón (autos 688/2012) por la que se declaraba al recurrente afecto a una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional o, subsidiariamente, de accidente de trabajo, y se le

* Profesora Doctora Contratada Laboral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

reconocía la compatibilidad con la prestación de incapacidad permanente absoluta que percibía con cargo al RGSS. Tanto el Tribunal Supremo, como el juez de instancia, razonan que debía ser declarada la incapacidad permanente, como derivada de enfermedad común, por ser en estas patologías dominantes las causas de mayor limitación “*cuya etiología degenerativa había agravado incluso las derivadas de accidente de trabajo...*”.

ÍNDICE:

1. ANTECEDENTES Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA ACTUAL DEL PRINCIPIO DE INCOMPATIBILIDAD DE PENSIONES
2. COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD DE PRESTACIONES: ANÁLISIS JURÍDICO-CRÍTICO DE LA STS DE 14 DE JULIO DE 2014
 - 2.1 Síntesis de los hechos y cuadro de dolencias
 - 2.2. ¿Racionalización o sobreprotección de las prestaciones?
 - 2.3. ¿Sucesión o simultaneidad?
3. VALORACIÓN FINAL DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESTABLECIDA EN LA SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2014 Y CRITERIOS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE INCOMPATIBILIDAD

“La ley tomada en su unidad orgánica es el medio de desarrollo jurídico en el que éste puede existir y en el que debe moverse. Todo se reduce así a un interpretación más amplia del texto legislativo, que por sí sólo no es más que un esqueleto despojado de lo que le da la vida..., es por ello que haría más flexible la aplicación de la ley atendiendo a las necesidades de la vida económica, concepciones morales y modificaciones de las relaciones sociales”.

Georges GURVITCH¹

1. ANTECEDENTES Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA ACTUAL DEL PRINCIPIO DE INCOMPATIBILIDAD DE PENSIONES

El paso de una etapa de Previsión Social a un sistema de Seguridad Social trajo consigo importantes cambios que afectaron de lleno a la noción de riesgos y protección de las situaciones de necesidad de todos los ciudadanos². Con la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963 (LBSS), los mecanismos de garantía que concedía el disperso sistema de seguros sociales quedaron superados³ y, en

¹ Gurvitch, G: *La idea del Derecho Social*, Estudio Preliminar “La idea del Derecho Social en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2005, p. 702.

su lugar, se estableció un modelo unitario e integrado de protección social. Ello supuso la superación de la noción de riesgo en función de la situación o contingencia protegida, comenzándose a partir de ese momento a considerar el “principio de consideración conjunta de las contingencias”⁴.

La idea fuerza era pues reconducir las prestaciones de idéntica o análoga naturaleza a una única regulación, de forma que se evitara que una misma contingencia tuviera una mayor o menor protección en función de su origen profesional o común⁵. De ahí, cabía deducir la necesidad de establecer un marco general y específico de incompatibilidades⁶. Pese al catálogo de buenas intenciones de la LBSS el principio consideración conjunta de las prestaciones no llegó a prosperar completamente. La realidad fue que aunque sí se consiguió una cierta unificación en aspectos tales como los son la gestión o la recaudación, lo cierto es que de ningún modo se logró una unidad de tratamiento para los diferentes estados de necesidad en materia prestacional. Haciéndose extensible esa misma fractura interna del sistema, también, para los diversos regímenes que componen de la Seguridad Social⁷.

Actualmente, en el Derecho Positivo persiste aun vivo ese tratamiento distinto y privilegiado para las prestaciones que deriven de contingencias profesionales, frente a lo dispuesto para las comunes. De igual modo, los regímenes que componen el sistema social se rigen, en cada uno de ellos, por su normativa particular. Lo que significa que, de conformidad con lo dispuesto por la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad

² Monereo Pérez, J.L; Molina Navarrete, C y Quesada Segura, R: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2014, p. 279.

³ Todos estos esfuerzos de planificación culminaron en la aprobación de la Ley 193/1963 de 28 de diciembre de Bases de la Seguridad Social, cuyo propósito no fue otro que el de: “... operar el tránsito de un conjunto de Seguros Sociales a un sistema de Seguridad Social. Con ello se va más allá de la simple sistematización y ajuste de los regímenes ya establecidos. Al generalizar la protección a la población activa en su conjunto y al contemplar armónicamente las situaciones de necesidad social que la experiencia ha demostrado que son susceptibles de cobertura, se reacciona contra la insuficiencia de nuestro sistema actual, en parte nacida del largo y complejo proceso de expansión operado y, muy particularmente, de la aparición sucesiva y no coordinada de los sistemas parciales de aseguramiento”

⁴ López Insua, B.M: *La Incapacidad Temporal en el Sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014, p. 30.

⁵ Moliner Tamborero, G: “Compatibilidad e incompatibilidad entre prestaciones de la Seguridad Social. un estudio de jurisprudencia”, *Diario La Ley*, nº 7655, junio de 2011, p. 1.

⁶ Monereo Pérez, J.L; Molina Navarrete, C y Quesada Segura, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., p. 280.

⁷ Monereo Pérez, J.L; Molina Navarrete, C y Quesada Segura, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., p. 280.

Social (LGSS), cabe aceptar que por una misma situación de necesidad se perciban a la vez distintas prestaciones, admitiendo así la posibilidad de cotizar por varios trabajos en régimen de pluriempleo o de pluriactividad⁸.

A este respecto, la relación entre el trabajo y el percibo de unas rentas derivadas de una situación de necesidad ante la imposibilidad de obtenerlas por la vía del trabajo será posible, siempre y cuando, se demuestre la capacidad del trabajador para desempeñar una actividad compatible con la obtención de prestaciones. Igualmente, debe ser objeto de estudio el tema de la compatibilidad e incompatibilidad entre prestaciones de la Seguridad Social⁹.

En la vigente LGSS no se establece una regulación específica para los casos de compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social¹⁰, por lo que el régimen jurídico de aquellas queda remitido con carácter general a lo dispuesto por el art. 122 de la LGSS. El tenor literal del principio de incompatibilidad que recoge dicho precepto tiene un alcance muy limitado, pues no sólo restringe su campo de aplicación al RGSS, sino que además no regula las relaciones entre el trabajo y las pensiones, admitiendo además la posibilidad de excepciones siempre y cuando así lo prevea una norma de rango legal o reglamentario¹¹. El establecimiento de una incompatibilidad relativa no soluciona el problema de la acumulación de prestaciones, ya que, salvo que se disponga lo contrario, en principio la pensión única será sólo posible cuando se trata de situaciones de necesidad de idéntica naturaleza y función análoga. Ahora bien, cuando las prestaciones traigan su causa en distintos Regímenes Especiales no cabrá aplicar esta regla del art. 122 de la LGSS¹². Igualmente, tampoco opera el principio de pensión única, salvo norma

⁸ Moliner Tamborero, G: “Compatibilidad e incompatibilidad entre prestaciones de la Seguridad Social. un estudio de jurisprudencia”... op.cit., p. 1.

⁹ González Rodríguez, J: “Art. 122. Incompatibilidad de pensiones”, en VV.AA, Martín Valverde, A y García Murcia, J (Dirs) y Castro Argüelles, M^a.A: *Ley General de Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 2008, p. 883.

¹⁰ A este respecto, observa Olarte Encabo, que la diferencia entre “compatibilidad” y “conurrencia” debe entenderse en el siguiente sentido: en tanto la primera engloba más allá de las pensiones (abarcando así a cualquiera de las prestación y otras renta), la segunda, por el contrario, se refiere sólo a pensiones vitalicias. Ver Olarte Encabo, S: “Art. 122. Incompatibilidad de pensiones”, en VV.AA, Monereo Peérez, J.L y Moreno Vida, M^a. N: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social. Tomo I (Arts. 1 a 127)*, Granada, Comares, 1999, p. 1146.

¹¹ Olarte Encabo, S: “Art. 122. Incompatibilidad de pensiones”... op.cit., p. 1146.

¹² Cabe puntualizar que el actual Art. 122 de la LGSS proviene del Art. 91 del Texto Refundido de 1974 y éste de su homónimo de la Ley General de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966. Si bien, aunque en un principio, referido solo a pensiones causadas en el RGSS, la mencionada regla se ha extendido a los demás regímenes especiales por disposiciones reglamentarias, salvo regla expresa en contrario.

expresa en contrario, cuando las pensiones causadas son de distintos regímenes y respondan a carreras de cotización distintas, en los supuestos de pluriactividad¹³.

La falta de una previsión legislativa específica en materia de incompatibilidad entre pensiones ha conllevado el surgimiento de múltiples problemas aplicativos e interpretativos, debiendo ser los tribunales los que hayan tomado las riendas en este asunto. Y es que, la doctrina no alcanza a comprender cómo en un sistema público de Seguridad Social, como es el español, la falta de unidad en el tratamiento prestacional admite, en ocasiones, diferencias de compatibilidad. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho que: “una vulneración del art. 14 de la C.E. por excluir injustificadamente la aplicación de la regla general que plasma el art. 91.1 de la LGSS. Sin perjuicio de que esta argumentación en gran medida es reiterativa de la aducida en la queja antes examinada, la genérica comparación entre las distintas prestaciones que integran la acción protectora del sistema de la Seguridad Social no es un término idóneo a efectos del juicio de igualdad. La Constitución autoriza, aunque no impone, una diferente protección en atención a las contingencias que originan las situaciones de necesidad y, por tanto, no es ilegítimo ni irrazonable que el legislador o el Gobierno [en ejercicio de sus facultades normativas reglamentarias] puedan tomar en consideración estos factores causales para acordar un régimen jurídico diverso (ATC 573/1986). De otra parte, no es ocioso recordar que el alcance preciso de la compatibilidad o incompatibilidad de pensiones constituye cuestión de mera legalidad, en relación con la cual ni siquiera cabe invocar los arts. 41 y 50 de la CE para obtener una determinada interpretación”¹⁴.

La STS de 14 de julio de 2014, objeto de estudio en este trabajo, constituye buen ejemplo de las discrepancias surgidas en la praxis jurisprudencial. Por lo que, con vistas a lograr un resultado positivo y no perjudicial para el trabajador incapacitado, el TS entiende que son compatibles dos pensiones de incapacidad permanente en distintos regímenes de nuestro sistema de Seguridad Social cuando haya existido sucesión en actividad laborales que dieron alta en el RGSS

¹³ Véase las sentencias del TS de 21 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 6797), 20 de enero de 1993 (RJ 1993, 102) y 15 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2074): “Es compatible la percepción por el demandante de dos pensiones por invalidez absoluta en dos Regímenes Especiales de la Seguridad Social, pues la incompatibilidad sólo se da entre las pensiones del Régimen General, pero no entre pensiones procedentes de distintos regímenes de la Seguridad Social cuando el interesado ha estado válidamente afiliado a ellos, reuniendo los requisitos necesarios para su devengo”.

¹⁴ Fundamento Jurídico tercero de la STC de 20 de diciembre de 1993 (RTC 1993/375). En este mismo sentido, ver las sentencias del TC de 15 de abril de 2004 (RTC 2004/53); 9 de julio de 1993 (RJ 1993/558); 9 de octubre de 1991 (RJ 1991/7209); 18 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6468) y 20 de marzo de 1985 (RJ 1985/1356).

y el REM y, siempre que, el beneficiario reúna los requisitos legales exigidos específicamente en cada uno de ellos.

2. COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD DE PRESTACIONES: ANÁLISIS JURÍDICO-CRÍTICO DE LA STS DE 14 DE JULIO DE 2014

La prohibición de compatibilidad de pensiones causadas dentro del RGSS que recoge el art. 122 de la LGSS tiene por finalidad corregir la posibilidad de que un mismo sujeto pueda generar varias prestaciones, cuando éste estuviera ya previamente amparado respecto de una misma situación de necesidad por cualquier otro mecanismo de función análoga. De esta forma, se establece un principio de prohibición general de acumulación que podría considerarse como una restricción de la compatibilidad. A este respecto, dice el Supremo que: “cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario... quien pudiera tener derecho a dos pensiones optará por una de ellas” (STS de 12 de mayo de 2010- RJ 2010, 5252).

2.1. Síntesis de los hechos y cuadro de dolencias

Los hechos que describe la STS de 14 de julio de 2014 se resumen de la siguiente manera:

A) Don Aquilino fue declarado, a fecha de 9 de febrero de 1976, afectado por una Incapacidad Permanente Total (IPT) derivada de accidente de trabajo para la profesión habitual de marinero dentro del REM, actividad que prestaba para la empresa “Navexport S.A”. El cuadro clínico que presentaba el trabajador era la de “fractura de pelvis sin desviación, fractura por aplastamiento de las vértebras lumbares L3-L4 y de hernia discal L5-S1 comprometida que ha sido corregida quirúrgicamente por medio de la resección del disco. Como secuela definitiva le queda un cuadro de lumbalgia crónica intervenida, y una discoartrosis lumbosacra con pinzamiento”.

B) Tras la declaración de IPT, el interesado causó alta en el RGSS con motivo del desempeño de una actividad de carpintero. Por resolución del INSS, a fecha de 6 de marzo de 2012, el recurrente fue declarado afecto por una Incapacidad Permanente Absoluta (IPA) derivada de enfermedad común en el RGSS. El cuadro patológico que presentó el actor era el siguiente: “Ca de próstata 2002, prostatectomía radical Pt3 b, estenosis de canal lumbar, recalibrado y OS L3/L4 a S1, pseudomenigocele postquirúrgico en el año 2010, cervicoartrosis severa, RM-11: osteofitosis anterior y osteocondrosis severa actualmente agudizada en C6-C7 y con aparente compromiso extrínseco esofágico y CAR el 17 de junio de 2010 regularización meniscal con buena evaluación”. Dicha prestación fue

declarada compatible con la reconocida en el REM al tratarse de pensiones causadas en distintos regímenes, sin haber sido necesario acudir a la totalización de las cotizaciones.

C) El actor solicitó revisión por agravación del grado de invalidez total reconocido en el REM, solicitud que, previo dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS, fue denegada por el Instituto Social de la Marina (ISM) al entender que las nuevas dolencias aducidas ya habían sido valoradas a efectos de la pensión de IPA del RGSS.

D) Tras la denegación de la debida reclamación previa el actor interpone demanda ante la jurisdicción social que, en primera instancia (Juzgado de los Social nº 2 de Gijón), estima la demanda al entender que la pensión de IPA en el REM (reconociendo así la revisión por agravación de la previa IPT) es compatible con la pensión de IPA reconocida en el RGSS.

E) Por parte de la Administración de la Seguridad Social (INSS e ISM) se formula el oportuno recurso de suplicación, alegándose que las dolencias por las que solicitó la agravación de la situación de IPT en el REM eran las mismas por las que el interesado había sido valorado y calificado en la situación de IPA. Por lo que el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en su sentencia de 13 de septiembre de 2013 y tras invocar la STS de 5 de julio de 2010, estima el recurso formulado, señalando que carece de amparo legal la pretensión de que las mismas dolencias puedan servir de fundamento para una nueva calificación y, derivado de ello, para poder percibir dos prestaciones por un mismo estado patológico. Es precisamente, la STSJ de Asturias la que es objeto de recurso de casación para la unificación de doctrina en la sentencia del TS que examino en este trabajo.

2.2. ¿Racionalización o sobreprotección de las prestaciones?

Una de las cuestiones centrales que se plantean en la STS de 14 de julio de 2014 es la de determinar cuál es el alcance de la regla de incompatibilidad de pensiones. A este respecto, parece claro que esta prohibición tiene únicamente por finalidad establecer un principio de proporcionalidad y contributividad en las prestaciones cuando el trabajador estuviese percibiendo pensiones de idéntica naturaleza y función análoga¹⁵.

Sin embargo, la sentencia de suplicación (que ahora se impugna en casación) confunde la interpretación de ese límite, pues entiende que ambas lesiones son el resultado de una misma situación y estado patológico. Por lo que, a juicio

¹⁵ Olarte Encabo, S: “Art. 122. Incompatibilidad de pensiones”... op.cit., p. 1146.

de este tribunal, las lesiones que dan lugar al reconocimiento de una IPA en el RGSS son el resultado de unas lesiones previamente protegidas en el REM. Así que, pese a que éstas son causadas en distintos regímenes de la Seguridad Social, en concreto del RGSS y del REM, no cabe reconocer la posibilidad de una agravación de las dolencias que son claramente constitutivas de una IPA en el REM.

En contra, la sentencia de contraste que aporta el actor¹⁶ sí que realiza una interpretación del art. 122 de la LGSS más acorde con el tenor literal de este precepto y con el fin protector que tiene el sistema de Seguridad Social, que no es otro, que el de amparar todas aquellas situaciones de necesidad económico-social y políticamente relevantes. En esta línea, la doctrina jurisprudencial mayoritaria viene afirmando que “en materia de Seguridad Social sólo deviene incompatible el disfrute cuando se trate de pensiones del régimen general (art. 122. 1 de la LGSS), cuando exista norma que así lo disponga expresamente o cuando, la dualidad de prestaciones no responda a un doble esfuerzo contributivo o más de dos pensiones tengan como finalidad resarcir de una misma pérdida de ingresos, exigencias que no se satisfacen en el supuesto examinado pues se trata de dos pensiones de distintos regímenes de la Seguridad Social, que el ordenamiento jurídico no declara incompatibles, que obedecen a un doble esfuerzo contributivo y que tienden a compensar la pérdida de las rentas correspondientes a dos trabajos distintos”¹⁷. Además, “si el legislador considerase que el percibo de dos pensiones de IPA en diferentes regímenes de la Seguridad Social producen una sobreprotección, hubiese declarado su incompatibilidad”. Por lo que, admitirse una interpretación *a sensu contrario* dejaría al trabajador indefenso y desprotegido ante un estado evidente de necesidad.

En ningún momento, la sentencia de suplicación del TSJ de Asturias tiene en cuenta que la razón que da lugar a una IPA en el RGSS viene a significar que el actor esta impedido para realizar cualquier profesión u oficio en este régimen. Por lo que, por aplicación del art. 143 de la LGSS, al haberse producido una agravación de su estado invalidante para el RGSS, forzoso es concluir que procede la revisión por agravación de la IPT en el REM¹⁸. No existe, por consiguiente, fundamento legal que impida no tener en cuenta el cuadro inicial por el que se concedió una IPT, pues “el estado de salud del demandante que menos-

¹⁶ STSJ de Aragón de 22 de febrero de 2012 (PROV 2012, 82061).

¹⁷ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 20 de octubre de 2003 (JUR 2004, 75524); Aragón de 3 de marzo de 2003 (AS 2003, 1679) y Castilla y León/Valladolid de 6 de junio de 2000 (AS 2000, 3029).

¹⁸ Para un estudio más exhaustivo al respecto, véase Olarte Encabo, S: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social. Un estudio del régimen jurídico general de las prestaciones de la Seguridad Social*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1997, p. 225 y siguientes.

caba su capacidad para el trabajo es una situación unitaria que ha de ser valorada globalmente, sin que sea exigible ni aconsejable que el examen de su estado se efectúe en actuaciones separadas para diferenciar la incidencia que tiene el origen común o profesional de sus dolencias, pues esto rompería la unidad y globalidad de la evaluación que permite conocer el alcance de su incapacidad”¹⁹.

En definitiva, se tienen que tener en cuenta en este punto dos cuestiones, la primera, que la revisión por agravación de las dolencias habrá de llevarse a cabo mediante el ejercicio de una valoración conjunta de aquellas derivadas de distintas causas y, la segunda, que no cabe confundir esta idea con la totalización de las cotizaciones que, en la STS de 14 de julio de 2014, no se discute. De ahí que sea correcto admitir la oportuna revisión por agravación del grado de IPT en el REM a efectos de que se declare también para éste régimen la IPA.

2.3. ¿Sucesión o simultaneidad?

De lo que se trata es de determinar si ¿resulta o no aplicable lo previsto en el art. 138.4 de la LGSS cuando el trabajador se encuentre en una situación de pluriactividad?

El término “pluriactividad” implica que el trabajador realiza simultáneamente más de una actividad laboral (ya sea por cuenta propia o ajena), lo que le obliga a estar en alta y cotizar en más de un Régimen de la Seguridad Social. En este caso, el art. 138.4 de la LGSS establece que: “Para causar pensión en el Régimen General y en otro u otros del sistema de la Seguridad Social..., será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante quince años“, siendo necesario que el beneficiario reúna los requisitos legales exigidos en cada uno de los regímenes²⁰. En ese caso, el actor tendrá derecho a dos pensiones de incapacidad permanente distintas.

Los hechos que describe la STS de 14 de julio no hacen referencia a un supuesto de pluriactividad, sino de sucesión en las actividades laborales (como bien reconoce el Supremo). En efecto, el trabajador es declarado, primeramente, en IPT para la profesión habitual de marinero en el REM²¹. La causa determinante de esta situación deviene del accidente de trabajo que sufre el trabajador²².

¹⁹ STS de 27 de julio de 1996 (RJ 1996, 6436); de 18 de febrero de 2002 (RJ 2002, 4359).

²⁰ Ver STS de 19 de febrero de 2002 (Ar. 4364).

²¹ Se entiende por “profesión habitual” la última desempeñada en el momento de sobrevenir la contingencia causante (STS de 7 de febrero del 2000 (Recurso 1595/2001).

²² A este respecto, cabe recordar que el art. 137.2 de la vigente LGSS establece que:

“2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo“.

Este hecho no inhabilita al trabajador para la realización de otra profesión distinta²³, pudiendo éste compatibilizar el trabajo de carpintero que, posteriormente desarrolla en el RGSS, con la percepción de la pensión por IPT. Sin embargo, con ocasión de esa última actividad, es declarado en IPA por el INSS. Por todo ello, no es posible aplicar las reglas de compatibilidad del art. 138.4 de la LGSS, ya que “para poder causar dos pensiones, una en cada régimen, se necesita que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan al menos durante quince años...”²⁴. Finalmente, destaca el Alto Tribunal que “... dicha sucesión puede dar lugar a dos pensiones de incapacidad permanente distintas, si el beneficiario reúne los requisitos legales exigidos para cada una de ellas, lo que es el caso y no se discute: el INSS reconoce ambas pensiones”²⁵.

3. VALORACIÓN FINAL DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESTABLECIDA EN LA SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2014 Y CRITERIOS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE INCOMPATIBILIDAD

La falta de una específica regulación en materia de incompatibilidad de pensiones, constituye la principal causa por la que se origina el conflicto en esta Sentencia del Supremo de 14 de julio de 2014. Así pues, como regla general, este principio de incompatibilidad del art. 122 de la LGSS sólo se aplicará cuando coincida en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente (como por ejemplo ocurre para la pensión de viudedad). La regla general de incompatibilidad de pensiones es acorde con el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución; todo ello sin perjuicio “del derecho que pueda corresponder al beneficiario a optar por la pensión que entienda más beneficiosa”²⁶. De igual modo ha de tenerse también en cuenta que dicho principio opera única-

²³ Aragón Gómez, C: “La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente” en VV.AA, Mercader Uguina, J.R y Aragón Gómez, C (Dir y Coord), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Valladolid, Lex Nova, 2013, p. 111.

²⁴ Ver Fundamento de Derecho Segundo, letra a) de la STS de 14 de julio de 2014.

²⁵ Ver Fundamento de Derecho Segundo, letra a) de la STS de 14 de julio de 2014.

²⁶ STS de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 2345) y STS de 14 de julio de 2014 en su Fundamento de Derecho segundo, apartado 1 letra b).

mente dentro del RGSS²⁷, por lo que no se prohíbe, como regla general, la compatibilidad de pensiones en distintos regímenes.

No obstante a lo anterior, se había establecido una excepción a esta regla de compatibilidad de pensiones de IPA (y como tal ha de ser interpretada), causadas en diferentes Regímenes y no coincidentes en el tiempo, cuando una vez declarada una situación de incapacidad permanente se produjese un empeoramiento de las dolencias (que así lo hubieran motivado o la aparición de otras posteriores) que diera lugar a la revisión por agravación del grado de invalidez en virtud de lo dispuesto por el artículo 143.2 de la LGSS. En base a esta doctrina del TS²⁸ entiende el INSS, en esta sentencia, que si a una persona que es declarada previamente en situación de IPT y, en función de unos cotizaciones diferentes y un estado patológico distinto, se le reconoce posteriormente una IPA, la agravación de las dolencias no podrá constituir causa determinante para el origen de una nueva situación de IPA. Por lo que en este último caso, únicamente cabe una actualización de la pensión reconocida, considerando las cotizaciones ingresadas con posterioridad pero manteniendo una única prestación.

La tesis del INSS es rechazada por el TS en su Sentencia de 14 de julio de 2014²⁹ quien, reiterando la doctrina ya declarada, entiende que ante la laguna que presenta el art. 122 de la LGSS en cuanto a los mecanismos que rigen en el propio RGSS y para cada uno de los distintos regímenes, cabe establecer una serie de criterios generales que sirvan de fundamento para reconocer la compatibilidad de pensiones de IP en distintos regímenes, a saber³⁰:

“a) Los preceptos sobre incompatibilidad de pensiones son normas internas de cada régimen.

b) La incompatibilidad se rige por el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad.

c) En caso de concurrencia de pensiones lo jurídicamente correcto es reconocer la nueva pensión, ya que, en todo caso, se permitirá al interesado ejercer el derecho de opción que le reconoce el artículo 122 de la LGSS.

d) La naturaleza contributiva del sistema determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones, pero si no son las mismas pueden aprovecharse para prestaciones también diferentes“.

²⁷ STS de 15 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2074) y STS de 14 de julio de 2014.

²⁸ En este sentido, ver las sentencias del TS de 18 de diciembre de 2002 y 4 de noviembre de 2004.

²⁹ En esta misma línea, véase las STS de 11 de mayo de 2010 (recud. 3640/2009) y 20 de enero de 2011 (recud. 708/2010).

³⁰ STS de 14 de julio de 2014 en su Fundamento de Derecho segundo, apartado 1 letra b).

Por todas las razones que se han expuesto en este trabajo, el TS entiende que los hechos que aquí se están enjuiciando no son comparables con las pretensiones que defiende el INSS (y que sirvieron de fundamento en la resolución del recurso de suplicación con el fin de que se denegase la pretensión del interesado). De ahí que no quepa aplicar la doctrina que mantuvo el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de enero de 2011. Por lo que ante el dilema de si ¿las lesiones sucesivas, derivadas o no de distintas contingencias, deben tratarse de forma independiente?, o si, por el contrario, ¿deben éstas dar lugar a una consideración unitaria a la hora de valorar la incapacidad resultante?, el Tribunal Supremo lo resuelve aquí manteniendo un criterio de consideración o apreciación conjunta de las dolencias y secuelas padecidas, aunque provengan de distintas contingencias determinantes³¹.

Pese a lo hasta ahora defendido, en la Sentencia del TS de 14 de julio de 2014 se desestima el recurso formulado por el INSS porque entiende que lo que sostiene el actor es que, en contra de aquella doctrina, se reconozca dos pensiones por un cuadro lesivo que es claro que se ha considerado determinante para reconocer a éste una IPA en el RGSS y derivada del primer proceso, por el que se le declaró en IPT en el REM. Así pues, dado que se han acrecentado las lesiones del primer accidente de trabajo en un momento posterior, resulta evidente que no cabe valorar de forma independiente ambas lesiones, sino en su conjunto.

En definitiva, el TS entiende que la solución a la cuestión planteada radica en “entender compatibles dos pensiones de IPA en dos regímenes distintos de nuestro Sistema de Seguridad Social cuando ha existido sucesión en actividades laborales que dieron lugar al alta en dos regímenes diferentes de la Seguridad Social cuando el beneficiario reúne los requisitos legales exigidos en cada uno de ellos y con independencia de que se tengan en cuenta para la agravación dolencias ya valoradas en la incapacidad permanente declara en el otro régimen”.

A la luz de la argumentación precedente queda patente la necesidad de que se definan explícitamente por el legislador “*lege ferenda*“ las reglas específicas de compatibilidad e incompatibilidad, cuando entren en conflicto pensiones de distintos regímenes de la Seguridad Social. Bien es cierto que aunque la interpretación jurisprudencial mayoritaria ha evolucionado rápidamente en un sentido favorable para el trabajador, lamentablemente subsisten todavía algunos criterios judiciales contradictorios. La garantía jurídica de la cobertura de las

³¹ También esta misma línea, véase las sentencias del TS de 13 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6341) y 29 de junio de 1987 (RJ 1987, 4664).

necesidades sociales relevantes para el sistema de pensiones debe ser efectiva y no conducir a una minoración irrazonable de la protección dispensada, debiendo aquélla amparar todas las situaciones de necesidad con independencia del origen y régimen jurídico aplicable.

LA INDEMNIZACIÓN POR DESISTIMIENTO EN LA RELACIÓN DEL PERSONAL DIRECTIVO DEL SECTOR PÚBLICO

*Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía,
Granada, de 23 de octubre de 2014*

ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS*

SUPUESTO DE HECHO: La demandante, quien ha venido prestando sus servicios desde el año 2000 en la Empresa Pública del Suelo de Andalucía (EPSA), inicialmente como técnica y después como Directora técnica, con un contrato de alta dirección, pasa posteriormente a ocupar el puesto de Directivo intermedio, excluido del convenio colectivo aplicable, con vinculación a las disposiciones contenidas en el Estatuto de Directivo Intermedio, siendo el cargo de los de libre designación por la Dirección de la Empresa y basado en la confianza de las partes. En concreto, ejerce la función de Directora de las Oficinas de Áreas de Rehabilitación Concertada de Almería, como máxima autoridad en materia de Rehabilitación en la empresa, dependiendo directamente de la Dirección de la Empresa y estando incardinado en el organigrama jerárquico de la Gerencia Provincial de Almería. En octubre de 2012 se le comunica el cese de su relación laboral por voluntad unilateral de la entidad, con base en lo dispuesto en el art. 11.1.a) del Estatuto del Directivo Intermedio, por pérdida de confianza, sin derecho a indemnización, en virtud de lo establecido en el art. 29 de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y materia de Hacienda Pública, para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía. La trabajadora disconforme, impugna la decisión ante el Juzgado, que dicta sentencia reconociendo la improcedencia del despido.

RESUMEN: La sentencia, de 23 de octubre de 2014¹, desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa pública y confirma el pronunciamiento de instancia. La sentencia declara que la actora desempeñó un puesto de libre designación, sin que llegara a ostentar un cargo de alta dirección, pues el desarrollo de su trabajo, por mucha autonomía y responsabilidad que tuviera, estaba sujeto a los criterios e instrucciones de otro personal con dicha condición, al

* Prfa. Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Rec. Suplicación 1792/2014 (RJ 26245).

considerar que no es viable que dos personas de alto rango en la empresa, una de ellas sometida a la otra, ambos puedan lucir la condición de personal de alta dirección. En consecuencia, mantiene la declaración de improcedencia del despido, al considerar no admisible una causa de extinción por voluntad unilateral del empresario basada en la mera pérdida de confianza, sin derecho de indemnización. Asimismo, en caso de considerar la relación de trabajo como asimilada a la de alta dirección, no procede la limitación legal de la indemnización por desistimiento empresarial, por no tener reserva de puesto de trabajo.

ÍNDICE

- 1 INTRODUCCIÓN
2. ALGUNOS APUNTES PREVIOS SOBRE EL CONCEPTO DE PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN: LA DIFICULTAD DE SU ENCUADRAMIENTO EN EL SECTOR PÚBLICO
3. EL CASO ENJUICIADO: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DEL PERSONAL DIRECTIVO INTERMEDIO
4. ARGUMENTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LOS DIRECTIVOS A LA INDEMNIZACIÓN POR DESISTIMIENTO EMPRESARIAL
5. BREVE REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

Con carácter previo al comentario de la sentencia que ha acaparado nuestra atención, habría que contextualizar brevemente la problemática que aborda, al producirse con motivo de un cambio legal de relevancia que ha afectado a la propia categorización del personal que ejerce funciones directivas en el sector público.

El concepto de personal de alta dirección ha evolucionado en los últimos años con ocasión de su expresa introducción en el ámbito de la Administración pública, planteando no pocos problemas prácticos que han situado el análisis de la figura contractual como punto de especial interés. La Disposición Adicional Octava del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, introdujo importantes limitaciones en materia de indemnización por desistimiento empresarial para los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal, limitaciones que posteriormente la Ley 3/2012, de 6 de julio, amplió a los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público autonómico y local. Dichos cambios han venido ocasionando desde entonces una abundante litigiosidad, al aumentar las reclamaciones de los cargos directivos de este sector que resultaban afectados y perjudicados por las restricciones impuestas de manera sorpresiva en el régimen indemnizatorio por voluntad del empleador. La dificultad con la que

se encuentran los Tribunales responde al amplio margen interpretativo que permite la propia normativa, que lleva a pronunciamientos diferentes ante situaciones similares. La valoración de las posibles consecuencias de lo “público” pasa por la necesidad de la indagación previa sobre la verdadera naturaleza de la relación de trabajo, pues del sentido de su calificación va a depender un determinado tratamiento indemnizatorio, y si finalmente se declara que no estamos en presencia de un “*alto directivo*”, las consecuencias del supuesto desistimiento pasarían a reconocerse como las propias del despido improcedente, con las ventajas que conlleva para el trabajador la inaplicación de las limitaciones indemnizatorias reguladas en las disposiciones citadas.

Estos conflictos se enmarcan en una problemática más amplia, que refleja la complejidad de la delimitación de lo que debe entenderse por “sector público”, de modo que será preciso además en algunos supuestos verificar con antelación la naturaleza del organismo que ejerce la facultad extintiva, para atribuir los efectos propios de la normativa citada, o en caso contrario, las previsiones del artículo 11 del Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial del personal de alta dirección².

2. ALGUNOS APUNTES PREVIOS SOBRE EL CONCEPTO DE PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN: LA DIFICULTAD DE SU ENCUADRAMIENTO EN EL SECTOR PÚBLICO

La relación laboral especial de alta dirección es regulada por el RD 1382/1985, de 1 de agosto (en adelante RDPAD), rigiéndose por la libre voluntad de las partes, sin perjuicio de las disposiciones de carácter imperativo de la norma reglamentaria y del propio Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) en los extremos en los que se remita expresamente al mismo, y resultando de aplicación supletoria las legislaciones civil y mercantil (art. 3 RDPAD). Su particular régimen jurídico se justifica por la especial naturaleza de la figura, que lo sitúa más cerca del entorno del empresario que del trabajador, destacando, sobre todo, las singularidades que se presentan en el tratamiento de la extinción del contrato y su régimen indemnizatorio.

El art. 1.2 de la citada norma reglamentaria define la figura del cargo directivo a partir de la concurrencia de dos rasgos característicos: por un lado, el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma; y por otro lado, la autonomía y plena

² STSJ de Madrid, de 2 de junio de 2014. La sentencia declara que el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, no es organismo perteneciente al sector público estatal, derivando en la inaplicación de la DA 8ª RDL 3/2012.

responsabilidad en el desempeño de sus funciones, sólo limitada por las instrucciones directas impartidas por quien asume la titularidad de la empresa. La dificultad de identificar en la práctica estos elementos, por su carácter de conceptos jurídicos indeterminados, pone de manifiesto la necesidad de acudir a la jurisprudencia y a la doctrina científica autorizada para precisar el significado de estas notas definitorias, lo que ha contribuido a la adecuada delimitación del concepto de personal de alta dirección frente a otras figuras afines³.

De la confluencia de ambas puede concluirse que se trata de una relación de naturaleza jurídico-laboral distinta de la que existe entre quienes ejercen dentro de la empresa una actividad limitada al mero desempeño del cargo de consejero o miembro del órgano de administración de las organizaciones empresariales que revistan la forma jurídica de sociedad (art. 1.3.c ET)⁴. Asimismo, se distingue del trabajador ordinario con funciones directivas, pero limitadas en el ámbito de la empresa, de modo que, como destaca el Tribunal Supremo, para calificar la relación laboral como de alta dirección⁵: 1º. Han de ejercitarse poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento⁶; 2º. Los poderes han de referirse a los objetos generales de la entidad, lo que supone que las facultades otorgadas además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, hayan de ser referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma, o a aspectos trascendentales de sus objetivos⁷; 3º. El alto directivo ha de actuar con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia sólo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad⁸.

³ Entre los autores que han estudiado minuciosamente esta figura, se destaca: Val Tena, A. L.: *El Trabajo De Alta Dirección: Caracteres Y Régimen Jurídico*. Civitas. Madrid, 2002; Martínez Moreno, C.: *La relación de trabajo especial de alta dirección*. CES. Madrid, 1994; Iglesias Cabero, M.: *La relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*. 2ª ed., Civitas. Madrid, 1994; Sala Franco, T.: *La relación laboral de los altos cargos de las empresas*. Deusto, 1990. García-Perrote Escartín, I.: "Flexibilización y ajuste de la noción de alto directivo en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo" *Relaciones Laborales*, 1992-II, págs. 123 y ss. Desdentado Bonete, A., y Desdentado Daroca, E.: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores: calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en seguridad social*. Lex Nova. Valladolid, 2000.

⁴ SSTs de 4 junio 1996 y 29 enero de 1997 (RJ 4882; 640).

⁵ Entre todas, STS de 17 junio de 1993 (RJ 4762).

⁶ SSTs de 6 de marzo de 1990 (RJ 1767) y de 18 de marzo de 1991 (RJ 1870).

⁷ SSTs de 30 enero y de 12 septiembre 1990 (RJ 233 y 6998) y de 4 junio 1999 (RJ 5067).

⁸ Entre otras, STS de 3 de marzo de 1990 (RJ 1752), de 4 de junio de 1999 (RJ 5067) y de 3 de octubre de 2000 (RJ 8290).

De acuerdo con estas consideraciones, se puede concluir que el concepto de personal de alta dirección ha evolucionado hacia la idea de que lo relevante de esta figura es la intensidad de los poderes otorgados, característicos por la intervención en la dirección y gobierno de la empresa con capacidad para determinar el sentido de su marcha, siempre que afecte a sus objetivos estratégicos y trascendentes, aunque afecte a sectores determinados de la organización productiva⁹.

Situadas así las cosas, conviene detenerse en la caracterización de la figura del alto directivo en el ámbito del sector público. A este respecto, como es sabido, el RDPAD no hace mención alguna al personal directivo en la Administración pública, por lo que desde que se reguló esta relación laboral de alta dirección, se ha debatido la posible viabilidad de esta categoría en dicho ámbito. La duda se planteaba no sólo porque generalmente estos puestos se reservaban a personal funcionario o a cargos políticos, sino por la dificultad de exigir la concurrencia de los requisitos de la definición recogida por el art. 1.2 RDPAD a los empleados públicos, sobre todo, debido a la imposibilidad de delegar poderes inherentes a la esfera de competencia propia de los órganos administrativos superiores.

En estos términos, intentando ordenar la figura del personal de alta dirección del sector público, la jurisprudencia adoptaba la postura de someter la contratación de altos directivos laborales a los requisitos generales: *“No hay un concepto especial de alta dirección para las Administraciones públicas y si éstas en virtud de las normas de Derecho Administrativo no pueden en principio delegar ‘poderes inherentes’ a la esfera de competencia propia de los órganos administrativos superiores de ellos derivarán las correspondientes restricciones en la aplicación de este tipo de contratos, pero sin que en ningún caso sea posible dispensar la concurrencia de algunos de los requisitos que delimitan la alta dirección, permitiendo que se otorgue esta calificación trabajos que no cumplen las exigencias legales*¹⁰. Sin embargo, hubo excepciones en las que se otorgó la condición de alto directivo a personal en el que no era apreciable la concurrencia de los requisitos reglamentarios, como por ejemplo el caso de los directivos de hospitales y centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud. (DA. 10ª.4 de la Ley 30/1999, de 5 octubre, sobre Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud)¹¹.

⁹ López Gómez, J.M.: *La relación especial del empleo público*. Civitas. Madrid, 2009, pág. 220.

¹⁰ STS de 17 de junio de 1993 (RJ 4762).

¹¹ STS de 2 abril 2001 (RJ 4124)

Posteriormente, la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), con la pretensión de modernizar la Administración para responder a las demandas con mayor eficacia, plantea la necesidad de contar con empleados altamente cualificados y crea la figura del “*personal directivo profesional*” (art. 13), despejando las dudas sobre el reconocimiento del personal de alta dirección en el sector público. No obstante, el precepto no define la figura, sino que opta en la determinación de la condición de personal directivo y en su ordenación jurídica por remitirse a lo que establezcan los Gobiernos Central y Autonómicos¹². El EBEP introduce pues, un criterio formal de calificación aplicable al personal directivo de carácter laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que atribuirá tal condición a quienes la ostenten en virtud de normativa específica de la Administración, organismo público o entidad pública, con rango de Ley, bien porque defina la función que ejerce como directiva, o atribuya la condición de directivo al órgano al que pertenece o a la titularidad del puesto desempeñado.

A partir del reconocimiento legal expreso del alto directivo laboral en la Administración, surge la problemática en torno al difícil ajuste de esta relación laboral en el ámbito del RDPAD, pues si se hace prevalecer un sistema jurídico-formal de calificación, los criterios utilizados por las normas específicas pueden ser muy dispares, y por ello derivar en la introducción de un elemento de conflictividad, como así ha ocurrido, sobre el que se han pronunciado los Tribunales de Justicia, sobre todo, en aquellos supuestos en los que una Administración define determinadas funciones como directivas, o considera determinados puestos de trabajo como cargos de alta dirección, a pesar de no reunir los requisitos establecidos en el art. 1.2 del RDPAD¹³. El propio art. 13 del EBEP deja abierta esta posibilidad, pues no incluye términos para modular los límites del concepto,

¹²Art. 13 EBEP. “*El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios: 1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración. 2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia. 3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados. 4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.*”

¹³ Entre las primeras sentencias, destacan la STS de 2 de abril de 2001(RJ 4124), en relación con el personal del Instituto Nacional de Salud, calificó como personal directivo a los direc-

permitiendo que la norma de desarrollo configure la categoría de personal de alto directivo profesional en un sentido amplio, pudiendo comprender a los empleados públicos que asuman algún grado de responsabilidad¹⁴. Así pues, lejos de la idea mantenida por la jurisprudencia en una etapa anterior, el concepto de alto directivo laboral goza de mayor amplitud en virtud de la regulación de la norma legal, pudiéndose alejar del perfil fijado por la norma reglamentaria que regula la relación laboral especial.

El carácter flexible que maneja la alta dirección en el ámbito de la Administración se ha ido abriendo camino, como se observa en los casos de asimilación del alto directivo a los altos cargos o al personal de libre designación en el seno de las Administraciones públicas¹⁵, aunque sigue existiendo disparidad en los pronunciamientos judiciales de segunda instancia, optando en otras ocasiones por una interpretación más ajustada, que procede a la verificación de las funciones desempeñadas por el trabajador acorde con los requisitos del art. 2 del RDPAD¹⁶. Y es que admitido que resulta difícil que el alto directivo profesional pueda cumplir los requisitos de la norma reglamentaria, no se puede eximir para su calificación de la concurrencia absoluta de los mismos, porque el EBEP se remite de forma expresa al RD. 1382/1985 como fuente de su ordenación jurídica.

tores gerentes de los centros de gasto de atención especializada y atención primaria, a los subgerentes, directores y subdirectores de subdivisión, por su inclusión la Ley 30/1999, de 5 de octubre, reguladora de la selección y provisión de plazas de personal estatutario de los servicios de salud, como titulares de los órganos de dirección. La tesis de la Sala se ha mantenido en otras más recientes, como STSJ Madrid en de 12 de enero de 2011 (RJ 115.212).

¹⁴ Díaz De Atauri, P.J.: “Altos directivos y Administraciones públicas”. En la obra *El Estatuto Básico del Empleado Público*. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. I, Madrid, 2009, pág. 579.

¹⁵ STSJ Galicia de 23 de abril de 2010, (RJ 1632); STSJ Baleares de 24 de octubre de 2008, (RJ 2931).

¹⁶ STSJ Madrid en Sentencia de 2 de diciembre de 2011 (EDJ 295595). El Tribunal declaró el puesto de Gerente del Consorcio de Apoyo a la Investigación Biomédica como de alto directivo. En similar sentido la SSTSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2013 y de 16 de junio de 2014, en relación con el Director del Instituto Cervantes. STSJ de Madrid de 21 de abril de 2012, en relación con los servicios sanitarios de Madrid. STSJ de Madrid, de 8 marzo de 2012 (Rec. 6640/2012). En esta sentencia se discutía un supuesto similar de dos trabajadores, cargos intermedios, de una sociedad mercantil estatal, que suscribieron contratos de alta dirección, concluyendo el Tribunal que del examen de sus funciones se deduce que se trató en todo momento de relaciones laborales de carácter común, que no especial de alta dirección: “*debe deducirse del contenido funcional o de los cometidos profesionales efectivamente desempeñados, al igual que de las facultades que los mismos tengan conferidos*”.

3. EL CASO ENJUICIADO: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DEL PERSONAL DIRECTIVO INTERMEDIO

La primera cuestión que se discute en la sentencia se encuadra en la problemática anteriormente expuesta: la determinación del carácter de la relación laboral de trabajadores con funciones directivas en el marco de empresas públicas. Pues como en la empresa privada, en la estructura organizativa de las sociedades mercantiles públicas, conviven distintas categorías en la parte directiva, en ocasiones difíciles de distinguir: los altos cargos directivos, vinculados profesionalmente con la empresa mediante contrato especial de personal de alta dirección y los denominados directivos ordinarios o técnicos, que son ejecutivos de la organización empresarial que ostentan una posición empresarial elevada, pero no propiamente altos directivos, vinculados a la entidad con un contrato de trabajo ordinario¹⁷.

En el supuesto litigioso analizado, la cuestión no se presenta como un conflicto meramente teórico, pues las consideraciones expuestas son paso obligado para determinar si la calificación de la relación de trabajo resulta determinante en orden a la atribución de las consecuencias derivadas de las vicisitudes que le pueden afectar, en este caso concreto, del ejercicio de la facultad extintiva empresarial, ocasionada con posterioridad a la novación “*ex lege*” del contrato con motivo de su adaptación a la nueva regulación sobre el régimen indemnizatorio por desistimiento empresarial. En este sentido, cabe indicar que el interés de la sentencia viene determinado no sólo por la materia que se enjuicia, sino, sobre todo, por el modo en que se plantean los argumentos por la Sala, al ofrecer dos posibles situaciones en las que situar el litigio, pero llegando en ambos escenarios al mismo resultado: la calificación de improcedencia del despido.

El conflicto planteado surge en el ámbito de una sociedad mercantil del sector público autonómico. Concretamente, la demandante prestaba servicios en la empresa pública EPSA, entidad de Derecho Público, adscrita a la Consejería de Obras Públicas y Transporte de la Junta de Andalucía. Había concertado una relación laboral con la entidad en 2000 como técnica y posteriormente en 2005 pasó a ocupar el puesto de Directiva técnica a través de un contrato formalmente

¹⁷ Para las sociedades mercantiles estatales se encuentra regulada la figura del “*máximo responsable*”, sólo a efectos retributivos, a las que se refiere el art. 2.1 de la Ley General Presupuestaria, remitida por la disposición adicional octava del RD Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y RD 451/2012, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades. Es el personal que formando parte de su consejo de administración, como gerentes, consejeros delegados o secretarios del consejo de administración, están vinculados con las mismas por contrato mercantil.

suscrito como de alta dirección, pero posteriormente, cuando se aprueba el Estatuto de Directivo Intermedio en 2007, la trabajadora suscribió un nuevo contrato con la empresa como Directiva Intermedia, con adscripción al puesto del grupo 02, ejerciendo funciones como Directora de las oficinas de área de rehabilitación concertadas de Almería, con sometimiento a lo establecido en el Estatuto de Directivo Intermedio y sujeta en lo demás a la normativa que regula la relación común, así como estando excluida del convenio colectivo aplicable. En 2012, la Dirección de EPSA, mediante resolución, acuerda el cese de la trabajadora con motivo de la pérdida de confianza, sin derecho a indemnización alguna, con base en lo dispuesto en el art. 11 del Estatuto del Directivo Intermedio y art. 29 de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y materia de Hacienda Pública. La trabajadora, disconforme, impugnó la decisión empresarial, siendo estimada la pretensión por el Juzgador en primera instancia, que califica la decisión extintiva como despido improcedente, confirmando posteriormente el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Granada en sentencia de 23 de octubre de 2014.

La suscripción sin solución de continuidad de los distintos contratos entre la recurrente y la recurrida sitúa el análisis de la cuestión previa para resolver sobre el derecho que se discute (el derecho indemnizatorio) en la identificación de la naturaleza jurídica de la relación laboral. En este supuesto la empresa recurrente no plantea la discrepancia en torno al binomio relación común/relación especial, sino en contraste con la figura del personal eventual de confianza. El Tribunal, sin embargo, aborda el análisis de las tres posibles calificaciones de la relación de la empleada, atendiendo a las circunstancias: que se trate de personal eventual de confianza, como sostiene la parte recurrente, relación sometida al Derecho administrativo; que se considere una relación laboral especial de personal de alta dirección, sometida al RD 1382/85; o por último, que se califique como relación laboral común, como declara el Magistrado de instancia, con las particularidades que pueda conllevar para la trabajadora el desempeño de funciones directivas, en aplicación de los términos del contrato y de la normativa legal aplicable.

La primera opción es descartada indirectamente por la Sala sin entrar en el fondo del asunto, rechazando el argumento que quiere introducir la empresa en el expediente del recurso, en su intención de enmarcar la figura contractual en la categoría del personal eventual de confianza (regulado en el art. 12 EBEP), tal como establece la cláusula cuarta del contrato, que establece expresamente que *“La presente relación se basa en la confianza de las partes, siendo el cargo de DI de los de libre designación por la Dirección de la Empresa. Se considera elemento esencial del contrato el mantenimiento de la recíproca confianza entre las partes y la exigencia de la buena fe en el nacimiento, desarrollo y extinción del mismo, con las consecuencias resolutorias inherentes a tales consideraciones”*.

La empresa manifiesta que la relación del personal directivo intermedio constituye una contratación directiva basada en la libre designación y recíproca confianza, lo que significa acceder al ámbito público por medio de privilegios personales, por afinidad política y amistad personal, obviando los principios de la libre concurrencia. Para la sentencia, resulta claro que la empresa no puede alegar en el momento de la extinción que la candidata no superó ningún proceso de selección para acceder al puesto de trabajo, porque fue la entidad la que suscribió el contrato con la trabajadora en base a una normativa concreta, razón por la que debería ser una infracción achacable no a la actora, sino a la demandada que le facilitó tal tipo de contratación¹⁸.

Como es sabido, en cumplimiento de los preceptos constitucionales, la vinculación profesional con cualquier Administración pública, debe ir precedida de un proceso selectivo regido por los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 CE). En este sentido, el Tribunal Supremo sostiene *“Que la exclusión de esas exigencias constitucionales, a través de la libre designación, se justifica en los cargos de confianza política. Y que esa confianza es la que aconseja que el cese sea igualmente libre”*¹⁹. No obstante, resulta frecuente nombrar en los organismos públicos como personal eventual de confianza a personas para desempeñar tareas permanentes de colaboración profesional en típicas actividades administrativas, desviándose de la verdadera naturaleza de esta figura de carácter excepcional, que se define como *“el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin”* (art. 12 EBEP). Son estas circunstancias las que justifican que se pueda producir un cese automático y sin indemnización, cuando se produzca el cese de la autoridad que lo nombró o cuando se pierda la confianza.

Ciertamente no son pocos los casos en los que el personal eventual se ha superpuesto con el personal directivo, particularmente en el ámbito de las Corporaciones Locales, confusión que fue favorecida por el art. 104, en su redacción anterior, de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local²⁰.

¹⁸ La Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA 215, de 31 de octubre) establece en el art. 77 que *“El personal al servicio de las sociedades mercantiles del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad”*.

¹⁹ STS de 30 de mayo de 2006 (RJ 3352).

²⁰ El precepto, ya modificado, establecía: *“2. Los puestos de trabajo reservados a este tipo de personal deberán figurar en la plantilla de personal de la Corporación. 3. Podrán ser desem-*

Aunque esta situación, sobre todo, ha sido propiciada porque el legislador estatal ha establecido de manera muy genérica las funciones “*de confianza*” o de “*asesoramiento especial*”, reservadas a esta clase de empleados públicos, así como su régimen de nombramiento y cese, a pesar de ser aspectos de carácter básico, en cuanto definen los rasgos específicos de la figura²¹. Por ello, la jurisprudencia ha tenido que perfilar y concretar su significado, delimitando el ámbito que puede reservarse al personal eventual nombrado por una relación de confianza. Así pues, el Alto Tribunal ha precisado el alcance de la “*función de confianza*”, refiriéndola a las tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan el poder de superior decisión política, en las que predominan las notas de afinidad y proximidad política, que son inherentes a la confianza. De este modo, “... *deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa*”²².

No parece razonable, como ha defendido algún pronunciamiento judicial que “*ante la falta de normativa específica para el personal de confianza de las Administraciones Públicas, debe estimarse correcta la contratación bajo la modalidad de alto cargo aunque no fuera considerado como personal de confianza de primer grado, pues no cabe duda que sus funciones estaban integradas dentro del espíritu general que informa la contratación de los cargos de confianza y por ello nada obstaba al desistimiento previsto en el artículo 10 del RD 1382/85*”²³

En el supuesto de hecho concreto, además de la suscripción del contrato laboral y del carácter indefinido de la relación, a diferencia del carácter no permanente que singulariza al personal eventual, se describe el cometido de la Directora de las oficinas de área de rehabilitación concertadas: garantizar el cumplimiento de los objetivos de orden social incluidos en los Programas de Actuación de los ámbitos de su competencia de forma homogénea, coordinando

peñados por personal eventual determinados puestos de trabajo de carácter directivo, incluidos en la Relación de Puestos de Trabajo de la Corporación, de acuerdo con lo que dispongan las normas que dicte el Estado para su confección”.

²¹ STC 156/2013, de 23 de septiembre (BOE 254, de 23 de octubre). Como manifiesta el Tribunal. “...*conforme a la normativa de carácter básico del Estado sólo puede tener carácter de personal eventual el personal que ejerza funciones expresamente calificadas como de confianza o de asesoramiento especial, personal que por ello tiene un régimen de nombramiento y cese libres y que, en todo caso, habrá de cesar automáticamente cuando cese la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento*”.

²² SSTs de 2 de septiembre de 2004 (RJCA 5919) y de 17 de marzo de 2005 (RJCA 3420).

²³ STSJ de Islas Baleares de 25 de febrero de 2004 (RJ 1599).

las relaciones entre los Servicios Centrales, la Gerencia Provincial u las Oficinas de Rehabilitación de la provincia. Se tratan, por tanto, de tareas generales de carácter administrativo llamadas a ser realizadas respecto de la estructura funcional y permanente de la organización, distintas de las de confianza y asesoramiento especial exigidas por el art. 12 EBEP, razón por la que no puede calificarse como personal eventual de confianza.

La apreciación sobre la segunda opción requiere igualmente el análisis del contenido real de las funciones ejercidas por la trabajadora, puesto que la relación formalmente había adoptado fórmulas contractuales distintas, acogándose al inicio formalmente al RD. 1382/1985 y posteriormente, al Estatuto del Directivo Intermedio, sin prácticamente modificación de sus funciones. La sentencia no descarta que la trabajadora asumiese funciones de responsabilidad, pero considera que no llegó a ostentar un cargo de alta dirección, afirmación que apoya en dos razonamientos, uno formal y otro material:

Por una parte, el clausulado del contrato recoge que la relación laboral vendrá regulada por el mismo y por las disposiciones contenidas en citado Estatuto, incorporándose como parte integrante del contrato y estando sujeto en lo demás a la normativa que regula la relación laboral común²⁴. Asimismo, la propia denominación de “*Directivo Intermedio*” implica que se encuentra ubicado entre el personal sometido al convenio y el auténtico personal alto directivo, previsto en el Reglamento interno²⁵. No obstante, si bien la remisión que efectúa el contrato al Estatuto constituye un elemento relevante para delimitar qué trabajadores tienen la consideración de personal laboral común y cuáles tienen la de personal de alta dirección, no siempre la remisión formal a la norma interna es determinante para la identificación real de la condición del trabajador, como declara la Sala en un supuesto similar, al calificar el cargo de Gerente provincial, incardinado en el Grupo 01 del citado Estatuto, como relación de alta dirección²⁶.

²⁴ El artículo 1.3.a) establece que “*no están sujetos a las determinaciones de este Estatuto: a) El personal directivo de alta dirección, cuyo régimen laboral será el que resulte de su propio contrato y de las disposiciones normativas que regulen la relación laboral de alta dirección*”.

²⁵ Así consta en el clausulado del contrato que la relación laboral vendrá regulada por el mismo y por las disposiciones contenidas en el Estatuto de Directivo Intermedio, incorporándose como parte integrante de este contrato y estando sujeto en lo demás a la normativa que regula la relación laboral común.

²⁶ STSJ de Andalucía-Granada, de 3 de julio de 2014 (RJ 2757). En este caso la calificación se justifica en atención a la relevancia de las atribuciones que tenía encomendadas y por su ámbito de actuación, a nivel de toda la provincia. Según declara la sentencia, el Gerente provincial tomaba decisiones fundamentales en la gestión de la actividad empresarial encomendada, como eran las relativas a la Coordinación General de Área de Rehabilitación, así como, a la

Por ello, la Sala acude al criterio material, que analiza la dimensión y alcance de las tareas desempeñadas por la empleada, declarando la relación como común, pues el ejercicio de sus funciones como Directora técnica de la Oficina de Rehabilitación del Puche y la Chanca de Almería, no se lleva a cabo “con autonomía y plena responsabilidad”, pues estaba sujeta a los criterios e instrucciones del Director de EPSA y al Gerente provincial, éste último, con la condición de alto directivo. Así pues, a juicio de la Sala “...no es viable que dos personas de alto rango en la empresa, una de ellas sometida a la otra, ambos puedan lucir la condición de personal de alta dirección”.

El Tribunal coincide con otros pronunciamientos, en que no debe confundirse el ejercicio de determinadas funciones directivas de algunos trabajadores, fenómeno de delegación de poder siempre presente en las organizaciones dotadas de cierta complejidad, con la alta dirección que delimita el art. 1.2 RD 1382/1985²⁷; hay que ser cautos, por tanto, a la hora de atribuir dicha condición, pues la naturaleza particular de esta figura justifica la aplicación de un régimen jurídico especial, con importantes limitaciones en la protección que la normativa común otorga a los trabajadores, y por ello, no puede ser objeto de una interpretación extensiva²⁸.

4. ARGUMENTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LOS DIRECTIVOS A LA INDEMNIZACIÓN POR DESISTIMIENTO EMPRESARIAL

La otra cuestión planteada en la sentencia es la determinación de las consecuencias derivadas de la extinción de la relación del directivo por voluntad unilateral de la entidad pública, en consideración especial a su aspecto indemnizatorio. En particular, el conflicto que se debate trae causa en las modificaciones introducidas en la normativa autonómica con ocasión de la reforma introducida por el citado RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y su afectación al régimen indemnizatorio establecido en los contratos de los directivos intermedios de EPSA.

Como es sabido, la caracterización particular del personal de alta dirección descansa en la mutua confianza en que se funda la relación de trabajo, de la que

Gerencia de la Oficina de Gestión del Parque Público de Viviendas en Alquiler y asimilados; sus facultades, por tanto, afectaban a un área de indiscutible importancia para la actividad de la entidad demandada, o como mínimo, para aspectos transcendentales de sus objetivos.

²⁷ SSTS de 12 de septiembre de 1990 (RJ 1990) y de 4 de junio de 1999 (RJ 5067).

²⁸ SSTS de 13 de marzo de 1990 (RJ 2065) y de 11 de junio de 1990 (RJ 5050).

depende en buena medida la marcha de la organización empresarial. Su posición en la empresa, ejerciendo poderes para dirigirla y gestionarla, justifica que su ordenación se regule en una normativa específica, con una importante limitación de la protección otorgada frente a otros trabajadores. Pues bien, la especial intensidad del vínculo de confianza que caracteriza esta relación es singularmente relevante por su incidencia en el régimen jurídico de extinción del contrato y constituye el fundamento de la regulación de la excepción al criterio general del Derecho Laboral español de exigencia de causa legal para el ejercicio de la facultad resolutoria del empresario y el particular tratamiento indemnizatorio por desistimiento.

El art. 11.1 del RD 1382/1985 regula el desistimiento del empresario, conceptuándola como una vía de extinción unilateral *ad nutum*, es decir, que no requiere para su validez la necesidad de manifestar y justificar la decisión extintiva²⁹, sin perjuicio de que se base en motivaciones internas que determinen la no conveniencia de que el cargo directivo continúe en la empresa, quebrándose la relación de confianza entre ambos³⁰. En virtud de este precepto, el desistimiento empresarial, que deber ser comunicado anticipadamente por escrito, genera el derecho del alto directivo cesado a percibir una indemnización, que en defecto de pacto en el contrato, se eleva a una cuantía equivalente a siete días de salario en metálico por año de servicio, con el límite de seis mensualidades.

Los Tribunales han interpretado el tenor del precepto en el sentido de que el derecho del alto directivo a una indemnización es consecuencia directa del ejercicio del desistimiento empresarial, sin perjuicio de la extinción del vínculo laboral³¹, confirmando la doctrina más reciente su carácter indisponible³². Como mantiene el Alto Tribunal la expresión “*el alto directivo tendrá derecho...*” debe interpretarse como el reconocimiento de un derecho incondicionado a recibir una indemnización por parte del personal de alta dirección cuando su contrato se extinga por desistimiento del empresario, y declara que “*no parece lógico interpretar que el legislador permita un pacto cuyo contenido no se limite a fijar una cuantía diferente a esa subsidiaria sino que consista, lisa y llanamente, en eliminar toda indemnización*”³³. A este respecto, conecta la idea de indisponibilidad con uno de los principios generales del Derecho contractual, entendiendo que “*el libre desistimiento sin causa y sin*

²⁹ SSTS de 21 de marzo (RJ 2209) y 30 de abril de 1990 (3513).

³⁰ STS de 22 de enero de 1991 (RJ 70).

³¹ STS de 7 de abril de 1990 (RJ 3130).

³² STSJ Galicia de 8 de octubre de 2010 (RJ 414871).

³³ STS de 20 de noviembre de 2002 (RJ 2699).

*indemnización alguna no parece cohonestarse muy bien con ese otro principio general del derecho de los contratos que dice que “el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (art. 1256 CC), pues no hay mayor incumplimiento que poner fin a un contrato sin causa y sin indemnización alguna”*³⁴.

Admitida esta afirmación en el ámbito de la empresa privada, debe ser matizada convenientemente en el de la Administración, ya que la ausencia de límites cuantitativos en las indemnizaciones pactadas en los supuestos de desistimiento empresarial, no resulta compatible con los principios que rigen en el sector público, que se debe al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, sobre todo, en un escenario de precariedad económica, razón por la que el Gobierno en 2012, para alcanzar los objetivos de austeridad, eficiencia y transparencia en la gestión en el contexto socio-económico actual, estableció entre otras medidas la limitación en el abono de indemnizaciones por desistimiento empresarial. El RDL 3/2012, de 10 de febrero, confirmado por la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, estableció en la Disposición Adicional Octava, apartado tercero que *“No se tendrá derecho a indemnización alguna cuando la persona, cuyo contrato mercantil o de alta dirección se extinga, por desistimiento del empresario, ostente la condición de funcionario de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, o sea empleado de entidad integrante del sector público estatal, autonómico o local con reserva de puesto de trabajo”*³⁵. La medida se aplica retroactivamente a todos los contratos, considerándose nulas las cláusulas que en su momento se hubieran pactado a partir del 12 de febrero de 2012, a la entrada en vigor del citado RDL.

Las Comunidades Autónomas procedieron pues a modificar sus disposiciones para adaptarse a las prescripciones de la norma estatal. En particular y poniendo en antecedentes el contexto en el que se plantea el litigio objeto de comentario, el art. 29 de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, reguló las indemnizaciones por extinción de contrato, estableciendo que: *“1. El personal incluido*

³⁴ STS de 22 de abril del 2014 (RJ 3599). Con voto particular, que entiende que el artículo 11.1 del RD 1382/1985 debería interpretarse admitiendo ese pacto para excluir cualquier indemnización en caso de desistimiento

³⁵ El punto 7 de la DA 8ª de la Ley 3/2012 amplió el ámbito subjetivo de la norma limitadora de las indemnizaciones en caso de desistimiento, alcanzando también a las comunidades autónomas y a las entidades locales, y en concreto a los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público autonómico y local.

en las letras b) y c) del artículo 3 de la presente Ley³⁶, que ostente la condición de funcionario de carrera o personal laboral fijo de cualquiera de las Administraciones públicas, o mantenga una relación de carácter laboral con alguna entidad del sector público instrumental y cuente con reserva de puesto de trabajo, no tendrá derecho a indemnización alguna por la extinción de su contrato laboral por desistimiento del empresario. 2. Esta medida será también de aplicación al personal cuyo contrato sea de alta dirección contemplado en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, así como al personal que mantenga una relación laboral asimilada a la de alta dirección basada en la recíproca confianza de las partes y que no esté incluido en el ámbito del convenio colectivo de la entidad correspondiente”.

El escenario descrito sitúa el origen del conflicto planteado en la sentencia: Antes de la reforma operada por la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, el art. 11 de Estatuto del Directivo Intermedio de EPSA (aprobado el 28 de mayo de 2007) establecía que el ejercicio de la facultad extintiva por *“la pérdida de confianza”* (art. 10.2.a) conllevaba el derecho del personal directivo al abono de *“una indemnización limitada, como máximo, a la que en la fecha de extinción del contrato estuviese prevista en el Estatuto de los Trabajadores”*. Posteriormente, el 27 de julio de 2012, se modificó dicho precepto para adaptar su contenido a lo dispuesto en la Ley autonómica, disponiendo que: *“El cese en el cargo del personal directivo intermedio que no provenga del personal de la empresa y por tanto haya accedido a su contrato mediante libre designación no dará lugar al abono de indemnización alguna por la extinción de su relación laboral”*. Tres meses más tarde, el 25 de octubre de 2012, la empresa decide poner fin unilateralmente a la relación de la empleada, con motivo de la pérdida de confianza, sin derecho a indemnización, al entender que se trata una contratación directiva basada en la libre designación y recíproca confianza.

Presentados así los antecedentes y partiendo de las consideraciones previas del Tribunal relativas a la calificación de la relación laboral y que llevaría directamente a la improcedencia del despido, no obstante, para resolver sobre el régimen indemnizatorio plantea dos posibles escenarios, para finalmente, en ambos, llegar a la misma conclusión: la extinción del vínculo laboral del personal directivo intermedio por libre decisión del empresario conlleva derecho a indemnización.

En primer lugar, la Sala señala, siguiendo doctrina consolidada, que el

³⁶ Agencias de régimen especial, agencias públicas empresariales, sociedades mercantiles del sector público andaluz, y consorcios, fundaciones y demás entidades a que se refiere el artículo 5 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.

desistimiento unilateral constituye causa extintiva legal en el contrato de alta dirección, pero no en el contrato laboral ordinario, que es siempre causal³⁷. En este sentido, declara que la regla de la exigencia de causalidad “...no puede ser variada ni aún en base a un pacto amparado por el principio de autonomía de la voluntad, pues ello implicaría disponer de derechos irrenunciables... pues se trataría de un proscrito abuso de derecho”³⁸. En este sentido, una disposición que no tiene carácter normativo, como el citado Estatuto interno, puede ser considerado como fuente de la relación laboral siempre que no disponga de derechos ya adquiridos, no pudiendo perjudicar las condiciones establecidas por disposiciones legales. En consecuencia, la Sala niega la validez de la condición resolutoria establecida por el art. 10.a) del citado Estatuto, basada en la pérdida de confianza, aplicada al personal directivo intermedio, porque la necesidad de causa para concluir el contrato de trabajo se considera un derecho indisponible. Por tanto, la estipulación de esta causa de extinción, que no se ampara en causa legal, implica que la decisión extintiva es calificable como un despido improcedente.

En segundo lugar, plantea el otro escenario de forma subsidiaria, considerando la posible virtualidad de la causa extintiva del art. 10 del Estatuto del Directivo Intermedio. Ciertamente, para situarse en esta hipótesis, se interpreta con carácter flexible el art. 13 EBEB³⁹, pues la norma legal autonómica, que es la “específica” para definir qué personal puede calificarse como “personal directivo profesional”, no lo hace directamente, pero contempla junto al alto directivo al “personal que mantenga una relación laboral asimilada a la de alta dirección basada en la recíproca confianza de las partes y que no esté incluido en el ámbito del convenio colectivo de la entidad” (art. 29 de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre).

En este sentido, el Tribunal concluye que “nos encontramos ante una relación paralela a la ordinaria común o de alta dirección, basada en la recíproca confianza de las partes, que no está incluida dentro del ámbito del convenio colectivo de la entidad demandada, sometida a unas cláusulas especiales recogidas en el propio contrato suscrito, cuya extinción se ha producido al concurrir una de las causas previstas en el clausulado suscrito entre las partes, cual

³⁷ SSTS de 19 de septiembre de 2000 (8209).

³⁸ STSJ de Madrid de 15 de octubre de 2012 (380109).

³⁹ Atendiendo a lo previsto en el art. 13 EBEP los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas pueden desarrollen el régimen específico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, a unos principios, entre éstos: que desarrolle “funciones directivas profesionales” en las Administraciones públicas, funciones que definirán las normas específicas de cada Administración y si es personal laboral, estará sometido a la relación laboral de carácter especial (RDPAD).

es la pérdida de confianza". Partiendo de esta consideración, a juicio de la Sala, podría aceptarse la virtualidad de la causa extintiva del art 10 del referido Estatuto para los directivos intermedios, pero *"ello siempre que estuviera recíprocamente compensada económicamente, respetando los mínimos de derecho necesario irrenunciables de todo trabajador"*. Esta regla es confirmada por la doctrina del Tribunal Constitucional, que señala que la extinción contractual por iniciativa empresarial carente de causa debe ser indemnizada⁴⁰. No sería admisible, por tanto, la imposición de la modificación unilateral del art 11 del Estatuto de Directivo Intermedio que excluye la indemnización, ampliando el alcance restrictivo que prevé la normativa autonómica. A esta conclusión llega la Sala tras señalar que, a pesar de tratarse de una empresa pública, el citado Estatuto no es una norma jurídica, sino que se trata de unas condiciones específicas laborales de un colectivo de trabajadores perteneciente a la referida empresa, incluidas en el contrato de trabajo, razón por la cual esta disposición, dentro del cuadro de fuentes, debe respetar las normas de derecho necesario indisponibles para las partes (entre éstas, el art. 29 de la Ley 3/2012).

A partir de aquí, el Tribunal determina las consecuencias derivadas de la extinción unilateral por pérdida de la confianza, interpretando el alcance de la remisión que hace el art. 13.4 EBEP en la ordenación jurídica del personal directivo profesional al RD 1382/1985: *"lo que exige el precepto es que dicha relación laboral especial se someta en bloque y no por partes a las prescripciones del RD 1382/1985, de 1 de agosto y en el presente caso esto no ha sido respetado por la empresa, que pretende espiguar lo que a ella beneficia"*. Dicha consideración es conforme a la normativa aplicable, pues cuando el personal directivo esté vinculado con la Administración mediante una relación laboral especial de alta dirección, como se trata de una competencia exclusiva del Estado, pues es *"legislación laboral"* (art. 149.1.7ª de la CE), las Comunidades Autónomas sólo pueden definir las funciones que delimitan el estatuto del personal directivo laboral de sus organismos públicos en el marco de EBEP respetando siempre sus condiciones, sin que puedan regular sustantivamente otros extremos de la relación laboral especial.

Así pues, añade que la interpretación del contenido del art. 29.1 de la Ley 3/2012 debe ser la que más se ajuste a los principios constitucionales, como sostiene la doctrina consolidada⁴¹; a saber, *"debe ser de naturaleza amplia para las normas favorecedoras en el reconocimiento de los derechos, y de naturaleza restrictiva o estricta, cuando se limiten o supriman los mismos"*. En este caso, al establecer el precepto una medida que limita el régimen indemnizatorio por

⁴⁰ STC 103/1990 [RTC 103].

⁴¹ STS 22 diciembre 2008 (RJ 539).

desistimiento empresarial, debe interpretarse de manera restrictiva cuando se amplía dicha medida al personal de alta dirección y al personal asimilado. Así pues, como concluye la sentencia, *“Cuando el apartado segundo del artículo 29, comienza diciendo ‘Esta medida...’, se viene a referir a la medida contemplada en el apartado primero, ‘en su integridad’, y no cabe por tanto como si de un espiguelo se tratase, aplicarla en una parte de su contenido, y no en su totalidad”*. Y ello significa exigir el mismo requisito requerido en el apartado primero para estar exento de la indemnización, *“la existencia de reserva de puesto de trabajo”*, condición que no cumplía la trabajadora, por lo que no resulta de aplicación al supuesto dicha limitación, debiendo reconocerse en consecuencia su derecho a la indemnización por cese.

5. BREVE REFLEXIÓN FINAL

No existe actualmente un concepto unitario de “personal directivo laboral” en el sector público, pues el legislador optó por la remisión a las normas específica de cada Administración, para la delimitación de su concepto y el desarrollo de su ordenación aunque de forma limitada, al exigir el art. 14.4 del EBEP que las relaciones laborales de los directivos de organismos públicos regidos por el Derecho Laboral se sometiera al régimen aplicable a la relación especial de alta dirección. Esta elección ya introdujo en su día incoherencias importantes que han sido aliviadas, sólo en parte, por los Tribunales, que tampoco han conseguido elaborar un concepto pacífico del cargo directivo público laboral. Si además, como ha ocurrido, los planteamientos ya conformados que, más o menos, permitían con cierta seguridad salir al paso de los conflictos particulares de estos empleados, se someten a los vaivenes de una reforma que responde a otros factores que no son exclusivamente jurídicos y que han afectado a aspectos concretos de su régimen jurídico, nos encontramos ante el escenario actual, nada clarificador, sobre la figura del cargo directivo en la Administración pública.

Quizás sería recomendable reflexionar en estos momentos, transcurrido un período razonable desde la introducción de la reforma sobre esta materia, sobre la necesidad de acometer una labor de ordenación clara del personal de alta dirección en el sector público. A nuestro entender, lo deseable podría ser la creación de una categoría autónoma de relación laboral de carácter especial, en aplicación de la habilitación que hace el propio art. 2.1.c) del ET, caracterizada por el desempeño de funciones directivas con autonomía, que contase con un régimen particular propio, sin depender de otro afín, que en cualquier caso, como es el recogido en el RDPAD, no deja de ser extraño a las singularidades de un empleador como es la Administración, o mejor dicho, las Administraciones, entendidas en toda su complejidad.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Universidad Internacional de La Rioja

UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA A EXTINGUIR: LAS CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN FORZOSA

*Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de enero de 2015
(Recurso de Inconstitucionalidad núm. 5610-2012)*

RAQUEL POQUET CATALÁ*

SUPUESTO DE HECHO: Se interpone recurso de inconstitucionalidad por un grupo de diputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural del Congreso de los Diputados frente a varios preceptos y disposiciones de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, por vulneración de varios preceptos constitucionales, siendo uno de los motivos del recurso la modificación de la disposición adicional décima del ET efectuada por la citada Ley 3/2012, suprimiéndose la posibilidad de que los convenios colectivos estableciesen cláusulas de jubilación forzosa.

RESUMEN: Los recurrentes alegan que se está vulnerando el derecho a la negociación colectiva, ya que forma parte del mismo la libertad de las partes de decidir las materias objeto de estipulación, de manera que un impedimento carente de justificación y proporcionalidad de dicha libertad ha de entenderse contrario al derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE y, consecuentemente, del derecho de libertad sindical del art. 28.1 CE, de cuyo contenido esencial forma parte aquél, en la medida en que la regulación de esta materia debe ser atribuida, por designio constitucional, a la negociación colectiva, que cuenta con un espacio regulativo propio que no puede ser suprimido por la normativa estatal. Por su parte, el TC declara la constitucionalidad de todos los preceptos de la Ley 3/2012 recurridos, desechando cada uno de los motivos alegados por los recurrentes. En concreto, en relación con la modificación efectuada en el ET en que se prohíben las cláusulas convencionales de jubilación forzosa señala que ello es constitucional básicamente por tres motivos, cuales son, porque está

* *Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Profesora asociada de la UNIR y Profesora Consultora de la UOC.

destinada a garantizar el ejercicio del derecho fundamental al trabajo, porque trata de garantizar que la situación de retiro se efectúa voluntariamente por el trabajador, y porque estimular la continuidad del trabajador sirve también para salvaguardar la sostenibilidad del sistema de pensiones.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA
3. SU RAZÓN DE SER Y JUSTIFICACIÓN
4. CONCLUSIÓN
5. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Hasta hace escasos años, en el ordenamiento jurídico español las cláusulas de jubilación forzosa han constituido una medida tradicional, impuesta a través de dos mecanismos, esto es, en forma de norma de Estado o a través de convenio colectivo, siendo este último la vía más utilizada. Estas cláusulas convencionales que prevenían la jubilación forzosa consistían en un cese en el trabajo a consecuencia del cumplimiento de una determinada edad, una causa de extinción del contrato de trabajo, que sin estar recogida como tal en el listado de causas concretas del art. 49 ET, suponía de facto una vía de extinción independiente a la voluntad del trabajador, siendo el empresario el que podía disponer sobre el ejercicio de esta facultad.

De hecho, con anterioridad a nuestro ET, la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953 establecía que *“la jubilación por edad es siempre un derecho del trabajador”*. Con la instauración de la democracia, fue la CE, concretamente su art. 14 el que estableció que todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer causa de discriminación por ninguna circunstancia, entre ellas, cualquier condición o circunstancia personal o social. El ET de 1980 prohibía, en su art. 17.1, toda discriminación por razón de edad, aunque su disposición adicional quinta contenía que *“la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será de 69 años”*. El TC¹ declaró

¹ STC 22/1981, de 2 de julio, que señala que *“la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo; es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no*

que esta disposición era inconstitucional, puesto que establecía la incapacitación para el trabajo a los sesenta y nueve años, y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad.

Ahora, con la actual doctrina constitucional² queda confirmado que la determinación de la edad y de los efectos de la jubilación es una materia que pertenece al ámbito propio de la ley, por estar en juego el ejercicio del derecho al trabajo del art. 35.1 CE, así como que la consagración constitucional del derecho al trabajo determina que el recurso a la edad de jubilación como causa extintiva de la relación laboral opere como una fórmula racional conforme a la cual, en la medida de lo posible y siempre que las circunstancias socioeconómicas lo permitan, sea ejercitada como una opción voluntaria del trabajador y no como una imposición del legislador. El TC recuerda que el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, sino que también supone, en su vertiente individual, tanto el derecho a un puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, como el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, esto es, a no ser despedidos si no existe una justa causa. De hecho, así lo establece la Recomendación núm. 162 de la OIT³.

A continuación, el TC⁴ declara que esta supresión realizada por la reforma de 2012 es totalmente legítima en cuanto el legislador tiene plena potestad para fijar o no límites al ejercicio del derecho al trabajo, porque ello pertenece al ámbito propio de la ley, por estar en juego el ejercicio del derecho del trabajo, razón por la cual, la Constitución obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos en el ejercicio de los derechos constitucionales.

En definitiva, el TC admite que, aunque con anterioridad se había señalado la legitimidad de una política de empleo basada en la jubilación forzosa como causa de extinción de la relación laboral, aun cuando suponía una limitación del ejercicio del derecho al trabajo de unos (vertiente individual), se justificaba constitucionalmente en el objetivo de promover el reparto o redistribución del

podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo. Ahora bien, tal limitación supone un sacrificio personal y económico que en la medida de lo posible debe ser objeto de compensación, pues para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo; es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado”.

² STC de 22 de enero de 2015, rec. núm. 5610/2012.

³ De 23 de junio de 1980, sobre los trabajadores de edad, en la que se señala que “*el paso de un trabajador a la situación de retiro se efectúe voluntariamente*”.

⁴ STC de 22 de enero de 2015, rec. núm. 5610/2012.

trabajo facilitando así el ejercicio del derecho al trabajo de otros (vertiente colectiva), “no cabe sino afirmar ahora que otra política de empleo basada en la facilitación de la continuidad en el empleo de quienes habiendo superado la edad legal de jubilación desean continuar con su vida laboral activa, con sustracción, en consecuencia de esta materia a la potestad negociadora de los representantes de los trabajadores y los empresarios, encuentra perfecto acomodo también a los mandatos y objetivos constitucionales”. De hecho, la medida adoptada se dirige también a garantizar que la transición a la situación de retiro se efectúe voluntariamente por el trabajador en el ejercicio de su derecho al trabajo y de su opción individual por prolongar una vida laboral activa o pasar a una situación de inactividad, y porque en el contexto socio-económico y del mercado de trabajo en el que se inserta dicha medida, caracterizado por una situación de crisis económica, el objetivo de estimular la continuidad del trabajador en su puesto de trabajo sirve también para garantizar la protección de un interés general prevalente como es la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema de pensiones y la viabilidad del Sistema Nacional de la Seguridad Social.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Si se analiza la evolución legislativa al respecto, se observa que no ha sido una institución jurídica nada pacífica, pues varias han sido las reformas llevadas a cabo a lo largo de nuestra historia estatutaria, siendo la última la operada por el RDL 3/2012⁵ y su consiguiente Ley 3/2012⁶, donde se vuelve a prohibir ya de forma definitiva dicha previsión. Así, en un primer momento, cuando se aprobó el ET la posibilidad de establecer cláusulas convencionales de jubilación forzosa quedaba recogida en su disposición adicional quinta, primero, y décima, después, hasta el RDL 5/2001⁷ y su consiguiente Ley 12/2001⁸, donde quedó temporalmente derogada. No obstante, la Ley 14/2005⁹ vino a restablecer esta previsión siempre que esta medida se vinculara a objetivos coherentes con la

⁵ De 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁶ De 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁷ De 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y reforma de su calidad.

⁸ De 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y reforma de su calidad.

⁹ De 1 de julio, sobre las cláusulas de los Convenios Colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, en cuya Exposición de Motivos expresamente se señala que “*en el texto de la disposición que se incorpora a la Ley del Estatuto de los Trabajadores los objetivos de política de empleo que justificarán la introducción de cláusulas en los convenios colectivos que*

política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos o el sostenimiento del empleo, hasta la Ley 27/2011¹⁰, que, aunque su vigencia general estaba prevista para el 1 de enero de 2013, ya con anterioridad el citado RDL 3/2012 y su L 3/2012 procedieron a derogar esta posibilidad, aunque con una vigencia transitoria para ciertos casos.

La Ley 14/2005, en el fondo, conllevó una falta de seguridad jurídica para las empresas, que, pese a limitarse a aplicar una cláusula convencional en vigor, resultaban condenadas al abono de elevadas indemnizaciones por asimilarse la extinción por jubilación forzosa a despidos improcedentes. Además, supuso numerosas reclamaciones al Estado por los salarios de tramitación a los que habían sido condenadas las empresas por sentencias por despido dictadas más allá de sesenta días desde la presentación de las demandas, así como una disminución en ingresos de cotizaciones sociales y una salida constante y elevada de fondos públicos en forma de pensiones a favor de los nuevos jubilados. Consecuencias, que, lógicamente, un Estado ahogado económicamente no podía seguir soportando. De ahí, la necesidad de una reforma al respecto.

Por consiguiente, la Ley 27/2011, aunque no afectó directamente al régimen jurídico de las cláusulas convencionales, sin embargo, introdujo una serie de modificaciones en relación a los requisitos, condiciones y/o reglas de determinación de la pensión de jubilación, que tuvieron claramente efectos sobre dicha institución. Así, la modificación operó en relación con el período mínimo de cotización a tener en cuenta para el acceso forzoso a la pensión de jubilación, exigiéndose así un período de cotización que, efectuados los correspondientes cálculos, le permitiera al trabajador aplicar un ochenta por cien a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión, de tal forma que, “en aquellos supuestos en los cuales el trabajador no tuviera cubierto el período mínimo de

posibiliten la extinción del contrato de trabajo cuando el trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación no serán ya de carácter genérico e incondicionado, como en la anterior redacción de la disposición adicional décima, sino que deberán expresarse en el convenio colectivo, mencionando la Ley objetivos legítimos tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo. Se trata, en todos los casos, de objetivos compatibles con el mandato a los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo contenido en el artículo 40 de la Constitución y con la política de empleo desarrollada en España en el marco de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Se consigue así conciliar adecuadamente los derechos individuales de los trabajadores con los intereses colectivos derivados de circunstancias concretas relacionados con el empleo”.

¹⁰ De 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

cotización y el empresario extinguiera el contrato amparándose en razones de edad, cabría considerar la situación como un despido que, en caso de ser impugnado ante los tribunales, habría de ser calificado como nulo, en tanto se produce una extinción basada en una causa extintiva discriminatoria como es la edad del sujeto afectado. En tales casos el trabajador deberá continuar con su prestación de servicios hasta el momento en el cual llegue a cumplir los requisitos mínimos exigidos para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación”¹¹. Además, partiendo siempre del período mínimo de cotización exigido en todo caso, esto es, quince años cotizados, el porcentaje a aplicar a la correspondiente base reguladora pasaría a ser “*por cada año adicional de cotización, comprendido entre el decimosexto y el vigésimo quinto, ambos incluidos: el 3 por 100*”, de tal forma que, frente a los anteriores quince años cotizados, o en su caso, los superiores previstos en convenio colectivo, para alcanzar el porcentaje mínimo del ochenta por cien exigido resultase necesario un período mínimo de cotización de veinticinco años.

En el fondo, la finalidad perseguida con dicha modificación no era otra que mejorar la cuantía de la pensión de jubilación a que de forma forzosa se veían abocados determinados trabajadores, pues por más que esta modalidad jubilatoria deba hallarse presidida por la nota de fomento del empleo, parecía excesivo que ello debiera producirse a costa del trabajador forzosamente jubilado, ya que si, por diversas circunstancias, el trabajador había tenido una carrera precaria, su pensión de jubilación resultante también lo sería¹².

Por tanto, con esta modificación se consiguió incrementar de forma efectiva la cuantía de las jubilaciones forzosas que se llevasen a cabo a partir de su entrada en vigor, así como se logró reducir el número de potenciales destinatarios de este tipo de jubilación al quedar fuera de su ámbito de aplicación los trabajadores que no acreditasen veinticinco años de cotización, la cual, además, debe ser efectivamente realizada, es decir, sin tener en cuenta la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

La segunda modificación de la Ley 27/2011 en la disposición adicional décima del ET fue añadir un inciso final en el que “*se habilita al Gobierno para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta disposición adicional*”, nota que, no en vano, llevó a un

¹¹ Fernández-Costales Muñoz, J., “La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador”, en Sempere Navarro, A.V. (Dir.), *El contrato de trabajo. La extinción del contrato de trabajo* (Vol. IV) Pamplona: Aranzadi, 2011. p. 1365.

¹² Barrios Baudor, Guillermo L., “Crónica de una muerte anunciada: las cláusulas convencionales de jubilación forzosa”, en *AS*, núm. 11, 2013 (versión on line)

debate doctrinal en cuanto a su interpretación pues, dos serían las posibles hipótesis que podrían derivarse de la citada frase, como son, por un lado, que el gobierno se hallaría habilitado para demorar, por razones de política económica, la operatividad misma de la disposición adicional décima del ET, o por otro lado, que el gobierno estaría legitimado para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación introducida por la propia Ley 27/2011 en la disposición adicional décima del ET. Desde un punto de vista estrictamente formal, la primera hipótesis estaría avalada por la propia técnica jurídica empleada para modificar el contenido de la disposición adicional décima del ET. De este modo, fácilmente cabría colegir que todo cuanto se encontrara recogido en el texto entrecomillado vendría a formar parte de su particular régimen jurídico. Ahora bien, tal y como se encuentra redactada la norma, esta hipótesis resultaría incoherente porque la vigencia de la disposición adicional décima del ET no parte de la propia Ley 27/2011, sino que fue introducida por la Ley 14/2005. Por ello, parece más razonable entender que lo que el gobierno puede demorar es la modificación llevada a cabo por la Ley 27/2011.

Además, cabe tener presente que las modificaciones introducidas por la Ley 27/2011 en el régimen jurídico general de la jubilación afectaron también al instituto jurídico de la jubilación forzosa, pues cuando se refiere a la “*edad ordinaria de jubilación*”, o “*período mínimo de cotización*”, ya no se refiere a los 65 años, del mismo modo que la base reguladora también ha cambiado, al igual que la forma de calcular la cuantía de la pensión.

De cualquier modo, la modificación más importante ha sido introducida por el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 suprimiendo de forma definitiva, y así lo ha confirmado el TC al declarar la constitucionalidad de la citada ley¹³, las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, aunque estableció una fórmula no exenta de dificultades interpretativas, pues, por un lado, ninguna duda cabe de la nulidad de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa que tomen como referencia la edad ordinaria de jubilación que en cada momento venga determinada por la normativa de Seguridad Social. Sin embargo, no del todo claro quedaría si esa misma nulidad podría entenderse aplicable a las cláusulas convencionales de jubilación forzosa que tomen como referencia otras edades de jubilación forzosa. Es decir, una interpretación literal de la actual disposición adicional décima podría llevar a pensar que sólo quedan prohibidas las cláusulas convencionales de jubilación forzosa que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, pero no aquellas otras cláu-

¹³ STC de 22 de enero de 2015, rec. núm. 5610/2012.

sulas que se refieran a edades distintas de la ordinaria de jubilación. Pero esta interpretación literal carece de sentido, ya que viene a chocar frontalmente con lo que ha venido siendo el régimen jurídico tradicional de la jubilación forzosa en nuestro país. Por ello, parece más adecuado abogar por una interpretación finalista, de tal modo que la intención última del legislador habría sido suprimir, en todo caso, y definitivamente, la habilitación legal para la válida constitución de cláusulas convencionales de jubilación forzosa. En este sentido, no existiendo ya una habilitación legal expresa, no resultan admisibles hoy en día ningún tipo de cláusulas convencionales de jubilación forzosa, ni a edades ordinarias, ni a edades anticipadas o postergadas¹⁴.

No obstante, esta derogación no ha sido tajante, sino que se ha previsto un régimen transitorio, de tal forma que para los convenios colectivos suscritos con anterioridad al 8 de julio de 2012, cuando la finalización de su vigencia inicial pactada sea anterior a dicha fecha, la operatividad de las cláusulas de jubilación forzosa decae desde el mismo 8 de julio de 2012, lo que, sin lugar a dudas, referiría tanto a convenios colectivos prorrogados como a convenios colectivos en situación de ultraactividad. Para los convenios colectivos cuya finalización de la vigencia inicial pactada sea posterior al 8 de julio, las cláusulas de jubilación forzosa que pudieran contener dichos convenios tan sólo resultarán operativas hasta la fecha en que finalice la vigencia inicial pactada de los mismos, y a partir de dicha fecha, dichas cláusulas no resultarán ya operativas, ni siquiera cuando, los convenios colectivos se prorroguen de año en año, ni cuando se encuentren en situación de ultraactividad. Por otro lado, en cuanto a los convenios colectivos suscritos a partir del 8 de julio de 2012, se hayan negociado o no con anterioridad a dicha fecha, les será de plena aplicación la nueva disposición adicional décima del ET, de tal forma que ya no podrán contemplar cláusulas de jubilación forzosa, pues si se establecieran dichas cláusulas se entenderán nulas y sin efecto alguno.

Finalmente, el RDL 5/2013¹⁵ ha ratificado la necesidad de limitar los costes derivados del acceso a la pensión de jubilación ordinaria, pues, por primera vez, se pacta la compatibilidad entre la pensión contributiva de jubilación y el trabajo, abogando por un envejecimiento activo, y posibilitando esta fórmula para aquellos trabajadores que hubieran accedido a la jubilación al alcanzar la edad ordinaria que en cada caso resultase de aplicación, y a los que corresponda un porcentaje del cien por cien sobre la base reguladora a efectos de determinar la cuantía de su pensión.

¹⁴ Barrios Baudor, Guillermo L., "Crónica de una muerte... *op. cit.*

¹⁵ De 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

3. SU RAZÓN DE SER Y JUSTIFICACIÓN

La justificación doctrinal de esta figura jurídica ha evolucionado a la par que su regulación jurídica, aunque el pilar fundamental que la sustenta siempre ha estado en el contexto socio-económico y la situación financiera del sistema de Seguridad Social.

En una primera etapa ya estaba vinculada a los costes de la Seguridad Social, señalando el TC¹⁶ que la facultad del legislador de establecer estas posibilidades estaba condicionada por dos elementos, como eran las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. La referencia a “*las disponibilidades de la Seguridad Social*” puede dotarse de un contenido concreto que la convierta en una auténtica condición, que es la que aparecía en la disposición adicional quinta del ET de 1980, cual es, asegurarse de que el trabajador va a cobrar su pensión de jubilación, permitiéndole, en caso contrario, seguir trabajando hasta completar el período de carencia para acceder a la pensión de jubilación. Pero ello no parece suficiente al propio TC para salvar la constitucionalidad de la norma controvertida, pues el derecho al trabajo del jubilado forzoso sigue siendo infringido por mucho que pase a ser pensionista. Y por ello es el propio TC el que busca una condición que tenga que ver con el propio derecho al trabajo, y la halla en la referencia al “*mercado de trabajo*” que, aunque no es una condición, el TC la rellena de contenido para convertirla en tal. De esta forma, apoyándose en que la Ley 14/2005 obligaba a que los Convenios explicitasen los objetivos de política de empleo que justificaban la utilización de la jubilación obligatoria, argumenta que el derecho al trabajo ofrece un doble aspecto en nuestra Constitución, cual es el individual que se integra por el derecho a la estabilidad en el empleo recogido en el art. 35.1, y el colectivo que se refleja en el mandato dirigido a los poderes públicos de llevar a cabo una política orientada al pleno empleo, recogido en el art. 40 CE. Y en la tensión entre ambas vertientes, la limitación de la individual en la negociación colectiva ha de tener contrapartida en la colectiva, diáfananamente clara y expresada en el propio convenio, habida cuenta de que en la doctrina constitucional el cese forzoso por edad se concibe instrumentalmente dirigido a políticas de empleo, de manera que su legítima justificación viene determinada por la situación de equilibrio entre las indicadas vertientes del derecho al trabajo, de forma que la compensación colectiva por el cese del trabajador ofrezca la razonabilidad y proporcionalidad que el intérprete máximo de la Constitución exige¹⁷. Es decir, el

¹⁶ STC 22/1981, de 2 de julio.

¹⁷ SSTs (ambas) de 22 de diciembre de 2008, rec. núm. 3460/2006 y rec. núm. 856/2007; de 10 de noviembre de 2009, rec. núm. 2514/2008; de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 3594/2010.

TC¹⁸, en base a la política orientada al pleno empleo del art. 40 CE crea un derecho colectivo al trabajo que debe primar sobre el derecho individual, de tal forma que “los que ya han tenido trabajo deben ceder su derecho para que otros disfruten de ese mismo derecho”¹⁹. De ahí que, aunque el TC permite la jubilación forzosa declarando la validez de una causa de extinción del contrato de trabajo así denominada, nada impide al trabajador encontrar un nuevo empleo y, por tanto, no jubilarse, pues “la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo; es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo”²⁰. En pocas palabras, en esta primera etapa el TC señalaba que, aunque la norma no lo indicase expresamente, la jubilación forzosa podía utilizarse como medida de fomento del empleo y técnica de reparto del trabajo en sectores con especiales problemas de desempleo²¹. Ello conllevó a que muchos convenios colectivos emplearan la jubilación forzosa sin garantizar su conexión con el fomento del empleo, sin que a tal uso abusivo pusiese freno la jurisprudencia, llegando el TS²² a confirmar la legalidad de algunas cláusulas convencionales de jubilación forzosa que nada tenían que ver con este objetivo.

¹⁸ Literalmente, el TC señala que “la política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo, y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo. A través de ella se limita temporalmente al primero el ejercicio del derecho individual al trabajo mediante la fijación de un período máximo en que ese derecho puede ejercitarse, con la finalidad de hacer posible al segundo el ejercicio de ese mismo derecho”.

¹⁹ Alarcón Caracuel, M.R., “Jubilación: ¿anticipar o postergar?”, en AA.VV., *La Seguridad Social en continuo cambio. Un análisis jurisprudencial*. Albacete: Bomarzo, 2010. p. 240.

²⁰ STC 22/1981, de 2 de julio.

²¹ Montoya Melgar, A., Sánchez –Urán Azaña, Y., “Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo”, en *RMTAS*, núm. extraordinario, 2003. p. 26; Gete Castrillo, P., *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2001. p. 78; Martín Puebla, E., Sastre Ibarreche, R., *Política de empleo y jubilación forzosa del trabajador*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 12.

²² SSTS de 14 de julio de 1983; de 10 de febrero de 1986; de 28 de febrero de 1990; de 27 de diciembre de 1993; de 7 de noviembre de 1994. Incluso, algunas SSTS lo admitieron sin que se relacionase con medidas de política de empleo explicitadas por el convenio, como las de 14 de julio de 2000; de 27 de diciembre de 1993; de 8 de marzo de 2000; y otras sin que conllevasen amortización de puestos de trabajo, como las de 14 de julio de 1993; de 28 de febrero de 1990; de 29 de octubre de 1990; de 27 de diciembre de 1993.

De hecho, el TS²³ declaró que las cláusulas convencionales que permitían la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad de jubilación llevada a cabo con base en la autorización convencional, pero sin que tal previsión cumpliera las exigencias de la citada disposición adicional décima del ET eran improcedentes y no nulas, razonando que no puede apreciarse la motivación discriminatoria en función de la edad, sino el incumplimiento de unos requisitos legales que imponen la exigencia de unas actuaciones empresariales que se estiman no cumplidas suficientemente. No obstante, parte de la doctrina²⁴ consideraba que esta conclusión no era del todo convincente ya que el TC había declarado que el art. 14 CE proscribía en la negociación colectiva toda cláusula de jubilación forzosa al cumplir la edad que permita el acceso a la correspondiente pensión, admitiéndola únicamente como medida de fomento de empleo y técnica del reparto del trabajo, de tal forma que, inexistente el elemento neutralizador de la discriminación, ésta se manifiesta con toda su fuerza y obliga a declarar la nulidad del acto empresarial y no la simple improcedencia. Es decir, la doctrina constitucional indicaba que “las precondiciones que pueden llegar a justificar el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para el trabajador afectado son, con arreglo a nuestra doctrina (SSTS 22/1981, de 2/julio; y 58/1985, de 30/abril), las siguientes: 1) El cese forzoso por esa causa sólo es posible si... procede la percepción de pensión de jubilación [...] 2) La fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se garantizara una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo (SSTC 280/2006, de 9/octubre; y 341/2006, de 11/diciembre) 3) Y que la confluencia de un compromiso en el convenio que favorece la estabilidad en el empleo [...] durante toda su vigencia, y la constatación de que la empresa, en la aplicación de la cláusula de jubilación obligatoria, ha garantizado una oportunidad de trabajo a otro trabajador, permiten apreciar la existencia de una justificación de la medida convencional y de un fundamento legítimo de la decisión empresarial, ligados a políticas de empleo (SSTC 280/2006, de 9/octubre; en términos parecidos, la 341/2006, de 11/diciembre)”.

²³ STS de 2 de junio de 2008, rec. núm. 2029/2007, que retoma su antigua doctrina de sus sentencias de 2 de noviembre de 2004, rec. núm. 2633/2004; de 20 de diciembre de 2004, rec. núm. 5728/2003; de 25 de octubre de 2005, rec. núm. 1129/2004; de 29 de junio de 2006, rec. núm. 5380/2004.

²⁴ De Castro Fernández, L., F., “Jubilación anticipada y jubilación forzosa: análisis jurisprudencial”, en AA.VV., *La Seguridad Social en continuo cambio. Un análisis jurisprudencial*. Albacete: Bomarzo, 2010. p. 214.

Así lo declaró también el TJUE²⁵ señalando que las cláusulas convencionales de extinción automática del contrato laboral que existen en varios Estados miembros son manifestación de un consenso político y social en el país y descansan en una finalidad legítima como es el reparto del trabajo entre las diferentes generaciones. De hecho, si se analiza desde esta perspectiva, fomentar la jubilación del trabajador una vez que tiene asegurada una renta sustitutiva suficiente, sí provoca un efecto positivo sobre la mano de obra desempleada, en la medida en que se liberan puestos de trabajo sobre los que, en principio, no hay indicios de posteriores amortizaciones por parte del empresario.

No faltaron tampoco pronunciamientos judiciales que añadieron ciertos matices a la finalidad de política de empleo que debía cumplir esta cláusula convencional. Algunas de estas modulaciones se referían a la forma en que la vinculación entre una y otra debía aparecer en el texto del convenio, en tanto que otras afectaban propiamente a los objetivos de política de empleo que era lícito perseguir mediante el recurso a la jubilación forzosa. De este modo, algunas resoluciones no consideraron preciso la concreción del número exacto de bajas y sus causas siendo suficiente la indicación de que toda baja por jubilación forzosa debía venir acompañada de un número de ingresos equivalente²⁶, como tampoco se estimó necesario que el nuevo contratado ocupara la misma categoría y puesto de trabajo del jubilado²⁷, llegándose a admitir la sustitución del jubilado por un trabajador temporal²⁸.

En otras ocasiones, se llegó a recurrir a una interpretación sistemática del convenio para salvar la legitimidad de cláusulas que no habían condicionado de forma expresa la jubilación forzosa a la realización de nuevas contrataciones²⁹. Así se llegó a considerar que el engranaje de dicha jubilación con las finalidades propias de la política de empleo podía inferirse de otras cláusulas que atribuían a los representantes de los trabajadores funciones de control en lo relativo a la planificación de plantillas, gracias a las cuales se había producido una efectiva incorporación de nuevos trabajadores a la empresa³⁰. En esta misma línea, algunas de estas resoluciones estimaron innecesario que las consideraciones de política de empleo figurasen de forma explícita en el texto convencional. Para llegar a esta conclusión se argumentaba que si bien el legislador se encontraba

²⁵ STJUE de 12 de octubre de 2010, caso Gisela Rosenblatt y Oellerking Gebäudereinigungsges.

²⁶ STS de 14 de julio de 1983.

²⁷ SSTS de 25 de febrero de 1994; de 2 de marzo de 1994.

²⁸ STS de 30 de junio de 1994.

²⁹ STS de 26 de febrero de 1990.

³⁰ STS de 26 de febrero de 1990.

obligado a explicitar aquéllas, dado el carácter unilateral de la norma impuesta, la negociación colectiva, en cambio, llevaba implícita en sí misma una transacción de intereses donde debía entenderse que se encontraban también de modo implícito las consideraciones de política de empleo³¹, o bien se señalaba que la existencia del objetivo de redistribución de empleo de la jubilación debía presumirse existente en el texto del convenio³². De hecho, el TC³³ también interpretó de manera más amplia esta vinculación entre la jubilación forzosa y la finalidad de política de empleo en sus primeros pronunciamientos, de tal forma que con el paso del tiempo los objetivos a perseguir a través de la jubilación forzosa se fueron enriqueciendo también en la jurisprudencia constitucional, hasta tal punto que ya no se hallaban necesariamente relacionados con la contratación de desempleados, admitiéndose también las jubilaciones obligatorias que se conectaban con otros objetivos como los que persiguen asegurar un trabajo estable a través, por ejemplo, de la conversión de contratos temporales en indefinidos. Todo ello, obviamente, en clara sintonía con las orientaciones de la política de empleo que venían desarrollando los poderes públicos en dichos años. Además, para el TC³⁴ ya no era necesaria que esa conexión figurase de forma expresa en el texto del convenio, siendo posible deducir dicho vínculo de otros preceptos convencionales dedicados al empleo.

No obstante, una corriente minoritaria negó esta conexión con los objetivos de política de empleo o, cuanto menos, sostuvo una peculiar interpretación de la misma que se apartaba en gran medida del criterio mayoritario. Así, el TS³⁵ mantuvo que el mantenimiento a ultranza de un número determinado de puestos de trabajo no constituía, en modo alguno, un principio configurador del orden público laboral. Prueba de ello resultaban ser tanto el art. 51 ET como el hecho de que, en ocasiones, se hubiera acudido a medidas estatales de reducción de plantilla precisamente por concretas exigencias de política de empleo. En este sentido, el TS encontraba significativo que el TC no aludiera a la amortización de puestos de trabajo cuando hubo de analizar los límites que debían ser respetados en estos casos por la negociación colectiva, y añadió a la doctrina constitucional el hecho de que la negociación colectiva también resultaba ser un instrumento apto para realizar la política de empleo en el ámbito de cada convenio, en línea con lo sostenido por la jurisprudencia mayoritaria, aunque

³¹ STS de 14 de julio de 2000.

³² STS de 7 de noviembre de 1994.

³³ SSTC 280/2006, de 9 de octubre; 341/2006, de 11 de diciembre.

³⁴ SSTC 280/2006, de 9 de octubre; 341/2006, de 11 de diciembre.

³⁵ STS de 27 de octubre de 1987.

difiriendo del criterio mayoritario a la hora de interpretar este extremo al sostener, que de lo anterior no debía deducirse la exigencia de que el convenio incluyera necesariamente una cláusula que obligara a cubrir con desempleados los puestos de trabajo dejados vacantes, de tal forma que, para el TS, la jubilación forzosa pactada en convenio debía considerarse ajustada a Derecho siempre que se persiguiera con ella una mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores y el bienestar social del colectivo afectado. Así el TS exigía que la citada conexión debía materializarse necesariamente a través de la contratación de personas desempleadas, acudiendo para ello a una singular interpretación de lo que debían considerarse objetivos de política de empleo, hasta ofrecer lo que algunos críticos han calificado como una política de empleo “muy sui generis”³⁶. De este modo, el TS llegaba a desvirtuar en gran medida uno de los condicionamientos de los que el TC había hecho depender la constitucionalidad de la jubilación forzosa y la acercaba a otras figuras conocidas en nuestro ordenamiento que sí permiten la amortización por crisis. Y ello, toda vez que dicho órgano llegaba a admitir el recurso a la jubilación forzosa como instrumento para amortizar puestos de trabajo cuando dicho resultado tuviera lugar precisamente por exigencias de la política de empleo.

No obstante, estas consideraciones de política de empleo, aunque siempre han estado presentes en la doctrina judicial y se ha exigido que los objetivos no fueran de “carácter puramente genérico e incondicionado”³⁷, la posición del TS ha sufrido una evolución pues, en un primer momento, consideró que la jubilación obligatoria impuesta a un trabajador no es calificada de nula por ser un supuesto de despido discriminatorio por razón de edad, sino de improcedente, puesto que aunque el TC considera que la cláusula convencional no es correcta considera que “no puede apreciarse la motivación discriminatoria en función de la edad, sino el incumplimiento de unos requisitos legales que imponen la exigencia de unas actuaciones empresariales que se estiman no cumplidas suficientemente”³⁸. Posteriormente, realiza una interpretación del requisito de la vinculación de la jubilación forzosa con los objetivos de política de empleo expresados en el convenio, señalando que el requisito de mantenimiento o mejora de empleo se concreta en tres apartados, como son la estabilidad en el empleo, esto es, la conversión de los contratos temporales en indefinidos, en

³⁶ Mella Méndez, L., “Jubilación forzosa pactada en convenio y política de empleo”, en *REDT*, núm. 105, 2001. p. 459.

³⁷ STS de 6 de noviembre de 2009, rec. núm. 3684/2009; STSJ Galicia, de 15 de marzo de 2010, rec. núm. 4798/2009.

³⁸ STS de 2 de junio de 2008, rec. núm. 2029/2007.

segundo lugar, el sostenimiento del empleo o contratación de nuevos trabajadores y, por último, el incremento de la calidad en el empleo, lo cual hace referencia a medidas de la más variada naturaleza como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc., que repercutan en bondad del empleo. Además, cabe reseñar que este listado es meramente ejemplificativo³⁹. De ahí que el TS reseña que “para legitimar la validez de las cláusulas de cese forzoso no basta con la concreción de cualquier objetivo de los que la norma enumera”⁴⁰, pues “entre el sacrificio individual que comporta el cese forzoso y la explicitada contrapartida colectiva de una beneficiosa política de empleo, ha de mediar un razonable y proporcionado equilibrio justificativo”⁴¹. Y este principio de proporcionalidad es el que debería estar siempre presente para evitar posibles abusos.

Así, el TS⁴² reiteró la legalidad de la cláusula convencional que recoge la jubilación forzosa en relación a su adecuación a los objetivos de política de fomento del empleo, declarando que la misma es válida “por cuanto exige el compromiso convencional de no amortizar la vacante y de cubrir efectivamente las que se produzcan por causa de la jubilación forzosa de quien la ocupaba”, ya que “la no amortización de la plaza, el cubrirla con un nuevo empleado y en definitiva el mantenimiento del número de empleados de la empresa constituye una manifestación indiscutible de una política de empleo que en los tiempos que corremos, responde y satisface las exigencias de la citada adicional décima, por

³⁹ SSTS (ambas) de 22 de diciembre de 2008, rec. núm. 3460/2006 y rec. núm. 856/2007; de 10 de noviembre de 2009, rec. núm. 2514/2008; de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 3594/2010. En el mismo sentido, SSTSJ Galicia, de 14 de mayo de 2013, rec. núm. 6030/2012; Madrid, de 22 de julio de 2013, rec. núm. 101/2013; Madrid, de 21 de enero de 2013, rec. núm. 1791/2012; Canarias, de 27 de marzo de 2013, rec. núm. 1439/2012; Madrid, de 10 de noviembre de 2011, rec. núm. 1810/2011; Madrid, de 7 de octubre de 2011, rec. núm. 2771/2011; Madrid, de 17 de marzo de 2011, rec. núm. 4326/2011; Baleares, de 29 de junio de 2011, rec. núm. 111/2011.

⁴⁰ STS de 22 de diciembre de 2006, rec. núm. 3460/2006.

⁴¹ Exposición de Motivos de la Ley 14/2005.

⁴² SSTS de 12 de noviembre de 2014, rec. núm. 3245/2013; de 29 de octubre de 2013, rec. núm. 25/2013, que señala que “la expresión utilizada por el legislador no ha de entenderse limitada a la ocupación de la vacante dejada por el cesado, sino que ha de serlo en el sentido más amplio de mantenimiento o mejora del empleo, que realmente se concreta –pese a la redundancia de la norma– en tres exclusivos apartados: a) estabilidad en el empleo [conversión de los contratos temporales en indefinidos]; b) sostenimiento del empleo [contratación de nuevos trabajadores]; y c) incremento de la calidad del empleo [fórmula que hace referencia a medidas de la más variada naturaleza, como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc., que repercutan en bondad del empleo]”, y que esa doctrina la han reiterado las citadas SSTS de 12 de mayo de 2009 (rcud. 2153/2007) y de 11 de julio de 2012 (rcud. 4157/2011)”.

cuanto colabora al reparto de los puestos de trabajo que por desgracia son un bien escaso. La disposición citada considera objetivos coherentes con la política de empleo, entre otros, el sostenimiento del empleo y la constatación de nuevos trabajadores sin otras exigencias, lo que es lógico porque el primer objetivo de una política de empleo debe ser el mantenimiento del número de puestos de trabajo en la empresa”. Sobre cómo han de expresarse dichos objetivos “coherentes” con la política de empleo, la jurisprudencia⁴³ y la doctrina judicial⁴⁴ consideraban que, para legitimar la validez de las cláusulas de cese forzoso por edad, no basta con la concreción de cualquier objetivo de los que la norma enumera, ni tampoco es suficiente que se haga una mera reproducción de su abstracta expresión legal, sin una concreta especificación alejada de toda hueca retórica, sino que el obligado acatamiento a aquellos pronunciamientos del TC y la sumisión a los principios de la Ley 14/2005, llevan a sostener que entre el sacrificio individual que comporta el cese forzoso y la explicitada contrapartida colectiva de una beneficiosa política de empleo, ha de mediar un razonable y proporcionado equilibrio justificativo. Además, el TC indicó que no era requisito sine qua non que la vinculación de la medida a los objetivos de empleo no necesariamente ha de ubicarse en el precepto que dispone la jubilación forzosa, sino que podía expresarse al regular las concretas medidas de política de empleo o en algún otro precepto, siempre que, se previera de forma inequívoca y relacionada, es decir, que la necesaria conexión con el pleno empleo podía preverse en un precepto diferente al que regula la jubilación obligatoria, pues el convenio colectivo constituye un todo, un conjunto de normas reguladoras de la relación laboral que deben ser interpretadas en su conjunto y no de forma aislada, “atribuyendo, cual previene el art. 1285 del Código Civil, a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, sin que sea lícita la llamada “técnica del espiguelo” que consiste en mantener la validez de las normas favorables e impugnar la de otras que puedan tener relación con ellas, pues el Convenio Colectivo es un todo donde todas sus cláusulas están relacionadas y han sido

⁴³ SSTS (ambas) de 22 de diciembre de 2008, rec. núm. 856/2007 y 3460/2006; de 10 de noviembre de 2009, rec. núm. 2514/2008; de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 3594/2010. Recogido también en la STSJ Cataluña, de 21 de marzo de 2010, rec. núm. 6672/2009.

⁴⁴ SSTSJ Galicia, de 14 de mayo de 2013, rec. núm. 6030/2012; Madrid, de 22 de julio de 2013, rec. núm. 101/2013; Canarias, de 27 de marzo de 2013, rec. núm. 1439/2012; Madrid, de 21 de enero de 2013, rec. núm. 1791/2012; Cataluña, de 10 de enero de 2013, rec. núm. 43/2012; Madrid, de 17 de marzo de 2011, rec. núm. 4326/2011; Madrid, de 10 de noviembre de 2011, rec. núm. 1810/2011; Madrid, de 7 de octubre de 2011, rec. núm. 2771/2011; Baleares, de 29 de junio de 2011, rec. núm. 111/2010; Madrid, de 30 de junio de 2010, rec. núm. 1643/2010; Madrid, de 23 de diciembre de 2010, rec. núm. 4507/2010; Comunidad Valenciana, de 19 de octubre de 2010, rec. núm. 2191/2010.

pactadas en atención las unas de las otras, razón por la que son valorables, a los efectos que nos ocupan, las medidas de política de empleo contenidas en todo el Convenio y consiguientemente deben estimarse cumplidos los requisitos que la Adicional Décima del E.T. establecía⁴⁵. Lo que no se permitía es que dichas medidas se justificasen ad extra al convenio⁴⁶. Además, no solamente era exigible que las medidas de política de empleo estuviesen contenidas en el convenio colectivo, sino también que era necesario igualmente que en el texto pactado se hiciese una referencia expresa a la vinculación entre el cese por edad y las medidas de empleo⁴⁷, pues el precepto no señalaba que “estará justificada” o “habrá de justificarse” la medida, sino que utilizaba una expresión “deberá vincularse a objetivos... expresados” que comporta un expreso enlace entre cese y metas explicitadas, excluyendo justificaciones tácitas y/o argumentables a posteriori en el proceso⁴⁸.

Especialmente, en el caso de los controladores aéreos, la doctrina judicial⁴⁹ consideró adecuada a Derecho la cláusula convencional de jubilación forzosa, a pesar de que, “en una primera lectura falla el vínculo directo entre la jubilación forzosa del art. 175 y las referidas cláusulas de empleo”, ya que la doctrina judicial consideraba que “se trata de un trabajo de un notorio estrés psíquico por su gran responsabilidad, del que dependen muchas vidas humanas, lo que justifica las extraordinarias condiciones laborales del colectivo de controladores”. De ahí que el convenio reglamenta un estatus ciertamente singular, regulando un largo período de licencia en condiciones prácticamente idénticas a las contractuales ordinarias, sin prestación de trabajo e incluso, sin posibilidad de suspensión por situación de incapacidad laboral, que se podría calificar como una especie de “prejubilación” a cargo de la empresa. Y en esa situación previa a la jubilación,

⁴⁵ SSTs de 12 de noviembre de 2014, rec. núm. 3245/2013; de 29 de octubre de 2013, rec. núm. 25/2013.

⁴⁶ SSTSJ Madrid, de 22 de julio de 2013, rec. núm. 101/2013; Madrid, de 21 de enero de 2013, rec. núm. 1791/2012; Canarias, de 27 de marzo de 2013, rec. núm. 1439/2012; Madrid, de 10 de noviembre de 2011, rec. núm. 1810/2011; Madrid, de 7 de octubre de 2011, rec. núm. 2771/2011; Madrid, de 17 de marzo de 2011, rec. núm. 4326/2011; Comunidad Valenciana, de 19 de octubre de 2010, rec. núm. 2191/2010; Madrid, de 30 de junio de 2010, rec. núm. 1643/2010; Cataluña, de 21 de enero de 2010, rec. núm. 6672/2009; Madrid, de 7 de diciembre de 2009, rec. núm. 4468/2009.

⁴⁷ SSTSJ Cataluña, de 10 de enero de 2013, rec. núm. 43/2012; Madrid, de 23 de diciembre de 2010, rec. núm. 4507/2010; Madrid, de 7 de diciembre de 2009, rec. núm. 4468/2009.

⁴⁸ SSTSJ Madrid, de 22 de julio de 2013, rec. núm. 101/2013; Asturias, de 12 de abril de 2013, rec. núm. 423/2013. En términos similares, STSJ Galicia, de 14 de mayo de 2013, rec. núm. 6030/2012.

⁴⁹ SSTSJ Baleares, de 29 de junio de 2011, rec. núm. 111/2011; Cataluña, de 21 de enero de 2010, rec. núm. 6672/2009.

durante la que la empresa continúa cotizando, es una manifestación de la importancia que la edad tiene para el desempeño de la profesión de controlador aéreo⁵⁰. En ese concreto marco en el que se regula la jubilación forzosa es evidente que no puede hablarse de una intromisión ilegítima en el ámbito personalismo de la autonomía decisoria de las personas afectadas del momento de la jubilación, pues negar la posibilidad de jubilación forzosa en esa tesitura significaría que una evidente medida de fomento de la calidad del empleo conllevara que cualquier controlador pudiera retrasar el momento de su jubilación, de tal forma que se ha considerado que se trata de una medida de jubilación forzosa directamente vinculada con la calidad del empleo, que obedece, además, a una razón justificada, objetiva y razonable.

Ahora, como ya se ha señalado, con el último pronunciamiento del TC⁵¹ declarando la legalidad de la supresión de esta institución jurídica, se pone fin a la posibilidad de los negociadores de que se obligue a ciertos trabajadores a jubilarse forzosamente a una determinada edad. La prohibición legal vigente es tan absoluta que no sólo prohíbe las cláusulas que impongan la jubilación forzosa de los trabajadores, sino también aquellas que la fomenten o estimulen, y así queda declarado por el TC en base a los motivos ya citados de que correspondiendo a la Ley la fijación de los límites al ejercicio del derecho al trabajo, ningún reproche se le puede hacer porque el legislador adopte medidas que atiendan preferentemente a la garantía del ejercicio de este derecho, desde la perspectiva de la continuidad o estabilidad en el empleo, así como que la medida tiene como fin también garantizar que la transición a la jubilación se efectúe voluntariamente por el trabajador en el ejercicio de su derecho al trabajo, y porque en el contexto socio-económico vigente y la situación del sistema de Seguridad Social el objetivo de estimular la continuidad del trabajador en el trabajo salvaguarda la sostenibilidad del Sistema Nacional de la Seguridad Social.

4. CONCLUSIÓN

Como se observa, la jubilación forzosa nunca ha estado exenta de polémica, pues, mientras para unos constituía un depósito encubierto, sin indemnización, para otros, era una medida dolorosa, aunque necesaria, para permitir el relevo generacional. De hecho, a lo largo de la historia de esta cláusula, la práctica demuestra que no se ha utilizado para los fines que la justificaban, que eran

⁵⁰ STS de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 3594/2010.

⁵¹ STC de 22 de enero de 2015, rec. núm. 5610/2012.

los de crear más y mejor empleo, sino que era un soporte jurídico para permitir la amortización de puestos de trabajo y la reestructuración de la plantilla de la empresa sin coste alguno para la misma.

Si a ello se une la debilidad de las arcas públicas para hacer frente a dichos costes, y los nuevos desafíos geográficos derivados de las bajas tasas de natalidad y de la prolongación de la esperanza de vida⁵², el retorno de esta medida es bastante utópico. Es decir, la eliminación de la posibilidad de establecer cláusulas convencionales de jubilación forzosa unida a todo el proceso de reforma radical de las pensiones de la Seguridad Social halla su causa en el cambio demográfico, por un lado, esto es, en el alargamiento de la esperanza de vida y el envejecimiento de la población con bajas tasas de natalidad y en la crisis económica, por otro lado, como es la elevada tasa de desempleo y el desajuste entre el elevado número de perceptores de prestaciones y pensiones de la Seguridad Social y la disminución, cada vez más, del número de cotizantes, peligrando así la estabilidad del sistema. En definitiva, el discurso mantenido por el gobierno es que la elevación de la edad de jubilación es una medida de política legislativa justificada como solución para el sostenimiento del régimen económico de las pensiones, ya que al aumentar la esperanza de vida se amplía el número de años en que se percibe la prestación económica de jubilación. Por otra parte, el trabajador alcanza la edad madura en mejores condiciones de salud, por lo que puede seguir desempeñando una actividad laboral, transfiriendo además su experiencia profesional, un valioso capital intangible. De hecho, en la Estrategia Europea 2020 se estableció que es necesario garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas a través de la reforma de las pensiones.

Y a mi entender, en cierta manera, la justificación basada en la situación de crisis para justificar tal sacrificio en las condiciones laborales no es del todo justo. La actual coyuntura económica ha generado situaciones de necesidad en parte de los ciudadanos, lo que resulta ejemplarizante para el resto de la sociedad a la que se atemoriza con la posibilidad de que las dificultades se generalicen afectándoles de la misma forma⁵³. En este contexto, las declaraciones efectuadas señalando que el número de jubilados dentro de veinte o treinta años será insostenible son incoherentes, pues no se pueden realizar predicciones demográficas a tan largo plazo, ya que las variables demográficas son dúctiles y unas previsiones tan dilatadas en el tiempo no tienen ninguna base sólida. De hecho, la tasa

⁵² Gracia Materos, “A vueltas con la jubilación forzosa”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866, 2013, (versión on line)

⁵³ Olmo Gascón, A. M., “Extinción contractual por convenio alcanzada la edad pensionable no discriminatoria por edad”, en *RDS*, núm. 54, 2011. p. 173.

de natalidad es un criterio en el que existe cierto grado de corrección a través del fomento fiscal, laboral y administrativo y la población activa puede aumentar o disminuir significativamente como consecuencia de futuros flujos migratorios⁵⁴. En definitiva, el aumento de la edad de retiro no tiene relación directa con la situación económica coyuntural, se trata de un objetivo en el seno de la Unión, y que ya fue tímidamente anunciado en el Consejo de Colonia⁵⁵, y que se ha convertido en un objetivo clave, como lo demostró el *Informe conjunto sobre protección social e inclusión social* de 2006⁵⁶, en el que se incide en el envejecimiento de la población y se reflexiona sobre la sostenibilidad del sistema de protección social europeo. En el *Informe conjunto sobre las pensiones* de 2010⁵⁷ se alude recurrentemente a la crisis económica como uno de los factores que ha empeorado ostensiblemente el déficit de las finanzas públicas, lo que es irrefutable, aunque no se justifique suficientemente que la reforma de las pensiones públicas vaya a solucionar una situación económica precaria generada por factores completamente ajenos a los sistemas nacionales de protección social.

De hecho, la reforma del sistema de pensiones y la elevación de la edad de jubilación legal a través del Acuerdo entre Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, de 2 de febrero de 2011, ha sido calificado de defensivo en la medida en que “pretende intervenir y controlar la deriva que se quería imprimir al sistema, y ha congelado en sus prescripciones un nivel mínimo de derechos a la prestación económica de jubilación que no resulta lesivo para la garantía institucional de la protección de la vejez tutelada constitucionalmente”⁵⁸.

Por tanto, como sostiene parte de la doctrina⁵⁹, considero también que “la jubilación forzosa ni existe ni puede existir: a nadie se le puede obligar a dejar de trabajar ni a solicitar una pensión de jubilación. Lo que sí puede existir es una causa de extinción de un concreto contrato de trabajo por el cumplimiento de una determinada edad por parte del trabajador que, aunque parezca lo mismo, no lo es”, ya que nadie puede ser obligado a pasar de la categoría de persona trabaja-

⁵⁴ Aparicio Tovar, J., “El ataque a la Seguridad Social en España”, en Insight: <http://www.insightweb.it/web/content/el-ataque-la-seguridad-social-en-espa%C3%B1>

⁵⁵ De 3 y 4 de junio de 1999.

⁵⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Informe conjunto sobre protección e inclusión social*, de 13 de febrero de 2006.

⁵⁷ Del Comité de Protección Social y el Comité de Política Económica, de 27 de mayo de 2010.

⁵⁸ Baylos Grau, A., “El acuerdo de reforma del sistema de pensiones”, en http://baylos.blogspot.com/2011_01_01_archive.html.

⁵⁹ Alarcón Caracuel, M.R., “Jubilación: ¿anticipar o postergar?... op. cit. p. 238.

dora en activo a persona inactiva, puesto que ello iría totalmente en contra de lo establecido en el art. 35.1 CE. Así, sólo se podían establecer dichas cláusulas si se garantizaba el percibo de la pensión de jubilación por parte del trabajador afectado sin que ello le suponga un perjuicio económico, y si el recurso a dicha figura se realiza con objetivos de política de empleo, y nunca para amortizar puestos de trabajo.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Caracuel, M.R., “Jubilación: ¿anticipar o postergar?”, en AA.VV., *La Seguridad Social en continuo cambio. Un análisis jurisprudencial*. Albacete: Bomarzo, 2010.

Aparicio Tovar, J., “El ataque a la Seguridad Social en España”, en Insight: <http://www.insightweb.it/web/content/el-ataque-la-seguridad-social-en-espana>

Barrios Baudor, Guillermo L., “Crónica de una muerte anunciada: las cláusulas convencionales de jubilación forzosa”, en *AS*, núm. 11, 2013 (versión on line)

Baylos Grau, A., “El acuerdo de reforma del sistema de pensiones”, en http://baylos.blogspot.com/2011_01_01_archive.html.

Fernández-Costales Muñoz, J., “La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador” en Sempere Navarro, A.V. (Dir.), *El contrato de trabajo. La extinción del contrato de trabajo* (Vol. IV) Pamplona: Aranzadi, 2011.

Gete Castrillo, P., *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2001.

Gracia Materos, “A vueltas con la jubilación forzosa”, en *AS*, núm. 866, 2013, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* (versión on line)

Martín Puebla, E., Sastre Ibarreche, R., *Política de empleo y jubilación forzosa del trabajador*. Madrid: Tecnos, 1991.

Mella Méndez, L., “Jubilación forzosa pactada en convenio y política de empleo”, en *REDT*, núm. 105, 2001.

Montoya Melgar, A., Sánchez-Urán Azaña, Y., “Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo”, en *RMTAS*, núm. extraordinario, 2003. p. 26.

Olmo Gascón, A. M., “Extinción contractual por convenio alcanzada la edad pensionable no discriminatoria por edad”, en *RDS*, núm. 54, 2011.

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: OCTUBRE A DICIEMBRE DE 2014

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

LEY 3/2014, DE 1 DE OCTUBRE, DE MEDIDAS NORMATIVAS PARA REDUCIR LAS TRABAS ADMINISTRATIVAS PARA LAS EMPRESAS (BOJA núm. 198, 9 de octubre de 2014).

La norma potencia la mejora las actividades económicas; simplifica los procedimientos de autorización para implantar las actividades económicas en el marco de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; y, finalmente, refuerza la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía. Se trata de una disposición con alcance transversal, puesto que introduce modificaciones en las siguientes disposiciones:

- Ley 2/1986, de 19 de abril, del Juego y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 22).
- Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía (art. 12).
- Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental (arts. 19.4, 44 y Anexo I)
- Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía [arts. 13; 14.2 y 3; 15.a); 18.2; 24.1; 30.d); 31.h) y suprime el apartado 3 del art. 18].
- Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía [arts. 1.4; 2; 3.1.c); 5; 6; 7.2; 9; 10; 12.1; 14. a) y b); 19 –apartados 1, 2, 3, 4, 9 y 11-; 20 –apartados 3, 8 y 10-; 21 –apartados 1 y 7-; 23 –apartados 1.b) y 2-; y 29 -1.d) y 2-].
- Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas.
- Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía.
- Ley del Comercio Interior de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo.
- Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.
- Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía.

Al mismo tiempo, concreta el listado de las actividades para la que es necesario solicitar autorización administrativa o no para poder desempeñarlas; en concreto, en:

El ANEXO I, se especifican los procedimientos de autorización regulados en normas de rango legal que se mantienen por estar justificados.

El ANEXO II, se relacionan los regímenes de autorización regulados en disposiciones con rango inferior a ley que se mantienen por estar justificados.

El ANEXO III, dedicado a las categorías de actuaciones sometidas a los instrumentos de prevención y control ambiental.

DECRETO 139/2014, DE 30 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE DISPONE EL CESE DE DOÑA EVA MARÍA VÁZQUEZ SÁNCHEZ COMO DIRECTORA GENERAL DE INVESTIGACIÓN, TECNOLOGÍA Y EMPRESA DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO (BOJA núm. 193, 2 de octubre de 2014).

ACUERDO DE 2 DE DICIEMBRE DE 2014, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE APRUEBA LA FORMULACIÓN DEL PLAN DE ACTUACIÓN PARA EL TRABAJO AUTÓNOMO DE ANDALUCÍA (HORIZONTE 2020) (BOJA núm. 247, 19 de diciembre de 2014).

Este proyecto tiene por finalidad fomentar del emprendimiento autónomo, mediante la creación de empleo y el impulso a la competitividad; y destaca por:

1) Su contenido, que se redactará teniendo en cuenta las propuestas concretadas para el trabajo autónomo por la Agenda por el Empleo (Plan Económico de Andalucía 2014-2020) para la creación de empresas de trabajo autónomo, la consolidación y desarrollo de empresas de trabajo autónomo y la promoción del trabajo autónomo. Propuestas que, fundamentalmente, se desarrollaran ateniéndose a la perspectiva de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

El Plan se concretará en los términos indicados en el punto Tercero.2 del Acuerdo, que incluirá, como mínimo:

«a) Una introducción y la descripción de los antecedentes, incluido un balance de la acción realizada hasta la fecha por el Gobierno andaluz a favor del trabajo autónomo.

b) Un diagnóstico socioeconómico del trabajo autónomo, soportado por indicadores de tipo estadístico, que permita conocer su evolución y situación actual y acometa una prospección de sus perspectivas de futuro.

c) Los objetivos, líneas estratégicas y medidas de actuación para su puesta en práctica.

d) El marco financiero, previendo los recursos necesarios para la ejecución del Plan.

e) Un sistema de seguimiento y evaluación del Plan, creando un sistema de indicadores».

2) Los colectivos que intervendrán en su redacción. La propuesta inicial será realizada por al Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo y se trasladará a todas las Consejerías de la Junta de Andalucía para su análisis y

su subsiguiente aportación de propuestas; para, posteriormente, ser sometidas a la evaluación de los agentes económicos y sociales más representativos, así como a la de las asociaciones profesionales del trabajo autónomo, de ámbito autonómico y carácter intersectorial, inscritas en el registro correspondiente de la Comunidad Autónoma de Andalucía; y al procedimiento de información pública.

Concluidos los periodos de información pública establecidos por el Acuerdo, se anunciará el documento en el BOJA y en el sitio web de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, a efectos de que se proceda a la presentación de alegaciones, en su caso. Por último, el texto acordado y negociado, se elevará al Gobierno para su aprobación definitiva mediante Acuerdo, procediéndose a dar cuenta del mismo al Parlamento.

ORDEN DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2014, POR LA QUE SE DESARROLLAN LOS PROGRAMAS DE ORIENTACIÓN PROFESIONAL, ITINERARIOS DE INSERCIÓN Y ACOMPAÑAMIENTO A LA INSERCIÓN REGULADOS POR EL DECRETO 85/2003, DE 1 DE ABRIL (BOJA núm. 193, 2 de octubre de 2014).

La orden persigue el doble objetivo de:

1) Desarrollar los Programas de Orientación Profesional, Itinerarios Personalizados de Inserción y Acompañamiento a la Inserción regulados en el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía.

Estos programas están destinados a personas demandantes de empleo inscritas como desempleadas en la Agencia del Servicio Andaluz de Empleo (SAE). Tienen preferencia los colectivos siguientes: a) Jóvenes menores de 30 años. b) Mujeres. c) Personas paradas de muy larga duración. d) Personas demandantes de empleo mayores de cuarenta y cinco años. e) Personas con discapacidad. f) Minorías étnicas. g) Personas inmigrantes con dificultades de acceso al mercado de trabajo.

2) Regular las actuaciones de orientación profesional derivadas del contenido del Programa Emple@Joven regulado por el Decreto Ley 6/2014, de 29 de abril, por el que se aprueba el Programa Emple@Joven y la Iniciativa @mprende+.

El Capítulo II de la Orden (arts. 3 al 11) reorganiza la Red de Andalucía Orienta, en aplicación del art. 6.2 del Decreto 85/2003, de 1 de abril. Esta Red esta compuesta por: a) Las unidades e instrumentos de orientación profesional con los que cuenta la Agencia Servicio Andaluz de Empleo. b) Las unidades de orientación gestionadas con medios propios de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo o cofinanciadas, total o parcialmente, así como los Centros de Referencia para la Orientación de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo. c) Mediante integración, los servicios y programas de orientación profesional que

se desarrollen por las entidades establecidas en el artículo 6.3 del Decreto 85/2003, de 1 de abril, mediante la formalización de convenios.

En cuanto a las acciones que son competencia de esta Red, se centran en:

- a) La Gestión de Itinerarios Personalizados de Inserción, lo cuales se desarrollan en el Capítulo III –arts. 12 al 17-.
- b) El asesoramiento a colectivos específicos en materias educativas, de formación y/o empleo.
- c) La gestión de planes individualizados dirigidos a personas jóvenes participantes de la Iniciativa Activa Empleo Joven.
- d) Las actuaciones en materia de autoorientación.
- e) Las actuaciones relacionadas con el Acompañamiento a la Inserción.

Por último, la aprobación de esta orden ha conllevado la derogación de:

- 1) El Capítulo II de la Orden de 26 de diciembre de 2007, por la que se desarrollan los Programas de Orientación Profesional, Itinerarios de Inserción, Acciones Experimentales, Estudios y Difusión sobre el Mercado de Trabajo, Experiencias Profesionales para el Empleo y Acompañamiento a la Inserción, establecidos por el Decreto 85/2003, de 1 de abril, y se determinan las bases reguladoras de concesión de ayudas para su ejecución.

- 2) La Resolución de 7 de diciembre de 2007, de la Dirección General de Intermediación e Inserción Laboral del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se definen los itinerarios personalizados de inserción, y se establece el procedimiento de cuantificación y cómputo de objetivos de las unidades de orientación en el desarrollo de los mismos.

ORDEN DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2014, POR LA QUE SE ESTABLECEN DISPOSICIONES RELATIVAS AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE LA AUTORIDAD LABORAL DE LAS MEMORIAS ANUALES DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN AJENOS Y DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN MANCOMUNADOS Y SE PROCEDE A LA DEROGACIÓN DE LA ORDEN DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, DE 7 DE JULIO DE 2008, POR LA QUE SE ESTABLECEN LOS CONTENIDOS Y DATOS MÍNIMOS A CONSIGNAR EN LAS MEMORIAS ANUALES DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN AJENOS (BOJA núm. 193, 2 de octubre de 2014).

ORDEN DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2014, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 20 DE MARZO DE 2013, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA DE LAS SUBVENCIONES CONCEDIDAS EN EL MARCO DE LOS PROGRAMAS DE ORIENTACIÓN PROFESIONAL, ACOMPAÑAMIENTO A LA INSERCIÓN, EXPERIENCIAS PROFESIONALES PARA EL EMPLEO Y ACCIONES EXPERIMENTALES REGU-

LADOS POR EL DECRETO 85/2003, DE 1 DE ABRIL, POR EL QUE SE ESTABLECEN LOS PROGRAMAS PARA LA INSERCIÓN LABORAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y SE EFECTÚA LA CONVOCATORIA DEL PROGRAMA DE ORIENTACIÓN PROFESIONAL Y ACOMPAÑAMIENTO A LA INSERCIÓN PARA EL AÑO 2014 (BOJA núm. 193, 2 de octubre de 2014).

Se trata de una disposición que modifica:

1) El apartado 1 de la Disposición Adicional Primera de la Orden de 20 de marzo de 2013, por la que se aprueban las bases reguladoras en régimen de concurrencia competitiva de las subvenciones concedidas en el marco de los Programas de Orientación Profesional, Acompañamiento a la Inserción, Experiencias Profesionales para el empleo y Acciones Experimentales regulados por el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía. Con la reforma introducida se establece que la persona titular de la Dirección Gerencia de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo podrá efectuar la convocatoria de las subvenciones que se regulan en dicha Orden, a través de una Resolución que será publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

2) La segunda modificación afecta al Cuadro Resumen de las bases reguladoras de las ayudas en régimen de concurrencia competitiva del Programa de Orientación y Acompañamiento a la Inserción; incluyendo a los formularios acompañantes. Que por su complejidad se recomienda consultar directamente en el BOJA para las personas interesadas.

ORDEN DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2014, POR LA QUE SE REGULAN FICHEROS DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL GESTIONADOS POR LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO (BOJA núm. 219, 10 de noviembre de 2014).

En su Anexo I se relacionan los ficheros con datos de carácter personal que posee la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo; en su Anexo II, se relacionan aquellos que se modifican para adaptarlos a las disposiciones legales; y finalmente, en el Anexo III, se relacionan los ficheros con datos de carácter personal que son suprimidos.

RESOLUCIÓN DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2014, DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, POR LA QUE SE DELEGAN LAS COMPETENCIAS PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONCESIÓN Y REINTEGRO DE LAS SUBVENCIONES CORRESPONDIENTES AL PROGRAMA DE ORIENTACIÓN PROFESIONAL Y ACOMPAÑAMIENTO A LA INSERCIÓN EN ÓRGANOS DIRECTIVOS DE LA AGENCIA (BOJA núm. 193, 2 de octubre de 2014).

La finalidad de la resolución es poner de manifiesto la delegación de competencias para la resolución de los procedimientos de concesión y reintegro de las subvenciones correspondientes al Programa de Orientación Profesional y Acompañamiento a la Inserción, regulados en la Orden de 20 de marzo de 2013, por la que se aprueban las bases reguladoras en régimen de concurrencia competitiva de las subvenciones concedidas en el marco de los programas de Orientación Profesional, Acompañamiento a la inserción, Experiencias Profesionales para el Empleo y Acciones Experimentales regulados por el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los programas para la inserción laboral de la Junta de Andalucía, en las personas titulares de las Direcciones Provinciales de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo, en sus respectivos ámbitos provinciales.

RESOLUCIÓN DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2014, DE LA VICECONSEJERÍA, POR LA QUE SE ACUERDA LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE LOS CRÉDITOS DISPONIBLES PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES DE LA INICIATIVA DE PROYECTOS DE INTERÉS GENERAL Y SOCIAL GENERADORES DE EMPLEO (BOJA núm. 221, 12 de noviembre de 2014).

Concreta las cuantías máximas a las que se refiere el artículo 5.1 del Decreto-ley 9/2014, de 15 de julio, por el que se aprueba el Programa Emple@30+, para la Iniciativa de Proyectos de Interés General y Social generadores de empleo, así como su distribución provincial, que se realiza con el siguiente reparto: Almería (1.997.000,00 €), Cádiz (3.761.300,00 €), Córdoba (2.911.600,00 €), Granada (3.479.100,00 €), Huelva (2.061.900,00 €), Jaén (2.341.100,00 €), Málaga (3.817.800,00 €), Sevilla (5.630.200,00 €).

RESOLUCIÓN DE 16 DE DICIEMBRE DE 2014, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES LABORALES, POR LA QUE SE DETERMINAN LAS FIESTAS LOCALES DE LOS MUNICIPIOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2015 (BOJA núm. 250, 23 de diciembre de 2014).

La norma desarrolla el contenido del artículo 37.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, concretando que días tienen la consideración de fiestas locales en cada uno de los municipios andaluces, los cuales se especifican en el Anexo adjunto para el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año 2015. Estas fiestas tendrán la consideración de días inhábiles para el trabajo, retribuido y no recuperables.

Finalmente, se ha publicado la **CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA ORDEN DE 6 DE JUNIO DE 2014, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES DEL PROGRAMA DE APOYO A LA PROMOCIÓN Y EL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA SOCIAL PARA EL EMPLEO.** (BOJA núm. 113, de 13.6.2014), en el BOJA núm. 250, 23 de diciembre de 2014. La rectificación afecta al art. 15.33.a) de la citada disposición.

ESTUDIOS

Fuerza mayor y otras causas de exoneración: su adaptación en el ámbito preventivo
Marta Navas-Parejo Alonso

Las prácticas no laborales en Estados Unidos: (i)legalidad de las prácticas no retribuidas en el sector privado
Pilar Núñez-Cortés Contreras

Una relectura de la ejecución provisional de sentencias en el orden social
María Teresa Alameda Castillo

La nueva regulación del contrato por proyecto en el ordenamiento italiano
Cinzia De Marco

La vulneración empresarial del derecho de huelga y responsabilidad por daños y perjuicios
Nancy Sirvent Fernández

La política de fomento del empleo de los trabajadores jóvenes
Belén Del Mar López Insua

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL

Universidad de Córdoba

El derecho a la intimidad informática del trabajador: un límite más al poder de dirección del empresario

María José Rodríguez Crespo

PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

La compatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente absoluta en los distintos regímenes de la seguridad social

Belén Del Mar López Insua

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

La indemnización por desistimiento en la relación del personal directivo del sector público

Estefanía Rodríguez Santos

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Internacional de La Rioja

Una institución jurídica a extinguir: las cláusulas de jubilación forzosa

Raquel Poquet Catalá

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía
M^a Dolores Rubio de Medina

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO