

¿El (in)cumplimiento laboral se pone serio?: entre disuasión y criminalización

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)*

*Director de la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF
cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>*

Las garantías [primarias y secundarias] [...] son [...] las técnicas previstas [...] para reducir la distancia entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales. Por eso, reflejan [su] diversa estructura: las garantías liberales [...] consisten esencialmente en técnicas de [...] anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales [...] consisten [...] en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado [...].

L. Ferrajoli (*Derechos y garantías: la ley del más débil*)

1. ¿Un derecho subjetivo sociolaboral vale solo lo que sus garantías jurídicas de efectividad?: hacia un rearme extramuros de la reforma laboral. Conforme a un tópico muy asentado en la cultura jurídica, de origen kelseniano, el reconocimiento normativo de un «derecho subjetivo» vale tanto como las «garantías» jurídicas de cumplimiento de las que venga revestido, desplazando, e incluso reduciendo, su existencia real (como un poder jurídico real individual) a la efectividad de su garantía. Aunque en fechas recientes se han introducido (Ferrajoli, 2004) matices a esa visión fáctica, defendiendo claramente que el derecho existe como tal desde que se reconoce, generando la obligación (jurídica y de coherencia) para las leyes de establecer, mediante nuevos actos normativos (deber ser normativo), las técnicas (garantías) adecuadas para asegurar el cumplimiento de los fines y la satisfacción de las expectativas generadas por las leyes.

Este breve, pero creo no baladí, recordatorio de una clase de teoría jurídica elemental, que está en el trasfondo de la no menos conocida formulación

El derecho existe como tal desde que se reconoce, generando la obligación para las leyes de establecer las técnicas (garantías) adecuadas para asegurar el cumplimiento

de Dworkin sobre «tomar los derechos en serio», parece estar muy presente en algunas, sino en la mayoría, de las más recientes intervenciones legislativas en el ámbito sociolaboral. Algo que destaca más una vez superado un año de la nueva reforma laboral, en la que, quizás, aquellas «lecciones elementales» quedaron algo más relegadas, en aras del (necesario, no solo conveniente) acuerdo de equilibrio transaccional entre razones opuestas (como ha recordado, a otros efectos, la Sentencia del Tribunal Supremo –STS– 62/2023, de 24 de enero, las transacciones –en el caso, judiciales– entre razones económicas y sociales persiguen un reparto justo de las garantías y sacrificios en situaciones críticas –en el caso, un despido colectivo, en el que se fijan indemnizaciones de despido mayores para las personas empleadas más jóvenes y menores para las de más edad, porque estas tienen más fácil acceso a la jubilación, por lo que no sería una discriminación por razón de la edad–). Pongamos, como siempre, ejemplos concretos, a fin de evitar derivar en vacías especulaciones doctrinales.

Primero, cabe traer a colación la reforma «deslocalizada» (en virtud de la nueva Ley de empleo), y no consensuada, del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en virtud de la cual se otorga una competencia de información reforzada a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). Sin perjuicio de lo que posteriormente se comentará con algún –escaso– detalle más, ahora cabe recordar que, acordado dejar fuera de la reforma laboral la institución del despido, también el colectivo, la CEOE puso de relieve su enérgico rechazo a lo que consideraba una reforma desleal respecto de la acordada. No vuelve la autorización para despedir, extinta en 2012, pero sí se hace más rígida, y temerosa para la empresa, la gestión de las causas de regulación extintiva de empleo por razones de interés empresarial.

Se otorga una competencia de información reforzada a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

No es la única novedad legal en tal sentido. También en el marco del derecho del empleo (en su dimensión de fuente de reparto unilateral de ingentes fondos públicos), habría que mencionar, en segundo lugar, la obligación de reintegrar las subvenciones y beneficios de Seguridad Social en materia de contratación y empleo en supuestos de deslocalización empresarial (fuera de la Unión Europea –UE– o Espacio Económico Europeo –EEE–). Así lo prevé la [disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero](#), de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (sobre esta protección, *vid.* el [estudio del profesor Juan Antonio Maldonado, en este número](#)). Por supuesto, esta obligación de reintegro ante la ausencia de cumplimiento de las obligaciones de mantener abierto el establecimiento en España (o en el territorio del derecho de la UE) es compatible con las responsabilidades de tipo administrativo, en su caso ([art. 22.9 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS–](#)).

Pero lo que más ha encendido los ánimos de la patronal, en tercer lugar, es la senda de criminalización de ciertos incumplimientos contractuales, no solo contumaces abusos,

empresariales. Así se derivaría del nuevo tipo delictivo incluido en el [artículo 311 del Código Penal \(CP\), apartado 2.º](#). En principio destinado a doblar el pulso a las plataformas digitales, que se resisten a la laboralidad de sus personas repartidoras, pero con un tenor penalista que puede ir mucho más allá de esas conductas ligadas a la era digital.

Lo que más ha encendido los ánimos de la patronal es la senda de criminalización de ciertos incumplimientos contractuales, no solo contumaces abusos

A diferencia de la técnica legislativa, sin duda bastante deficiente, generadora de numerosos problemas para la efectividad de esta nueva norma de punibilidad penal en el ámbito sociolaboral, la fundamentación de esta reforma es plenamente consciente del enfoque de reforzamiento de las garantías de efectividad de los derechos aquí traída a colación. En la exposición de motivos de la [Ley orgánica 14/2022, de 22 de diciembre](#), de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, se dice: «El precepto está concebido para garantizar la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de aquellas conductas que atenten de forma más grave contra los derechos y condiciones laborales [...]» (apdo. V, párr. segundo).

Dudaría, pues, la nueva ley penal de la capacidad de la clásica ley de policía laboral. Se daría la doble condición exigida por la garantía jurídico-penal (la sanción penal como garantía secundaria de efectividad) para legitimar esta intervención en auxilio de la garantía jurídico-administrativa (la sanción administrativa como garantía secundaria de efectividad de la ley sustantiva –norma de reconocimiento y garantías primarias–), ante el carácter fragmentario de esta medida y su subsidiariedad (por ejemplo, [STS, Sala 2.ª, 363/2006, de 28 de marzo](#) –caracterización del principio de intervención mínima–). De nuevo, las palabras explicativas son claras de la voluntad de política del derecho penal del trabajo (luego, la definición técnica fallará, porque el texto penal es laxo e impreciso y, como se verá más adelante, también sucintamente, esa exigencia de intervención mínima no está bien diseñada en absoluto, al prescindir del requisito de la gravedad):

El conjunto de instrumentos de tutela de la relación de trabajo reposa en el ordenamiento [...] laboral, que garantiza la eficacia de sus preceptos mediante las instituciones, administrativas y judiciales [...]. No obstante, cuando los medios preventivos y sancionadores con que cuenta [...] ceden ante nuevas formas de criminalidad grave, es inevitable el recurso, como *ultima ratio*, al derecho penal (apdo. V, párr. 4.º).

Como era de esperar, unos sectores de opinión más adherente a los intereses empresariales [han criticado abiertamente esta deriva criminalística de la regulación sociolaboral](#), en claro contraste con el acuerdo que presidió la reforma laboral. Otros comentarios,

más propicios a la posición sindical, alaban esta evolución, considerada una fase más del proceso de rearme jurídico, o «re-regulación» de las relaciones de empleo y de trabajo tras la pandemia. Incluso plantean extender esta nueva orientación criminalista, ahora ex [artículo 315 del CP](#), hacia otras conductas como las antisindicales por parte de la Comunidad de Madrid frente a las huelgas y la acción sindical del personal sanitario ([Baylos Grau y Terradillos Basoco, 2023](#)). Volveremos sobre ello. Pero iremos más allá.

2. De las garantías primarias de derechos sociolaborales, más allá del salario mínimo interprofesional (SMI), a un nuevo tiempo de las garantías secundarias de efectividad, legales y judiciales, sociales y liberales. Como estamos evidenciando, las nuevas partidas jugadas, y en juego, en el tablero de ajedrez político-jurídico de la regulación, en complemento, o incluso en corrección muy parcial, aun silenciosa, de las reformas laborales, están desbordando el campo de las «garantías primarias» (obligaciones legales de protección efectiva) de los derechos fundamentales sociolaborales para afectar también, y de forma creciente, a las «garantías secundarias» (obligaciones de cumplimiento, no solo jurisdiccional). De este modo, no solo se buscaría mejorar su contenido sustantivo (el procedimental, sin embargo, sufre notablemente en estos tiempos de excepcionalidad y apresuramiento continuos de los procesos de producción normativa), sino también el grado efectivo de seriedad en la satisfacción de esos contenidos, con una llamada especial no solo a la función punitiva (administrativa y penal), sino también jurisdiccional. En este proceso de rearme garantista del derecho del trabajo (y de la Seguridad Social), la recuperación del sentido vinculante de los compromisos y límites constitucionales, más los de fondo (intensificación de las obligaciones positivas del Estado) que de forma (crisis liberal del derecho contemporáneo, ante el desprecio de la calidad de técnica legislativa, abusando de las reformas mediante normas de urgencia y tramitaciones parlamentarias anómalas, vía enmiendas deslocalizadas), debe entenderse en un contexto más amplio de favor hacia los condicionantes internacionales, en especial europeos, no solo comunitarios, pero también universales (convenios Organización Internacional del Trabajo –OIT–).

Este proceso de rearme garantista del derecho del trabajo debe entenderse en un contexto más amplio de favor hacia los condicionantes internacionales, en especial europeos

Volvamos a los ejemplos de «rabiosa actualidad normativa sociolaboral» para hacernos entender mejor. Traigamos en primer lugar a colación el SMI. En el [editorial del número anterior](#) analizamos la evolución garantista primaria de este derecho cívico-social humano europeo ex artículo 4 de la Carta Social Europea (CSE) y artículo 31 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (no solo derecho constitucional ex [art. 35 Constitución española](#) –CE–). Durante mucho tiempo, el [artículo 27.1 del ET](#), hoy obsoleto y urgido de reforma a la luz tanto de la CSE como de la [Directiva \(UE\) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre](#), sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, no supuso ningún compromiso serio, ni procedimental (la consulta a los

interlocutores sociales era más protocolaria que participativa –más garantista es el art. 4.2 [Convenio 131 OIT](#)–) ni sustantivo (la subida quedó siempre al albur de la decisión discrecional de política gubernativa), con la garantía legal prevista (garantía primaria). Hoy, a través del [Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero](#), se da cumplimiento al compromiso europeo ex artículo 4 de la CSE, conforme a la doctrina del –tan injustamente infravalorado– Comité Europeo de Derechos Sociales, de un SMI que sea, al menos, y como regla general –[admite prueba gubernamental sería en contrario, si está por encima del 50 %](#)–, [el 60 % del salario medio neto de un país](#).

Dejando ahora de lado los engorros, también de operatividad para las empresas, que generará su tardía aprobación (buscando el acuerdo sindical –el empresarial hacía tiempo que se vetó–), por sus efectos retroactivos (además de que incrementa de forma automática las bases y cotizaciones en el sistema especial de empleo doméstico –[disp. trans. decimosexta Ley general de la Seguridad Social](#) –LGSS– y [art. 122 Ley de presupuestos generales del Estado para 2023](#)) y al margen igualmente de la falta de novedad reguladora (tampoco la augurada eventual revisión semestral, ante una descontrolada inflación que no termina de domarse), nos parece una buena ilustración de esa evolución hacia un sistema de garantías primarias más eficaz. Tanto es así que serían [varios los convenios colectivos cuya garantía de un SMI habrían quedado por debajo, con lo que la garantía primaria legal mejoraría a la convencional](#). No sería el único caso de evolución en esta dirección garantista del derecho a un SMI tomado en serio.

Así lo probaría el reforzamiento de la garantía legal de inembargabilidad del SMI introducida por otra reforma deslocalizada del ET en la Ley de empleo (disp. final octava). En la versión precedente, el [artículo 27.2 del ET](#) (validado por la Sentencia del Tribunal Constitucional –[STC- 113/1989, de 22 de junio](#)) rezaba con el siguiente lacónico tenor: «El SMI, en su cuantía, es inembargable». Una escueta garantía legal primaria (de efectividad de la satisfacción de los fines sociales del SMI a los efectos de garantizar una vida digna) que requería de una integración importante con otras normas procesales civiles, menos garantistas. Es el caso del [artículo 607 de la Ley de enjuiciamiento civil \(LEC\)](#), de aplicación no solo a los procedimientos civiles, sino también en los administrativos (por ejemplo, [Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central –TEAC– de 17 de mayo de 2022](#)).

[Reforzamiento de la garantía legal de inembargabilidad del SMI](#)

La nueva regulación integra parcialmente ambas regulaciones, la laboral y la civil, a fin de introducir mayor seguridad jurídica y mejorar el blindaje del SMI: «2. El SMI, en su cuantía, tanto anual como mensual, es inembargable». Tras precisar que la garantía afecta tanto a la cuantía mensual como anual, añade:

A efectos de determinar lo anterior se tendrán en cuenta tanto el periodo de devengo como la forma de cómputo, se incluya o no el prorrateo de las pagas extraordinarias, garantizándose la inembargabilidad de la cuantía que resulte en

cada caso. En particular, si junto con el salario mensual se percibiese una gratificación o paga extraordinaria, el límite de inembargabilidad estará constituido por el doble del importe del salario mínimo interprofesional mensual y en el caso de que en el salario mensual percibido estuviera incluida la parte proporcional de las pagas o gratificaciones extraordinarias, el límite de inembargabilidad estará constituido por el importe del salario mínimo interprofesional en cómputo anual prorrateado entre 12 meses.

No es un dechado de claridad. Y ello pese a que formaliza como palabra de ley la jurisprudencial (y administrativa). De especial interés es la [STS, Sala 3.ª, 1340/2022, de 20 de octubre](#) (aun en materia de pensiones, aplica los arts. [607 LEC](#) y [27.2 ET](#)), y el criterio de la Resolución del TEAC de 13 de diciembre de 2022 (RG 6986-2018) ex [artículo 171.3 de la Ley general tributaria](#).

En definitiva, el límite de inembargabilidad del SMI, ex [artículo 27.2 del ET](#) y ex [artículo 607.1 de la LEC](#), en el mes en que se percibe, junto a la mensualidad ordinaria, una gratificación o paga extraordinaria está constituido por el doble del importe del SMI mensual. Al exceso percibido sobre tal cantidad se le aplicará la escala recogida en el [artículo 607.2](#) de dicha norma. En cambio, en el caso de que en el sueldo mensual percibido estuviera incluida la parte proporcional de las pagas o gratificaciones extras, el límite de inembargabilidad estará constituido por el importe del SMI en cómputo anual (SMI mensual × 14) prorrateado entre 12 meses. Al exceso percibido se le aplicará la referida escala civil. Una garantía individualizada del mínimo salarial vital que, como se sabe, cede respecto del derecho a la pensión de alimentos en procesos civiles ex [artículo 608 de la LEC](#), en porcentajes fijados por la decisión judicial.

En este marco de interacción entre lo laboral y lo civil, pero para un ámbito de garantías de créditos laborales diferente, digamos al paso que la [STS, Sala 1.ª, 1036/2022, de 23 de diciembre](#), determina el carácter ganancial de la indemnización por despido ex [artículo 1.347.1.º del Código Civil](#) (CC). Casando la sentencia de instancia y de apelación, que habían sostenido que este crédito es un bien privativo, por compensar la pérdida de un derecho fundamental, inherente a la dignidad de la persona, el TS distingue entre el derecho al empleo, que sí sería un bien privativo ex [artículo 1.346.5.º del CC](#), y el trabajo, ganancial ex [artículo 1.347 del CC](#). No deja de ser sorprendente esta distinción civil, cuando es bien sabido que, en un plano laboral, la protección por despido es una garantía de estabilidad en el empleo, esto es, una condición de empleo, no propiamente de trabajo (garantía legal primaria de empleo).

Por supuesto, esta nueva fase de revitalización de las garantías primarias (liberales y sociales) de los derechos fundamentales sociolaborales no se agota en el salario, sino que afecta a otras de

Esta nueva fase de revitalización de las garantías primarias de los derechos fundamentales sociolaborales no se agota en el salario, sino que afecta a otras de carácter personal y profesional

carácter personal y profesional. En esta dirección innovadora, o al menos en apariencia, pues a veces la ley se limita a producir-vender humo político, una especial mención merecen las «garantías sexuadas primarias» de Seguridad Social dadas a los derechos de salud reproductiva de las mujeres, con la aprobación de reforma legal en materia de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, cuya constitucionalidad ha anunciado el TC, tras casi 13 años de un silencio elocuente y en cuya solución ha sido definitivo el cambio de mayoría política constitucional. En lo que aquí interesa, a bombo y platillo se «vendió» una garantía primaria social especial de la salud menstrual como parte del derecho fundamental a la salud y que consistiría en el reconocimiento de una baja ex artículo 169.1 a) de la LGSS (incapacidad temporal –IT–), pero con protección reforzada.

¿La verdad jurídica más allá del humo político? Ni es realmente novedosa, ya que se viene reconociendo por centenares anualmente a través de la IT, ni es tan reforzada, pues sí se pagará ahora desde el primer día (novedad ex art. 173.1 LGSS), pero como si fuese común, esto es, tan solo el 60 % de la base reguladora, cuando se dijo en prensa que tendría una mejora económica real. Normativamente ha quedado un oxímoron, una «IT especial», por «contingencia común» (salvo que su origen sea profesional).

No correrán mucha mejor suerte las otras dos «garantías sexuadas» previstas en el nuevo artículo 169.1 de la LGSS (disp. final tercera ley de reforma). Así, en la situación especial de IT por interrupción del embarazo, así como en la situación especial de gestación desde el día primero de la semana trigésima novena (ambas garantías primarias sexuadas –solo para mujeres– de la salud reproductiva), el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo de la empresa el salario íntegro correspondiente al día de la baja. Como vemos, estas bajas tienen mejor tratamiento económico el primer día que la menstrual. No es posible entrar aquí en un análisis más detenido de este auténtico fiasco garantista, que presenta una loable voluntad político-jurídica, pero una –otra vez– pésima técnica, como el propio Comité Económico y Social de España evidenció, también el Consejo de Estado ([Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2023](#)). Tampoco podemos detenernos aquí, pero sí es obligado referir en este ámbito de innovación garantista, más allá de lo sociolaboral, por su dimensión cívica y social general, las principales novedades que incorpora la aún más polémica «Ley trans», también recientemente aprobada. A tal fin remitimos al [estudio realizado, en este mismo número, por la profesora Marta Arrúe](#).

3. De la garantía de estabilidad obligacional a la de estabilidad real en el despido en situación de baja: la readmisión recupera terreno mediante aplicaciones judiciales audaces de nuevas leyes antidiscriminatorias. Entre los principales intentos legislativos de revigorización de las garantías, primarias (liberales y sociales) y secundarias (mayor efectividad administrativa y judicial del cumplimiento laboral –una dinámica que tiende a presentarse, con el típico furor por todo lo anglosajón, bajo el barbarismo «*labour compliance*»–), de los derechos sociolaborales estuvo introducir una «prohibición de despedir»,

a fin de recuperar el modelo de garantismo real (readmisión obligatoria) en detrimento del obligacional (indemnización). Sin embargo, ante la pésima técnica seguida, bien conocida es la frustración de este intento en sede jurisprudencial (por ejemplo, [STS 955/2022, de 13 de diciembre](#), en relación con el [art. 2 RDL 9/2020](#)), tras el intenso «baile judicial». Una vez más, el TS recuerda que, en el ordenamiento sociolaboral español, el despido carente de causa real, el fraudulento, el abusivo, esto es, cualquiera que no vulnere un derecho de rango fundamental, o el procedimiento de despido colectivo, es improcedente, no nulo. Ninguna nulidad de cese sin ley que la explicita.

Pero una nueva oportunidad legal de recuperación de notables espacios para la readmisión obligatoria se ha abierto con las primeras aplicaciones judiciales de la [Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Sería el caso, por ejemplo, de la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 3 de Gijón 350/2022, de 27 de octubre. Aunque se excluyó la nulidad por razones temporales (disp. tran. única), esta decisión ya anunció el cambio de modelo de garantía tras la ley.

Una nueva oportunidad legal de recuperación de notables espacios para la readmisión obligatoria se ha abierto con las primeras aplicaciones judiciales de la Ley 15/2022, de 12 de julio

Precisamente, en la [SJS número 1 de Gijón 419/2022, de 15 de noviembre](#), ya aplica el cambio del panorama patrio (con los arts. 2 y 26 Ley 15/2022), declarando la nulidad del despido injustificada de trabajadora de baja por IT a causa de ser operada (se le comunicó por WhatsApp la intención de volverla a contratar cuando se restableciera –dicho sea de paso, la Agencia Española de Protección de Datos, un campo administrativo-consultivo en el que se juegan nuevas garantías de derechos fundamentales en el trabajo, [ha legitimado que las empresas creen grupos de WhatsApp con sus personas empleadas](#)–). Más aún. Pese a que no se pidió indemnización en la demanda, el órgano judicial, aplicando el [artículo 27 de la Ley 15/2022](#) y el [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social \(LRJS\)](#), la concede, al presumirse el daño, aunque fijada en 3.500 euros y con un parámetro diferente al tradicional de la LISOS (salario equivalente al tiempo de duración de la baja –3 meses–). Al hilo de esta cuestión, sin duda polémica, ha de recordarse la [STS 7/2023, de 10 de enero](#), que estima el recurso de unificación de doctrina contra la sentencia de suplicación impugnada por incurrir en incongruencia omisiva al no resolver sobre la reclamación de una indemnización ex [artículo 183 de la LRJS](#), lo que vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, [artículo 24.1 de la CE](#), al no pronunciarse sobre una de las pretensiones postuladas en la demanda, produciendo indefensión a la parte. Por su parte, la [STS 214/2022, de 9 de marzo](#), insiste (reiterando la jurisprudencia anterior) en que tal pronunciamiento indemnizatorio es exigible por razones de orden público procesal (también la [STC 61/2021, de 15 de marzo](#), si bien considera una cuestión de legalidad ordinaria la calificación del despido con la violación de derechos fundamentales, lo que se critica en el voto particular, que hoy sería posición mayoritaria con el cambio político-constitucional en su seno).

En la línea de establecer en estos casos la garantía de una sanción de readmisión obligatoria e indemnización adicional se orientan la SJS número 3 de Ourense 632/2022, de 18 de noviembre (nulidad del despido de un trabajador tras su extinción verbal a los pocos días de la renovación de la IT, con reconocimiento de una indemnización adicional de 3.750 €), o la SJS número 1 de Vigo 473/2022, de 13 de diciembre, rebajando en este caso la indemnización pedida de 10.000 a 3.000 euros. En este último caso, si bien no es aplicable la nueva ley por razones temporales, el órgano judicial le otorga valor retroactivo, lo que es criticable jurídicamente. Esta retroactividad favorable es excluida con mejor criterio, a mi juicio, por la fundamentada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid 1027/2022, de 16 de noviembre. ¿Está la partida cerrada en espera de las confirmaciones en suplicación y, en su caso, en unificación? No creo que lo esté la relativa a la aplicación temporal, siendo probable «carne de cañón» en el TS, pero creo que sí lo está tanto en lo que refiere a la calificación como respecto de la indemnización, si bien en este caso será necesario volver a recorrer el camino para una hoja de ruta más previsible y correcta que la actual, donde se ha prescindido a todas luces de la doctrina jurisprudencial existente en esta materia y que tanto esfuerzo habría hecho por ofrecer unos criterios indemnizatorios razonablemente más seguros.

4. ¿Se abre camino definitivamente la garantía de indemnización adicional con un efecto disuasorio frente a los despidos improcedentes más arbitrarios y baratos, en un sistema de protección multinivel? En este escenario de innovación garantista, con clara mejora de la justicia social resarcitoria aun en detrimento de la seguridad jurídica, por las deficiencias e incertezas aplicativas, tampoco el campo de las indemnizaciones por despidos improcedentes queda huérfano de un nuevo impulso renovador y de refuerzo de la protección de la estabilidad, aunque sea obligacional, en el empleo frente a la arbitrariedad de los despidos. El ejemplo de la más reciente experiencia del foro social español nos lo ofrece ahora la [STSJ de Cataluña 469/2023, de 30 de enero](#). La primera que, tras decenas de decisiones que amagaban con reconocerla, pero que siempre resultaban fallidas en la práctica, reconoce el derecho de un trabajador, despedido por causas objetivas, pero irreales o inexistentes, a obtener el derecho a una indemnización complementaria a la legal tasada ex [artículo 56 del ET](#), en virtud de la aplicación del [Convenio 158 OIT](#) y del [artículo 24 de la CSE revisada](#) (CSER). Negada la calificación de nulidad (aplica la doctrina de la [STS 358/2022, de 20 de abril](#)), aumenta, desde apenas 1.000 euros, que le hubieran correspondido aplicando estrictamente la ley nacional, hasta los 3.493,3 euros (1.310,1 € mensuales desde el 1 de abril al 20 de junio de 2020), porque: «En el caso de autos, la indemnización legal tasada, que no llega a los 1.000 euros, es claramente insignificante, no compensa el daño producido por la pérdida del puesto de trabajo, ni tiene efecto disuasorio para la empresa».

En este escenario de innovación garantista, tampoco el campo de las indemnizaciones por despidos improcedentes queda huérfano de un nuevo impulso renovador

Como puede comprobarse, en esta línea evolutiva de política jurisdiccional del derecho indemnizatorio en caso de despidos sin causa real y seria (injustificado, ilícito o improcedente –eufemismo patrio que encierra diferentes situaciones de arbitrariedad en los ceses empresariales–), y al margen de las incertidumbres que abre (tampoco utiliza como parámetro cuantificador el [art. 281.2 b\) LRJS](#)), convergen dos factores claves de esta renovada lógica de garantismo jurídico-laboral. De un lado, la función crítica y creativa de la interpretación judicial, a partir, de otro, del redescubrimiento del valor de las garantías primarias del orden internacional, europeo y universal, a través de las cuales (juicio de control de la conformidad comunitaria; juicio de convencionalidad) se critica y reinterpretan las leyes vigentes, pero a menudo viciadas de lagunas y/o antinomias. La ratificación de la CSER y el procedimiento de reclamaciones colectivas ha reactivado esta evolución hacia un paradigma en el que el sometimiento de la jurisdicción a la ley no lo es a su letra, sino a su validez sustantiva, esto es, en su valor de coherencia con la Constitución y con el ordenamiento multinivel *ex* artículos 10.2, 93 y 96 de la CE. De ahí la [reclamación colectiva de UGT, ya admitida](#), y la de CC. OO., pendiente de admisión, para que se declare la disconformidad del [artículo 56 del ET](#) con el [artículo 24 de la CSER](#), tanto para la indemnización legal como para la no readmisión obligatoria ([reclamación 218/2022](#)).

5. El derecho (económico) de propiedad como garantía de efectividad del derecho (social) de pensiones: la Seguridad Social, de principio rector a derecho humano. Pero esta dimensión innovadora y crítica se abre otros caminos, más allá del derecho privado o contractual social, en particular también para el derecho de la Seguridad Social. Uno de los derechos sociales más típicos del sistema de Seguridad Social, como la pensión de viudedad, con especial clave de género, acaba de encontrar una *ultima ratio* protectora en la rama civil del derecho del Consejo de Europa, a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en virtud del derecho económico (patrimonial) de propiedad. Es el caso de la:

- [Sentencia del TEDH \(STEDH\), Sala 5.ª, de 19 de enero de 2023 \(caso Doménech Arandilla y Rodríguez González c. España\)](#). Dictada por unanimidad de la sala (7 integrantes). Voto concurrente según el cual había también violación del artículo 14 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#).
- [STEDH, Sala 5.ª, de 26 de enero de 2023 \(caso Valverde Digón c. España\)](#). Dictada por mayoría de 4 votos contra 3, contando con bien fundamentado voto particular en el que se alerta de los riesgos de política del derecho al extremar la crítica a la decisión legislativa desde la decisión jurisdiccional.

En su virtud, se vulneró el artículo 1 del protocolo número 1 al Convenio de Derechos Humanos al no reconocerse la pensión de viudedad a la mujer supérstite de sendas parejas de hecho. [No se puede aplicar de forma retroactiva la obligatoriedad de registrar la relación a quienes hayan reclamado la pensión de viudedad antes de 2014](#), cuando el TC fijó dicho requisito, pero tampoco incluso en un periodo inmediatamente después. Aquí emergería

—claramente— la confirmación de la doctrina de la «indivisibilidad de las técnicas de protección» de los derechos fundamentales como derechos humanos en un sistema multinivel de protección, de modo que las garantías de derechos patrimoniales (como la propiedad) se ponen al servicio de derechos sociales (como las pensiones).

Las garantías de derechos patrimoniales (como la propiedad) se ponen al servicio de derechos sociales (como las pensiones)

6. Insuficiencia del garantismo colectivo y garantismo administrativo: ¿retorno a un sucedáneo de «ERE»? Aunque el derecho de la UE en materia de control de los despidos colectivos y la reforma de 2012, en este punto mantenida en la de 2021, son una clara apuesta por las técnicas denominadas de «garantismo colectivo», eliminando la autorización administrativa (control público) en aras de los procesos de negociación con la representación laboral, la referida reforma del artículo 51.2 del ET, con la Ley de empleo, ha vuelto a levantar una intensa polémica al propiciar un mayor papel inspector laboral. En lo que aquí más interesa, conforme al nuevo artículo 51.2 del ET: «el informe de la Inspección se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas en la comunicación inicial y constatará si la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta para despedir».

La interpretación auténtica del grupo parlamentario (nacionalista) que introdujo la enmienda, su voluntad creadora, no dudó en ver en ella el retorno de la autorización administrativa. El exceso es evidente. ¿Por qué tal revuelo? El «miedo empresarial» aquí no lo es tanto a la decisión de la ITSS, sino al plus de judicialización que experimentará esta cuestión, porque la inspección se desenvolverá en una dimensión garantista que servirá como ariete impugnatorio, sindical e individual. Por tanto, en realidad, actúa como una técnica de presión (efecto disuasorio) a las empresas para que alcancen acuerdos de despido colectivo, si estos son realmente una *ultima ratio*, y, en otro caso, que opten por la técnica alternativa del expediente de regulación temporal de empleo.

Vemos, pues, un nuevo efecto de reforma silenciosa laboral, llegando a puntos (el despido) que habían sido descartados de reforma expresa. Todo ello, claro está, en un escenario de la propia lucha del colectivo de ITSS con quien es su «empleador», el ministerio del ramo, ante la insuficiencia de recursos personales para hacer frente a nuevas cargas de trabajo, incluso a las actuales. Al margen de los problemas de técnica legal, ¿se trata de otra reforma legal típica de estrés de la función inspectora?

No sería la primera vez. Piénsese en la —en su día muy— innovadora, pero difusa, garantía primaria del derecho social fundamental al descanso basada en la obligación de registro horario (art. 34.9 ET —y art. 14 Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia—), cuya efectividad se confía a la garantía convencional. Cuatro años después adolece de un altísimo porcentaje de incumplimiento, pese a seguir siendo España uno de los países con

más horas extras no remuneradas (casi 9 millones el año 2022). Sin embargo, pese a que apenas 1 de cada 2 empresas en España cumplen con esta obligación, apenas se habrían impuesto unas 3.700 sanciones por su incumplimiento. De ahí la difusión mediática que ha tenido la «[redada de la policía laboral](#)» a las llamadas «[Big Four](#)» (Deloitte, PwC, EY y KPMG) para comprobar el cumplimiento de la normativa sobre jornada de trabajo (registro horario y desconexión digital ex [art. 88 LO 3/2018, de 5 de diciembre](#)) y que ha motivado ese célebre eslogan de la ministra del ramo según el cual «ninguna empresa queda al margen de la ley» (principio de legalidad normativa versus inefectividad).

La operación no tuvo su origen en una denuncia concreta, sino que habría sido fruto de una actuación inspectora programada a partir de la recopilación de datos acerca del funcionamiento de estas compañías durante meses. Como se sabe, la Administración laboral utiliza ahora un *software* que automatiza las inspecciones de trabajo. Aunque desde ciertos sectores tratan de justificar el incumplimiento por el pretendido «[laberinto normativo](#)», lo cierto es que la norma es relativamente clara y si no aumentan más las sanciones de la ITSS es por su límite material para abarcar el ámbito de incumplimiento.

La [STS 41/2023, de 18 de enero](#) (validez del acuerdo colectivo sobre registro de jornada y desconexión digital del Grupo Zurich), parece facilitar un cumplimiento suave, confirmando la validez de un sistema de registro de jornada fundamentalmente basado en la declaración unilateral de la propia persona trabajadora (autodeclaración, mediante una aplicación informática, tanto sobre la duración de la jornada de trabajo como la naturaleza de su actividad, laboral o de descanso). Aunque existan otros sistemas más automatizados y, por ello, más objetivos y fiables (por ejemplo, [STS 299/2022, de 5 de abril](#)), sigue siendo válido, si no se prueba la ausencia de fiabilidad. Sin duda, el TS se hace aquí eco de las dificultades de gestión del tiempo de trabajo en un buen número de empresas, por su complejidad organizativa para sus dimensiones y lo elevado del estándar de protección comunitaria; otra cosa es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en caso de ser preguntado, asuma este «capote» jurisprudencial nacional.

7. La disuasión llega a las garantías de la función promocional del Estado en materia de empleo: la obligación de reintegro de los incentivos estatales en supuestos de deslocalización productiva. Esta política legislativa del derecho del empleo favorable a las garantías disuasorias está presente también en la [disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero](#). El citado deber de reintegro de los incentivos estatales busca prevenir la «deslocalización empresarial»: «traslado de su actividad industrial, productiva o de negocio a territorios» distintos a la UE o del EEE.

[Valorada positivamente por un autorizado sector doctrinal](#), la nueva obligación legal (que es tanto disuasoria de la deslocalización como una garantía

El deber de reintegro de los incentivos estatales busca prevenir la «deslocalización empresarial»

de efectividad de la función promocional del Estado en materia de empleo) genera no pocas dudas, tanto interpretativas (la delimitación genérica contrasta con el principio de proporcionalidad que debe regir este sector jurídico) como de eficacia real. En última instancia, no se trata sino de una mejora de un tipo de medidas ya ensayadas en otras leyes, como las de las industrias electrointensivas, y donde han resultado un estrepitoso fracaso. En todo caso, no siendo la panacea, ensayaría nuevas formas de intervención normativa (garantías) que, sin condicionar directamente la decisión de relocalización extracomunitaria, sí actuaría de presión o influencia para disuadir aquellas especialmente arbitrarias o más «salvajes», por el mayor coste que tendría para las empresas.

8. ¿La prevención del fraude derivado del alto índice de ineffectividad inherente a la norma laboral mejora con su criminalización? Con todo, tampoco la nueva política legislativa de favor por las técnicas de cumplimiento (garantías) de la norma laboral, para tutelar de forma efectiva los derechos en este ámbito, parece contentarse con reforzar las garantías público-administrativas, incluyendo las de policía laboral y sanción administrativa social. Consciente de la persistencia de viejas, y el desarrollo de nuevas, prácticas de fraude y/o abuso empresarial en la contratación laboral, busca ir más allá en su potestad sancionadora. De ahí la revitalización de la garantía penal.

La experiencia diaria y la frecuente visita a los repertorios de jurisprudencia y de doctrina jurisdiccional sociales nos ofrecen un interminable catálogo de confirmaciones de lo extendido de las prácticas de fraudes o abusos en el ámbito laboral (aunque, como siempre, no resulte noticioso el inmenso número de empresas que sí cumplen). Volvamos a la senda de los ejemplos conocidos y

actualizados en el día a día. Piénsese, en primer lugar, en la propia doctrina jurisprudencial que hace de la técnica del levantamiento del velo (el abuso de personalidad jurídica) la única vía para dar relevancia, en el ámbito laboral, a las garantías de solidaridad obligacional entre las empresas con estructura de grupo (últimamente, [STS 311/2022, de 6 de abril](#)). O, en este mismo ámbito mercantil, el uso abusivo/fraudulento de las estructuras societarias, sean o no unipersonales, como cuando estas actúan ocultando el verdadero empleador laboral, perjudicando los derechos laborales ([STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 1109/2011, de 22 de diciembre](#)), o como estructura creadora de una aparente relación civil o mercantil, que realmente oculta una genuina relación laboral, es decir, una «falsa autonomía» (por ejemplo, [STSJ de Madrid 633/2022, de 3 de noviembre](#) –aplica la [STS 127/2018, de 8 de febrero](#)–).

Cierto, conviene precisarlo, este típico «pensamiento de la sospecha de fraude» que anida en el código genético del derecho (social y tuitivo) del trabajo no siempre se ve corroborado en la práctica judicial, mucho más matizada, casuística y prudente. Es el

La experiencia nos ofrece un interminable catálogo de confirmaciones de lo extendido de las prácticas de fraudes o abusos en el ámbito laboral

caso, por poner un ejemplo reciente e importante, de la [STS 33/2023, de 17 de enero](#). Estima (dando firmeza a la demanda de oficio para determinar la naturaleza de la relación) el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Ambar Odontológica, SL, contra la STSJ de Madrid 431/2019, de 30 de mayo, de modo que considera no laboral la prestación de servicios de personal de odontología para la conocida franquicia Vitaldent. Eso sí, la sala advierte, con un enfoque de clara prudencia, o aviso a navegantes, que:

Dada la necesidad de atender a las [...] circunstancias de cada caso [...] conviene advertir que esta doctrina no puede considerarse generalizable a todos los casos de clínicas dentales franquiciadas, ni siquiera siendo idéntica la franquiciadora (Vitaldent), sino solo a aquellos en que concurren las mismas características que en el presente [...].

A lo que habría que sumar los nuevos yacimientos de riesgo de fraude sociolaboral ínsito en la transformación digital de la economía, en especial en el mundo del trabajo en plataformas de reparto de bienes y servicios, no solo de comida rápida. Justamente, en fechas recientes hemos conocido que también la «amazonización» (que se desarrolla en paralelo a la –de momento en España inmune– «uberización») de la organización del trabajo ha recibido un severo correctivo sancionador. La [SJS número 14 de Madrid 31/2023, de 2 de febrero](#), ha estimado la demanda de oficio seguida por la Tesorería General de la Seguridad Social contra Amazon Spain Fulfillment SL (ASF). En consecuencia, se confirma el acta de liquidación por falta de alta en el régimen general de la Seguridad Social y falta de cotizaciones a dicho régimen de más de 2.100 personas, que habían venido realizando tareas de reparto de paquetes como pretendidos «colaboradores independientes» a través de la *app* Amazon Flex.

A lo que habría que sumar los nuevos yacimientos de riesgo de fraude sociolaboral ínsito en la transformación digital de la economía

Por supuesto, Glovo sigue acumulando sanciones administrativas multimillonarias (ya más de 200 millones), resistiéndose a la laboralidad de la mayor parte del personal de reparto que emplea (en el sector apenas el 25 % del personal se contrata mediante la relación laboral, permaneciendo la gran mayoría en la falsa autonomía). No extraña que se instaran proposiciones no de ley para requerir al Gobierno que adoptara cuanto estuviese en sus competencias y poderes al objeto de que «las compañías del *delivery* cumplan escrupulosamente con (la) Ley *riders*»), sin perjuicio de reforzar tanto el servicio de inspección laboral como el diálogo, a fin de «garantizar una competencia equilibrada, justa y adecuada a la nueva normativa». Sorprendentemente, la respuesta de la «mente-dirección» empresarial de la plataforma ha sido [anunciar el despido de 250 personas empleadas \(6,5 %\) de su plantilla](#) (no afecta al personal de sus supermercados ni al de reparto). ¿Reacción-represalia de la empresa frente a la «persecución inspectora»?

Difícil saberlo, tampoco importa. Lo objetivable normativamente es que el Gobierno de España, en un escenario de renovación legal comunitaria ([el Parlamento Europeo dio luz verde](#) al inicio de las negociaciones con los Estados para aprobar la propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales), que implicará cambios en la regulación española, impulsa un salto jurídico cualitativo en esta pugna por el cumplimiento laboral de las plataformas. El citado nuevo apartado 2 del artículo 311 del CP reivindica el poder público frente a los poderes económicos privados. De la técnica (función) de policía laboral (fiscalización administrativa) actual pasaría a la punitiva penal, *ultima ratio*. La contumacia contra la ley laboral se sancionará más allá de las multas millonarias, e incluso de las suspensiones de actividad y cierre (sanciones administrativas accesorias), para incluir las penas privativas de libertad a quienes las dirigen ([art. 318 CP](#)). No así a las personas jurídicas que se benefician, por el «olvido» de incluirlo en el inventario del [artículo 31 bis del CP](#) (STS, Sala 2.^a, 162/2019, de 26 de marzo).

Pese al intento de acotamiento y precisión que se realiza en el preámbulo de la ley, lo cierto es que el texto del nuevo [numeral 2.º del artículo 311 del CP](#) es expansivo y, en consecuencia, en sí, suscita grandes interrogantes aplicativos. A su tenor, se considerarán reos de delito contra los derechos de las personas trabajadoras quienes: «[...] impongan condiciones ilegales a sus trabajadores [sigue ausente el lenguaje inclusivo de género] mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa».

El preámbulo de la [Ley orgánica 14/2022](#) explica la razón de esta nueva –y errática– vuelta de tuerca en «el tipo central del derecho penal del trabajo»: una «laguna de punibilidad» (imperativo de plenitud penal) por la transformación digital del mundo de la economía y del trabajo. Pero ¿dónde se refleja este condicionante tecnológico en el tipo penal?

No podemos entrar aquí en un análisis detenido del nuevo delito, pero es claro que en ninguno de los dos subtipos penales (la imposición de condiciones ilegales por una contratación no laboral cuando es esta modalidad la requerida jurídicamente, de un lado; la contumacia empresarial en sostener esa contratación inadecuada pese a mediar requerimiento administrativo para su corrección, de otro) se establece esa vinculación con los entornos digitales, por lo que su interpretación se abre a comprensiones diversas a la hora de ser, en su caso, aplicados. [En sede doctrinal](#) ya podemos hallar posiciones de un signo (expansivo) y otro (restrictivo), augurando polémica jurisprudencial, lo que no redundará en su eficacia práctica, más bien sucederá lo contrario, tenderá a lecturas minimizadoras, en aras del principio de derecho penal del trabajo «mínimo». Apenas se repasen los repertorios de jurisprudencia penal en esta materia, se comprobará que ni en el plano del discurso la jurisdicción penal acepta que la ley penal sirva para proteger los derechos laborales sin más, limitándose a los ataques más graves (gravedad que no se integra en el tipo penal), ni en su aplicación práctica las situaciones ahora incluidas han recibido esa respuesta penal (por ejemplo, [Sentencia de la Audiencia Provincial –SAP– de A Coruña 221/2021, de 4 de mayo](#): rechaza que hubiera reproche penal en una contratación mercantil en el sector de la construcción, cuando se trataba de relaciones de trabajo).

Estaríamos, pues, ante un notable cambio de enfoque jurídico, devaluando el principio de intervención mínima penal en el otrora llamado delito social, que no requería la constatación de perjuicios, solo el incumplimiento laboral (por ejemplo, [STS, Sala 2.ª, 247/2017, de 5 de abril](#)). De esta forma, las personas empleadas que no contratan de forma adecuada podrían llegar a tener penas de hasta 6 años de prisión (el nuevo delito de malversación o desvío de fondos tiene una pena de 4 años). A la crítica jurídica (contaminación entre las técnicas de tutela penal y las administrativas), se une la crítica por ineficacia, porque los «delitos a la carta» sobre «normas penales en blanco» tienden a provocar en los tribunales penales el efecto contrario, reducir su ámbito. Si algo nos enseña la experiencia previa (en asuntos como los accidentes de trabajo o el acoso moral) es que el orden penal tiene aversión a convertir los conflictos laborales en penales, así como a la ITSS en una suerte de nuevo Ministerio Fiscal laboral (como existe en otros países –por ejemplo, Brasil–), porque, en última instancia, sería mutar los juzgados penales en sociales, lo que multiplicaría no solo su carga de trabajo, creciente, sino sus tasas de frustración. De ahí que, aun ausente en el tipo nuevo, los tribunales penales exigirán un plus notable de gravedad en el incumplimiento contractual (por ejemplo, [SSTS, Sala 2.ª, 554/2019, de 13 de noviembre](#) –para la explotación sexual en el trabajo–, [792/2022, de 29 de septiembre](#) –chicas de alterne sin dar de alta–, o [639/2017, de 28 de septiembre](#) –aprovechamiento de la situación de necesidad de una persona inmigrante, negándole el derecho al descanso–). En suma, la garantía penal exige constatar gravedad y vulnerabilidad específicas (por ejemplo, [SAP de Navarra 30/2021, de 26 de enero](#), o [SAP de Valladolid 5/2021, de 11 de enero](#), etc.).

Estaríamos, pues, ante un notable cambio de enfoque jurídico, devaluando el principio de intervención mínima penal

En tanto este escenario se aclara en la práctica, ¿mejor prevenir que curar o si las barbas del vecino ves pelar, pon las tuyas...? Seguramente no tendrá nada que ver, pero hemos conocido que los servicios jurídicos de la CEOE han recomendado, para evitar todo riesgo regulador con la Seguridad Social, que [el presidente de la patronal deje de ser persona que factura como autónoma para ser alto directivo](#). ¿Prudente recurso a la lógica preventiva del riesgo de regulación contractual profesional? Aunque, levantada la «liebre» (sospecha), se abre su «veda» (inspectora), recordó la ministra del ramo.

9. Pese a todo..., la realidad sociolaboral es más tozuda que la ley y evidencia las limitaciones de las técnicas de garantía penal y administrativa para el cumplimiento: la garantía social de los «fondos de compensación» de daños (laborales, ambientales) del desarrollo. Se atribuye al emperador estoico por antonomasia, Marco Aurelio, decir: «Todo lo que escuchamos [y leemos] es una opinión, no un hecho. Todo lo que vemos [y leemos] es una perspectiva, no es la verdad». Con ello evidenciaba la complejidad, la relatividad y la ambivalencia de los enfoques con los que afrontamos los retos vitales.

En un tiempo en el que vemos que la ley reactiva la garantía penal para afrontar las resistencias económico-empresariales al cumplimiento de las normas sociolaborales, en la confianza de que será más eficaz, la vida se empeña en mostrarnos sus limitaciones, y la necesidad de recurrir a garantías típicas de socialización de la responsabilidad por daños ligados al desarrollo industrial. Ni las técnicas públicas (penales y administrativas) ni las clásicas privadas (responsabilidad civil) resultan suficientes para satisfacer de una forma adecuada los derechos. Sería el caso, siguiendo la estela ya iniciada antes en más de un país europeo (Francia, Bélgica, Holanda, etc.), de la técnica de garantía basada en la creación y dotación de «fondos de compensación sin culpa» a las personas víctimas de los daños derivados del desarrollo económico, cuando estos daños (profesionales, ambientales) se convierten en «masivos». Así se refleja claramente en la importante [Ley 21/2022, de 19 de octubre](#), de creación de un fondo de compensación para las víctimas del amianto (personas trabajadoras, sus mujeres y personas vecinas, al contaminarse el entorno), a su vez modificada por la disposición adicional octava de la nueva Ley de empleo.

En un tiempo en el que vemos que la ley reactiva la garantía penal, la vida se empeña en mostrarnos sus limitaciones. Así se refleja claramente en la Ley de creación de un fondo de compensación para las víctimas del amianto

Como sostiene su preámbulo, controlado (no superado, como afirma con exceso idealista o ausencia de realismo) actualmente el problema preventivo, la cuestión social radicaría en la reparación eficaz de los daños por las enfermedades derivadas de las antiguas exposiciones «que afloran y seguirán aflorando aún con más intensidad». De este modo, a la multiplicación de los litigios judiciales (coste institucional) se sumarían las dificultades para el resarcimiento, ante el calvario que puede suponer la prueba judicial (desaparición de las empresas originarias, dificultad de los informes de causalidad, etc.), así como un alto «coste emocional» para las personas afectadas, sus familias y entorno vecinal. La gestión de este fondo de compensación sin culpa corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social (art. 1).

No es tampoco momento ni lugar para analizar tan significativa, y necesaria, ley, que presenta más de una limitación; algunas de las cuales pretenden superarse con la reforma indicada (apenas unos meses después de su aprobación, evidenciando más de un problema de técnica legislativa, no solo de política jurídica resarcitoria). Por ejemplo, dice perseguir una finalidad (la «reparación íntegra» de daños y perjuicios sobre la salud resultantes de una exposición al amianto padecidos por toda persona en su ámbito laboral, doméstico o ambiental en España –art. 2–), que traiciona de inmediato, al acotar la responsabilidad socializada a las cuantías «determinadas reglamentariamente» (art. 3) y en atención a recursos económicos limitados (art. 4). Ahora bastará con realizar tres observaciones.

Primero, destaca su utilidad, pues estos fondos indemnizan a mayor número de víctimas, de una manera más rápida y a costes de gestión inferiores que en el derecho de daños

basado en la judicialización y prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil (*vid.* [Azagra Malo, 2007](#)). Segundo, conviene advertir que, finalmente, se ha descartado toda contribución empresarial, pese a tener, como actores beneficiarios principales de la utilidad mercantil de la fuente del problema (el desarrollo basado en materiales nocivos como el amianto), una manifiesta incidencia (por no decir responsabilidad objetivada, aun sin culpa), por lo que el coste principal es desplazado al Estado (que ha aportado 25 millones de €). Tercero, mucho nos tememos que no será el último que haya que crear al respecto, si se tiene en cuenta que hay otras situaciones análogas que seguramente ameritarán una solución de la misma guisa, sea en el futuro inmediato, sea a más largo plazo. Piénsese en la contaminación de miles de personas por silicosis debida a la exposición al cuarzo (aglomerado) empleado para hacer decenas de miles de cocinas, marca Silestone.

Destaca su utilidad, pues estos fondos indemnizan a mayor número de víctimas, de una manera más rápida y a costes de gestión inferiores que en el derecho de daños

Al respecto, en fechas recientes hemos conocido que la multinacional española Cosentino (empresa familiar múltiplemente premiada por excelencia y ejemplaridad en el emprender) había reconocido su responsabilidad por la silicosis de 5 personas empleadas del mármol de una empresa viguesa: tendrá que pagar 1,1 millones de euros y una condena de 6 meses de prisión para su titular, que no cumplirá, remontándose el *facto* del asunto 15 años atrás, cuando «la legislación era [dice la empresa] más imprecisa». ¿Qué resaltó la prensa de esta situación? Paradójicamente, en vez de enfatizar que se trata de un problema con mayores repercusiones, se centró en poner de manifiesto que ese acuerdo en sede judicial de reconocimiento de responsabilidad tendría un elevado «coste reputacional» (el grupo industrial –con una valoración de 3.000 millones de €– es líder mundial en la fabricación de superficies de cuarzo). La [Sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Vigo 35/2023, de 30 de enero, coincidió con el \(amargo\) anuncio de salida a bolsa](#), tambaleándose su cotización. ¿Acaso son más eficaces las sanciones del propio mercado que las del Estado, al ponerse en riesgo uno de los principales estrenos bursátiles del año?

Se dice –por la empresa– que esta resolución judicial dictada de conformidad no es extrapolable a otros procedimientos, pasados y futuros. Veremos. Los repertorios de doctrina judicial evidencian que estamos tan solo en la punta del iceberg (por ejemplo, de riesgo emergente y masivo habla la [STSJ de Madrid 233/2022, de 11 de marzo](#)).

10. ¿Hacia un nuevo tiempo de garantías en detrimento de la primacía de los costes de empresa?: el rearme del derecho social del trabajo como un sistema artificial, pleno y coherente de garantías multinivel dirigidas a la tutela efectiva de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. La breve pero atenta mirada miscelánea a la actualidad legislativa y jurisprudencial de las relaciones sociolaborales evidencia, sin duda, tendencias de política del derecho sociolaboral en clave de renovado garantismo jurídico

laboral, después de un largo tiempo de reformas laborales de desregulación y que, en parte, fueron mantenidas con la actual reforma laboral, fruto del consenso.

En esta dirección hallamos novedades en el interior de las garantías jurídico-laborales, primarias y secundarias, tanto contractuales (readmisión obligatoria en los casos de los despidos en situaciones de baja; indemnizaciones complementarias de efecto disuasorio en despidos improcedentes con escasa indemnización legal y alta arbitrariedad) como en el ámbito público-administrativo (intensificación del control de la ITSS a la hora de la justificación de las causas de despido colectivo; obligaciones de reintegro de incentivos estatales en caso de deslocalizaciones productivas). Pero lo que más ha encendido los ánimos empresariales, y abierto la crítica doctrinal, es la apuesta gubernativa por la intensificación de la garantía penal frente a conductas que desafían contumazmente el cumplimiento de leyes laborales como la «Ley *riders*». Pese a las mejoras normativas y de gestión digital de la función inspectora (no ocurre lo mismo con su personal, que vive un tenso conflicto con la ministra del ramo por la negativa a una mejora sustancial de estas plantillas), el Gobierno ha decidido saltar a la vía penal para hacer frente a las prácticas de obstaculización empresarial del cumplimiento de ciertas leyes, ante la insuficiencia de la disuasión administrativa, y eso pese a subir la cuantía de las multas (por ejemplo, la [Sentencia de la Audiencia Nacional 171/2022, de 23 de diciembre](#), ha convalidado una multa de más de 125.000 € a una empresa por obstrucción de la acción inspectora, en aplicación del [art. 50.4 b\) LISOS](#)).

Una vez más, al margen del debate sobre su eficacia o no (nos tememos que se hará un uso muy escaso), hay que lamentar que una decisión de política legislativa del derecho penal del trabajo tan relevante se efectúe con tan mala técnica legislativa, insistiendo en un proceso errático que cuenta con más de 25 años. En paralelo, asistimos a la propia evidencia de los límites de estas garantías, como prueba la puesta en práctica de las técnicas de los fondos de compensación sin

culpa de los daños del desarrollo. En todo caso, al margen del mayor o menor acierto en cada opción técnica, debe saludarse positivamente este movimiento hacia una visión más equilibrada y justa del derecho del trabajo, de manera que no se ponga el énfasis solo en la norma laboral como una fuente de coste para las empresas, sino también como un sistema de garantías para las personas trabajadoras y la sociedad.

Al margen del mayor o menor acierto en cada opción técnica, debe saludarse positivamente este movimiento hacia una visión más equilibrada y justa del derecho del trabajo como un sistema de garantías

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2023). ¿El (in)cumplimiento laboral se pone serio?: entre disuasión y criminalización. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 473, 5-23. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18647>

