

NOVEDADES SOBRE LAS PRÁCTICAS NO RETRIBUIDAS EN LOS ESTADOS UNIDOS: ¿UN CAMBIO DE RUMBO EN EL CASO DEL «CISNE NEGRO» CONTRA LA FOX?

Pilar Núñez-Cortés Contreras

*Profesora Titular de Área.
Universidad Loyola Andalucía*

EXTRACTO

Una nueva resolución de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos sobre el «Cisne Negro» de 2 de julio de 2015 podría allanar el camino para que los empresarios realicen acuerdos con instituciones educativas, por los que los becarios reciban como contraprestación créditos académicos en lugar de una retribución, perpetuando así un sistema que abusa del trabajo de los estudiantes. El siguiente paso es que la cuestión será sometida por decisión de los demandantes ante el Segundo Circuito en pleno (no solo un panel de tres jueces como en la anterior resolución) y, finalmente, podría incluso llegar ante el Tribunal Supremo, que no ha emitido un fallo sobre una cuestión similar desde 1947. En definitiva, para los becarios «Cisne Negro», la batalla está lejos de terminar.

Palabras claves: prácticas no retribuidas, salario mínimo, ventaja inmediata, beneficiario principal, aprendiz y empleado.

Fecha de entrada: 05-02-2016 / Fecha de revisión: 04-03-2016 / Fecha de aceptación: 05-03-2016

NEWS ON UNPAID INTERNSHIPS IN THE UNITED STATES: A CHANGE OF COURSE IN THE CASE OF «BLACK SWAN» AGAINST FOX?

Pilar Núñez-Cortés Contreras

ABSTRACT

A new ruling of the Court of Appeals for the Second Circuit of the United States on the «Black Swan» case, on 2 July 2015, could pave the way for entrepreneurs for making agreements with educational institutions on which the trainees could receive only academic credits instead of a salary, perpetuating a system of student work abuse. The next step is that the question shall be submitted, as decided by the applicants, to the Second Circuit in full (not just a panel of three judges as in the previous resolution), and finally could be reviewed by the Supreme Court. The Supreme Court has not ruled on an issue like this since 1947. In short, for interns in «Black Swan», the battle is far from over.

Keywords: unpaid internship, minimum wage, immediate advantage, principal beneficiary, trainee and employee.

Sumario

1. Las prácticas no retribuidas en los Estados Unidos
2. Marco jurídico de las prácticas no retribuidas en los Estados Unidos
 - 2.1. La hoja informativa del Departamento de Empleo de los Estados Unidos (inconsistencias); su aplicación por los tribunales federales
 - 2.1.1. Carencias de la Hoja Informativa del Departamento de Empleo
 - 2.1.2. Similitudes con España: Límites entre la beca y el contrato de trabajo en nuestra jurisprudencia
 - 2.2. Un cambio de rumbo en el caso del «Cisne Negro» contra la Fox
3. Sugerencias a los empresarios de los Estados Unidos para ser incorporadas en los programas de prácticas

1. LAS PRÁCTICAS NO RETRIBUIDAS EN LOS ESTADOS UNIDOS

En los Estados Unidos durante la recesión se ha incrementado sensiblemente el número de becarios no remunerados; sin duda ello es debido en buena parte a que los empresarios disponen de presupuestos más restringidos y han sido menos proclives a dar oportunidades a la gente joven. Es sabido que las empresas cuando van a reclutar jóvenes 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 servicios¹. Los periodos de prácticas propician la adquisición de esas habilidades y son reflejo en el plano práctico 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 que previamente han realizado prácticas para ellos o bien en otras organizaciones, preferiblemente en la misma industria. En consecuencia los periodos de prácticas aumentan la empleabilidad; no obstante en los supuestos en que no son remuneradas, también aumentan la desigualdad. Según una encuesta realizada por la Asociación Nacional de Universidades y Empleadores, solo el 40% de los becarios no remunerados recibieron una oferta de trabajo al graduarse, mientras que entre los becarios remunerados dicho porcentaje ascendió a un 63%².

No es un secreto que los empleadores prefieren candidatos con experiencia previa. El informe de empleo de 2012 en los Estados Unidos refleja que el 75% de los empleadores prefiere candidatos con algún tipo de experiencia laboral previa y más del 90% prefieren contratar becarios 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% frente al 30%³.

Las grandes compañías de la industria de las comunicaciones, el espectáculo y la publicidad, donde la experiencia laboral y los logros son cualificaciones necesarias para tener un trabajo reclutan a un buen número de becarios; su presencia también es habitual en las pequeñas empresas en las que reclutándolos normalmente se busca ahorrar dinero a la vez que beneficiarse de la productividad de los estudiantes que contratan⁴.

¹ NELSON, M.: «Internships and federal law: Are interns employees?», *Employee Relations Law Journal*, Fall 2010, vol. 36 issue 2, pág. 42.

² NELSON, M.: «Internships and federal law...», *op. cit.*

³ LYONS, B.: «Interns are workers, too», *OECD Observer* 2013, *OECD Year Book*, 2013, pág. 32.

⁴ LYONS, B.: «Interns are workers...», *op. cit.*, pág. 33.

Se estima que en los Estados Unidos entre la mitad y un tercio de los becarios no son retribuidos, lo que significa que un 1,5 millones de becarios trabajan sin ningún tipo de remuneración⁵. Esta situación genera claros efectos negativos, principalmente un perjuicio económico para el becario, que para poder permitirse realizar prácticas en una gran empresa incurre, con frecuencia, en elevados gastos de transporte y vivienda, para lo cual tiene que tener un trabajo remunerado de carácter secundario⁶. Las desventajas son claramente mayores para los jóvenes menos acomodados; las familias acomodadas pueden sufragar el coste de la vida de los jóvenes durante dichos periodos, mientras que los menos acomodados tienen que solicitar préstamos para estudios que habrán de reembolsar. La deuda contraída por los jóvenes por dicho motivo era de media 26.500 dólares en 2011 (con un incremento del 5% respecto del año anterior), si bien su distribución no es uniforme entre los jóvenes ya que por un lado dos tercios de los estudiantes se gradúan con una deuda superior a la media, y únicamente un tercio de los mismos no tienen deuda alguna. A salvo de quienes tienen padres o terceras personas que sufragan el coste de la misma, el resto de los jóvenes tienen la urgencia de conseguir trabajos retribuidos para liquidar sus deudas, en vez de prácticas no remuneradas⁷.

La disparidad de situaciones descrita comporta a la vez que los más acomodados tendrán una mayor disponibilidad para realizar prácticas no remuneradas. En consecuencia, estos jóvenes 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.⁸.

Otro efecto adverso de las prácticas no retribuidas es la distorsión que producen en el mercado laboral a nivel global, y en particular en los Estados Unidos: al evitar la nueva contratación de personas, ha crecido el número de desempleados en el mercado de trabajo, produciéndose un incremento de la tasa de desempleo. La contratación de becarios no remunerados es muy fácil para los empresarios en momentos de crisis económica porque los estudiantes aspiran a tener una experiencia profesional que les proporcione una ventaja competitiva después de graduarse. La enorme oferta de becarios hace muy fácil su incorporación y provee a los empleadores de un flujo constante de trabajo gratuito, que ha logrado desplazar la contratación de trabajadores regulares⁹. Como consecuencia los becarios no tienen el poder para reclamar un salario mínimo pues si lo hacen sus empleadores contratarán alguien distinto a quien no tengan que retribuir¹⁰.

⁵ LYONS, B.: «Interns are workers...», *op. cit.*, pág. 34.

⁶ DURRANT, G.: «To benefit or not to benefit: Mutually induced consideration as a test for the legality of unpaid internships», *University of Pensilvania Law Review*, dec. 2013, vol. 162, issue 1, pág. 181.

⁷ DURRANT, G.: «To benefit or not to benefit...», *op. cit.*, pág. 182.

⁸ DURRANT, G.: «To benefit or not to benefit...», *op. cit.*

⁹ DURRANT, G.: «To benefit or not to benefit...», *op. cit.*, pág. 183.

¹⁰ DURRANT, G.: «To benefit or not to benefit...», *op. cit.*, pág. 181.

A pesar de todos los graves inconvenientes descritos, según fuentes de la Asociación Nacional de Universidades y Empleadores de los Estados Unidos, los programas de prácticas sin retribuir han crecido en los años de la recesión, incrementándose el porcentaje de estudiantes que han realizado prácticas no retribuidas del 17% en 1992 al 50% en 2008¹¹. Es difícil calcular el incremento exacto del número de becarios no retribuidos que se ha producido durante la crisis en los Estados Unidos pues el Departamento de Estadísticas Laborales no proporciona estadísticas al respecto¹². Existen motivos de diversa índole para justificar dicho incremento, entre ellos, la negociación de condiciones laborales entre los becarios y el empleador se torna especialmente complicada en un contexto de crisis en el que la tasa de jóvenes desempleados era un 8,8% en 2011; tal situación se dificulta por el hecho de que el 37,8% de los jóvenes empleados en 2011 desempeñaba un trabajo que no precisaba ser graduado. Cifras que se vuelven especialmente problemáticas puestas en relación con los más de 26.000 dólares de promedio de deuda por préstamo arrastrada por los graduados. En este contexto laboral los jóvenes americanos están dispuestos a hacer cualquier cosa para salir adelante, incluso trabajar gratis¹³.

A ello se añade la escasa vigilancia en esta materia por parte del Departamento de Empleo de los Estados Unidos, debida en parte a que las inspecciones se impulsan mediante denuncia. El problema radica en que los jóvenes tienen más estímulos para conservar sus prácticas no 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. Posiblemente también influirá la preocupación por las repercusiones personales de actuar como denunciantes¹⁴.

En resumen, la principal consecuencia negativa de las prácticas no retribuidas es que no proporcionan a quienes las realizan los mismos derechos que a los empleados pues los becarios, debido a su carácter no retribuido, no son considerados empleados conforme al título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1968, no encontrándose por tanto 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 trabajo¹⁵.

¹¹ BIRD, B.: «Preventing employer misclassification of student interns and trainees», *Cornell HR Review*, pág. 1.

¹² <http://usatoday30.usatoday.com/education/internship27>.

¹³ DURRANT, G.: «To benefit or not to benefit...», *op. cit.*, pág. 185.

¹⁴ DURRANT, G.: «To benefit or not to benefit...», *op. cit.*, pág. 186.

¹⁵ 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.

Para concluir, si bien los jóvenes becarios no retribuidos adquieren experiencia y hacen contactos que les facilitarán en el futuro un trabajo retribuido, sin embargo no todas las prácticas sin retribuir son legales, la mayor parte de los becarios en prácticas son en realidad verdaderos empleados que deberían ser compensados con el salario mínimo a nivel estatal o federal¹⁶. 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 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 se le permite 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 becarios), 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 privado tener becarios que al no ser remunerados son considerados como aprendices. Esta excepción habrá de ser bastante restrictiva y será de aplicación únicamente si el aprendiz reúne todos los criterios legales¹⁷ que se expondrán a continuación, en caso contrario habría de ser considerado un empleado.

2. MARCO JURÍDICO DE LAS PRÁCTICAS NO RETRIBUIDAS EN LOS ESTADOS UNIDOS

En los Estados Unidos, los empleadores no pueden eludir las exigencias sobre salario y tiempo de trabajo de la FLSA simplemente denominando a sus empleados «becarios» amparándose en que, como regla general, las personas que participan en programas de prácticas no se encuentran sometidas a la normativa federal sobre empleo. En los casos en que el denominado «becario» es en la realidad un empleado al que el empresario simplemente denomina de forma distinta, existiría una relación laboral encubierta, y el becario 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. Desgraciadamente, ninguna de las normas originarias sobre empleo en los Estados Unidos, ni en particular la FLSA ni tampoco las leyes sobre discriminación en el lugar de trabajo, proporcionan una distinción clara entre el estatus de empleado y el de becario 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 en la realidad dista mucho de ser una

¹⁶ SMITH, K. y HARRIS, M.: «Are your unpaid interns actually employees?», en línea en Wiley Online (wileyonlinelibrary.com), 2013, pág. 93; *vid. in extenso*, BIRD, B.: «Preventing employer...», *op. cit.*, págs. 1-9.

¹⁷ Véase nota anterior.

cuestión pacífica si el becario tiene una relación laboral, en la que se genere un derecho al salario mínimo y una retribución por horas extras, que en la mayor parte de las ocasiones dependerá de diversas circunstancias tales como de que los becarios estén de verdad recibiendo formación sin desplazar a los empleados habituales o de que su prestación de servicios proporcione o no beneficios inmediatos al empresario¹⁸.

El problema principal de orden práctico con el que se enfrentan los empleadores es si en aplicación de las FLSA, los becarios tienen o no derecho al salario mínimo y también a la retribución por horas extras. La respuesta se encuentra relacionada precisamente con la cuestión de si los individuos en prácticas son considerados como empleados conforme a la FLSA, en caso afirmativo esta norma exigiría que los empleadores abonasen a todos los empleados al menos el salario mínimo. Por tanto, el problema en realidad reside en clarificar si el becario 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, sería casi siempre su empleado y tendría derecho al salario mínimo y a la remuneración por horas extras. Al respecto, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos hace mucho tiempo (1947) declaró que el Congreso no pretendía con la FLSA que todas las personas que prestasen un servicio al empresario tuviesen derecho al pago del salario mínimo¹⁹. 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 la empresa *Portland* estaba obligada 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 formación. La empresa *Portland* no contrataba a quien no completase el programa de formación ofrecido. Una vez que los futuros ferroviarios completaban el programa inicial de formación, se les encomendaba trabajo en equipo. Para 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 periodo de formación. Después de examinar el ámbito y el propósito de la FLSA, el Tribunal Supremo concluyó que en *Walling contra Portland* los aprendices durante el periodo de formación no eran empleados, por lo que se refiere a los efectos de FLSA. Los razonamientos esgrimidos por el Tribunal Supremo fueron que los aprendices no suplían a los empleados habituales, ni tampoco la empresa *Portland* recibía una ventaja inmediata de ellos durante el periodo de formación; además la práctica demostraba que su actividad no 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.

¹⁸ NELSON, M.: «Internships and federal law...», *op. cit.*, pág. 42.

¹⁹ NELSON, M.: «Internships and federal law...», *op. cit.*, pág. 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 negarles cualquier tipo de retribución. El Tribunal Supremo razonó que aunque la FLSA es una norma bastante 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»²⁰. 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»²¹.

2.1. LA HOJA INFORMATIVA DEL DEPARTAMENTO DE EMPLEO DE LOS ESTADOS UNIDOS (INCONSISTENCIAS); SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES FEDERALES

Entretanto el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no dicte una sentencia que clarifique de modo definitivo la cuestión que nos ocupa, 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 becarios no remunerados²².

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 dirigida a los empresarios (en adelante, HI) para clarificar cuándo se considera que un becario no remunerado es un empleado y 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).

Los criterios que han de reunir las personas que participan en programas de prácticas para no ser considerados empleados conforme a lo establecido en la HI son los siguientes:

1. El periodo 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 becario durante el periodo de prácticas es para su beneficio.

²⁰ NELSON, M.: «Internships and federal law...», *op. cit.*, pág. 44.

²¹ Véase nota anterior.

²² BIRD, B.: «Preventing employer...», *op. cit.*

3. El becario no ha de desplazar a los empleados habituales.
4. Para el empleador que imparte la formación no ha de derivarse una ventaja inmediata de la actividad del becario; y, en ocasiones, debido a la impartición de la formación «sus actividades podrían verse obstaculizadas»²³.
5. El becario no tiene obligatoriamente derecho a un trabajo al final del periodo de prácticas.
6. El empleador y la persona en prácticas entienden mutuamente que este último no tiene derecho a salario por el periodo en el que realiza las prácticas²⁴.

Conforme a lo establecido en la HI si las prácticas realizadas no reúnen los criterios expuestos, habría que considerar que la persona que las realiza no es un becario sino un empleado. Los criterios contenidos en la HI se aplican solo a las empresas con ánimo de lucro; los becarios de las organizaciones no lucrativas son considerados voluntarios conforme a la FLSA y están en consecuencia excluidos de la aplicación de dicha norma²⁵.

Un importante aspecto del test de los seis criterios es que se trata de un test conjunto, es decir, el becario tiene que reunir todos y cada uno de los criterios para que no sea clasificado como empleado. Conforme a la literalidad de la HI en la que se reflejan los seis criterios, la carga de la prueba de si el becario reúne o no los criterios se sitúa sobre el empleador. La HI establece literalmente que «los periodos de prácticas en el sector privado lucrativo la mayor parte de las veces son considerados como empleo, a no ser que los aprendices cumplan los seis criterios descritos»²⁶. Ello significa que los periodos 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 expuestos²⁷.

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 periodo de prácticas en torno a un aula o una experiencia académica en contraposición a la actividad corriente del empresario, es más probable que el periodo 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)»²⁸.

²³ DURRANT, G.: «To benefit or not to benefit...», pág. 176; NELSON, M.: «Internships and federal law...», *op. cit.*, pág. 45.

²⁴ DURRANT, G.: «To benefit or not to benefit...», *op. cit.*, *ibidem*.

²⁵ Véase nota 24.

²⁶ Véase nota 24.

²⁷ Véase nota 24.

²⁸ Véase nota 24.

2.1.1. Carencias de la Hoja Informativa del Departamento de Empleo

La HI ha sido objeto de diversas críticas, entre ellas²⁹:

1) *El criterio educativo*

El criterio sobre la legalidad de las prácticas cuando el becario recibe créditos de la universidad dista mucho de la realidad. La HI señala que con frecuencia las prácticas no retribuidas cuando una institución universitaria ejerce su supervisión y los estudiantes reciben créditos académicos son consideradas habitualmente una extensión de la experiencia académica del individuo y por tanto son legales. Sin embargo, un estudiante en prácticas puede recibir créditos de su universidad y a pesar de ello que su trabajo en la realidad no se realice en un entorno académico, sino laboral, y por tanto no sea un becario sino un empleado conforme a lo preceptuado por la FLSA. Así sucede, por ejemplo, en situaciones bastante frecuentes en las que el becario recibe créditos pero su trabajo consiste simplemente en hacer recados personales a un editor, preparar comida, organizar viajes, etc. Una interpretación literal de la HI podría presuponer erróneamente que la recepción de créditos de una institución universitaria es suficiente para convertir en legales unas prácticas no remuneradas cuando no lo son, en tal caso el empleador estaría obteniendo un beneficio del becario cuando el cuarto criterio del test exige que el empleador no obtenga una ventaja inmediata; por tanto dicha presunción es incorrecta³⁰. Insistimos, trabajar en un entorno educativo y recibir créditos académicos no son lo mismo, un estudiante puede recibir créditos de su universidad y sin embargo trabajar en un ambiente que se aleje mucho de lo académico y consista solamente en realizar encargos personales a sus supervisores³¹.

2) *La ausencia de una ventaja inmediata para el empresario*

El cuarto criterio exige que el empleador no reciba una «ventaja inmediata» del becario; la utilización de la expresión «ventaja inmediata» resulta problemática, porque podría entenderse que está justificada la falta de remuneración del becario cuando la ventaja que provea al empleador sea a largo plazo. Una ventaja a largo plazo para el empresario podría consistir en la mejora de su imagen de cara a los clientes, la comunidad y la universidad. La distinción entre ventaja inmediata y futura es un tanto artificiosa, ya que en ambos escenarios se incrementarían los beneficios finales del empleador; el criterio de la ausencia «ventaja inmediata» estaría ignorando los importantes beneficios que, de forma diferida, proporcionarían los becarios a los empleadores.

²⁹ DURRANT, G.: «To benefit or not to benefit...», *op. cit.*, pág. 177.

³⁰ DURRANT, G.: «To benefit or not to benefit...», *op. cit.*, *ibidem*; NELSON, M.: «Internships and federal law...», *ibidem* y BIRD, B.: «Preventing employer...», *op. cit.*, pág. 3.

³¹ DURRANT, G.: «To benefit or not to benefit...», *op. cit.*, *ibidem* y NELSON, M.: «Internships and federal law...», *op. cit.*, *ibidem*.

En conclusión, el test de la HI resulta excesivamente complejo, ya que cada criterio por sí solo sería insuficiente, por ser todos ellos complementarios, como se ha señalado, para dilucidar una cuestión más general acerca de si la relación comporta beneficios mutuos³².

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

La HI aplicada por el Departamento de Empleo dirigida como recomendación al sector privado no es vinculante para los tribunales de los estados, por tanto los criterios en ella enunciados son solamente medidas discrecionales a las que los tribunales federales pueden adherirse en sus resoluciones. Se ha producido disparidad de argumentos en las resoluciones de los tribunales de los diferentes estados, lo que conlleva que los criterios propios que al respecto cada uno de ellos va instituyendo rijan únicamente en la jurisdicción en la que el respectivo tribunal se encuentra en tanto no exista un pronunciamiento definitivo del Tribunal Supremo³³.

2.1.2. Similitudes con España: Límites entre la beca y el contrato de trabajo en nuestra jurisprudencia

En España, tanto el Tribunal Supremo como los Tribunales Superiores de Justicia han entrado a valorar el deslinde entre la beca y el contrato de trabajo. Realizaremos un breve repaso a nuestra jurisprudencia para definir los límites, no siempre nítidamente dibujados, entre la beca y el contrato de trabajo. Como se verá a continuación los criterios acuñados por nuestros tribunales guardan estrecha similitud con los analizados procedentes del derecho de los Estados Unidos, contenido en la FLSA y en la HI del Departamento de Empleo.

1. El rasgo diferencial de la beca y el contrato de trabajo es la *finalidad primaria de la beca de facilitar el estudio y la formación del becario* y no la de apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio propio.
2. *El beneficio propio para el becario es la finalidad primordial de la beca mientras que no debe existir un beneficio neto empresarial.* No basta con que la beca ayude a formar, sino que esa ha de ser la finalidad por la que se concede (y no la de que el becario atienda unos servicios), como lo revela el hecho de que existan contratos de trabajo de carácter formativo³⁴. Cuando la concesión de la beca requiere con-

³² Véase nota 24.

³³ BIRD, B.: «Preventing employer...», *op. cit.*, pág. 4.

³⁴ STSJ de Madrid, núm. 471/2004, de 12 de julio.

tar con los conocimientos necesarios para el ejercicio de la actividad becada, sin que ese desempeño aporte perfeccionamiento o ampliación de los conocimientos, desaparece la actividad formativa³⁵. La pérdida del interés formativo inicial y el incremento del provecho empresarial convertiría a la beca en relación laboral³⁶.

3. Como se ha señalado, *no debe existir un beneficio neto empresarial*, la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en la formación profesional. Aquel que concede la beca y la hace efectiva no puede confundirse nunca con la condición propia del empresario ya que *no incorpora el trabajo del becario a su patrimonio*.
4. *Las tareas que debe cumplir el becario no las realiza en línea de contraprestación*, sino de aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que la beca representa, por lo que con esta se materializa un compromiso que adquiere el becario y que no desvirtúa la naturaleza extralaboral de la relación existente³⁷.
5. *La confusión con el personal de la empresa es indicio de laboralidad*. Se produce un uso fraudulento cuando en ausencia de becarios la actividad requiriese la contratación de trabajadores para el desarrollo de esas tareas³⁸ o cuando se proceda *a posteriori* a la contratación de una persona que desempeñe las mismas tareas que realizaba el becario. También existiría un uso fraudulento por sustitución de los trabajadores en periodo de vacaciones³⁹. Asimismo sería fraudulento cuando mediante la beca se sustituye personal propio⁴⁰.
6. *Es indicio de laboralidad la existencia de una verdadera retribución*. El percibo de retribución con independencia del desarrollo de un concreto proyecto formativo o vinculación a un centro educativo constituiría indicio de laboralidad.

Se trata de una ayuda económica que la empresa concede a título gratuito con el fin de facilitar la realización de unos estudios, sin que el becario venga obligado a la realización de servicios o actividades a favor del concedente.

La contraprestación económica compensa los gastos generados por la actividad formativa o, incluso, la falta de ingresos que conlleva tal dedicación. Las ayudas económicas recibidas por el becario deben considerarse como compensación de gastos.

³⁵ STSJ de Cataluña de 6 de abril de 2000 (rec. núm. 2871/1999).

³⁶ STSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2005 (rec. núm. 3563/2005).

³⁷ [STS de 22 de noviembre de 2005 \(RCUD 4752/2004\)](#).

³⁸ STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2000 (st. núm. 7892/2000, rec. núm. 3175/2000).

³⁹ [STSJ del País Vasco de 2 de julio de 2007 \(rec. núm. 1103/2007\)](#).

⁴⁰ [STS de 22 de noviembre de 2005 \(RCUD 4752/2004\)](#), seguida por [STS de 4 de abril de 2006 \(RCUD 856/2005\)](#).

7. Es indicio de laboralidad *la inexistencia de asistencia, ayuda, control o supervisión de las tareas formativas.*

Resulta indiciaria la no designación de tutor («al no tener Tutor, eran las que les indicaba la empresa en cuyo ámbito de dirección y organización realizaban sus servicios profesionales sin que nadie les ayudara en su formación personal profesional») ⁴¹; también el desconocimiento del tutor aunque se hubiera designado; y la falta de coordinación entre el tutor académico y tutor de la empresa; así como la ausencia de plan formativo.

No existe beca real, sino relación laboral, cuando se carece de tutor o supervisor de su trabajo, organizándose el becario autónomamente su trabajo, en cuanto a horarios, libranzas, etc.

2.2. UN CAMBIO DE RUMBO EN EL CASO DEL «CISNE NEGRO» CONTRA LA FOX

Hasta julio de 2015, la HI dirigida a los empresarios fue la fuente legal más autorizada para determinar si los becarios habían de considerarse empleados, sin embargo su viabilidad se puso en entredicho en tal fecha cuando la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito emitió una nueva decisión en *Glatt vs. Fox Searchlight*. Ya anteriormente otros tribunales federales adoptaron criterios distintos a los propugnados en la HI (los del Cuarto, Sexto y Décimo Circuito), pero fue entonces la primera vez que un tribunal federal de apelación dictaminó sobre las prácticas sin retribución y lo hizo en contra de las pretensiones de los demandantes.

A partir del año 2011, se plantearon ante los tribunales un número creciente de reclamaciones de becarios del sector privado motivadas en buena parte por su insatisfacción ante la falta de valor de su trabajo y la carencia de una remuneración ⁴². En dichas reclamaciones se cuestionó la aplicabilidad de la excepción de los aprendices a los becarios. En concreto en 2012 se realizaron dos reclamaciones muy importantes contra dos grandes empresas; la primera, en la que más de 100 becarios 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 haberles negado a los becarios que habían colaborado en el rodaje de dicha película los beneficios que la ley les otorga a los empleados. Asimismo, Diana Wang, una exbecaria, y los ocho becarios a su cargo, demandaron a la Corporación Hearst en febrero de 2012, reclamando que el

⁴¹ STSJ de Madrid de 9 de julio de 2014 (rec. núm. 116/2014).

⁴² DEHASS, J.: «It could be payback time», *Maclean's*, 14 de febrero de 2011, vol. 124 Issue 5, págs. 58-59; CHATZY, J. y McGRATH, M.: «The Great American Swindle», *Newsweek*, 28 de noviembre de 2011, vol. 158 Issue, pág. 22; BAER, H.: «Xuedan Wang, on behalf of herself and all others similarly 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.

tratamiento que les daba la empresa infringía las leyes estatales y federales. Diana Wang reclamó la retribución de 5 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 becarios proliferaron en estos años tras sus frustrantes experiencias⁴³.

Volviendo al caso del «Cisne Negro», en su demanda, Glatt y su codemandante Footman alegaron que durante 2009 y 2010 habían trabajado 40 horas por semana como becarios; su trabajo consistió en realizar tareas domésticas como responder al teléfono, cursar peticiones de comidas, organizar viajes a sus compañeros, sacar la basura o montar los muebles de la oficina, en definitiva, realizar tareas idénticas al resto de los empleados, sin percibir una compensación económica por ello ni tampoco formación similar a la que se impartiría en una institución educativa. En tales circunstancias, de su prestación de servicios, en opinión de los becarios, se derivó para la empresa Fox Searchlight «una ventaja inmediata», con base en la cual, y en la inexistencia de formación (dos de los criterios incluidos en la HI del Departamento de Empleo), los becarios argumentaron ante el tribunal que su situación era contraria a los criterios del Departamento de Empleo. En contraposición, la empresa Fox Searchlight y su socio Fox Entertainment Group, solicitaron del tribunal que no considerase el test de los seis criterios del Departamento de Empleo por entender que era excesivamente rígido y que simplemente valorase si el empleador era el principal beneficiario de la relación o bien lo era el becario. La empresa argumentó al tribunal como criterio para decidir si, después de revisada la totalidad de las circunstancias, los beneficios que obtuvo el becario eran mayores que los de la empresa, en cuyo caso era correcto considerar la situación del becario como una excepción a las obligaciones retributivas de la FLSA. Finalmente en junio de 2013 el Juez Pauley rechazó los criterios sugeridos por la empresa, por considerar que la determinación de quién era el beneficiario principal de la relación constituía un criterio excesivamente subjetivo y poco predecible, conforme al que un empresario nunca podría saber de antemano si está obligado a pagar a sus becarios. El Juez Pauley concluyó que los becarios en el «Cisne Negro» fueron empleados que realizaron un trabajo regular que proporcionó una ventaja inmediata al empresario, desarrollado tareas de perfil bajo sin requerir una formación especializada y por tanto debieron ser retribuidos⁴⁴.

⁴³ DURRANT, G.: «To benefit or not to benefit...», *op. cit.*, pág. 171; BIRD, B.: «Preventing employer...», *op. cit.*, pág. 1; SWANTON, M.: «Unpaid internships pose a litigation risk for employers», *Inside Counsel* (formerly *Corporate legal Times*), *Legal News*, Lexis Nexis, abril 2013; DANINHIRSCH, 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; BISHOP, S.: «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.

⁴⁴ *Legal News*, Lexis Nexis, *Lawsuits over unpaid internships took Root in 2013*.

El fallo inicial en 2013 de la demanda dirigida contra la Fox, cuya resolución fue favorable a los becarios, fue considerado en su momento como el veredicto judicial que pondría fin a las prácticas no remuneradas. Fue recibido como un triunfo importante para el colectivo afectado, considerando que podría determinar en el futuro la ilegalidad de muchas de las prácticas no remuneradas. A raíz de esta primera sentencia sobre el «Cisne Negro» favorable a los reclamantes, muchos exbecarios demandaron a empresas como Atlantic Records, Gawker y su editor, Nick Denton, Condé Nast y Nickelodeon. Gracias a ello, en la actualidad, los principales estudios cinematográficos de Hollywood y también algunas empresas de comunicación remuneran a sus becarios; y otras los han convertido en empleados. Pero el nuevo fallo sobre el «Cisne Negro» de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en julio de 2015 contrario a las demandas de los becarios ha hecho temer a los defensores del carácter retribuido de las prácticas que el asunto cambiase de rumbo⁴⁵.

Los jueces de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito el 2 de julio de 2015 declararon, entre otras cosas, que una práctica no retribuida podría ser legal, aun cuando el becario no reúna los seis criterios tradicionales de la HI, si las prácticas están vinculadas a la obtención de créditos de enseñanza reglada y contribuyen a que el estudiante cumpla con sus compromisos académicos.

En la apelación los magistrados hicieron suyos los argumentos de la empresa e interpretaron que la correcta cuestión a determinar es, sobre todo, quién es el beneficiario principal de la relación, sin tomar en consideración el principio legal y ético de que el trabajo ha de ser retribuido. Los jueces subrayaron que las prácticas podían ser legales únicamente por el hecho de ser supervisadas por las instituciones universitarias a las que pertenecen los becarios. Pero la cuestión es que en el pasado esas mismas instituciones fueron cómplices del *boom* de las prácticas ilegales al ignorar los abusos de que eran objeto los becarios cuando trabajaban sin remuneración para obtener los créditos académicos necesarios para graduarse.

La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito rechazó el test de los seis criterios anteriormente descritos de la HI y denegó la calificación de empleados a los becarios que habían prestado servicios en la película *El cisne negro*. La Corte de Apelaciones adoptó como criterio para apoyar su resolución considerar quién es el beneficiario principal de la relación para delimitar si el becario debe ser calificado o no como empleado. Para discernir tal circunstancia se ponderó por parte del tribunal de apelación la importancia de hechos como los siguientes:

1. Si el empresario y becario, entienden claramente que no hay ninguna expectativa de compensación.

⁴⁵ <https://www.insidehighered.com/news/2015/07/16/new-court-ruling-slows-momentum-lawsuits-challenging-unpaid-internships>; <http://www.unpaidinternslawsuit.com/images/documents/Unpaid-Interns-Special-Report-BNA.pdf>; <http://www.forbes.com/sites/susanadams/2015/07/07/why-the-second-circuit-made-a-flawed-decision-in-upholding-unpaid-internships/>

2. Si existiese una promesa de compensación expresa o implícita, supondría que el becario es un empleado.
3. Si las prácticas ofrecen una capacitación similar a la que se le daría al becario en un entorno educativo.
4. Si las prácticas se vinculan a un programa reglado de formación que conlleva la obtención de créditos académicos o compromisos académicos sujetos a un calendario.
5. Si la duración del programa de prácticas se limita al tiempo en que el becario está recibiendo beneficios educativos significativos.
6. Si las tareas que realiza el becario complementan en lugar de desplazar el trabajo hecho por los trabajadores de la empresa.
7. Si el becario y el empresario entienden que las prácticas se desarrollan sin que den derecho a trabajo remunerado cuando finalicen⁴⁶.

Al igual que el Segundo Circuito, otros circuitos, como el Cuarto y el Sexto asumieron en sus resoluciones el criterio de quién es el principal beneficiario de la relación, si el empresario o el becario. Por su parte los tribunales del Quinto Circuito (Louisiana, Missisipi y Texas) aplican un test conjunto que considera la totalidad de los criterios contenidos en la HI⁴⁷; el test de «todo o nada» propugna que el becario 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 es un aprendiz, no un empleado, conforme a lo establecido por la FLSA. Por su parte, el denominado 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 en la interpretación y aplicación de los criterios contenidos en el HI para determinar si el becario o aprendiz ha de ser considerado empleado⁴⁸.

A raíz de la nueva resolución sobre el «Cisne Negro» de 2 de julio de 2015 han proliferado las valoraciones al respecto. Para algunos, esta nueva resolución del Segundo Circuito podría allanar el camino para que los empresarios realicen acuerdos con instituciones educativas, para que los becarios reciban como contraprestación créditos académicos en lugar de una retribución, perpetuando así un sistema que abusa del trabajo de los estudiantes, favorece privilegios y burla el principio básico de la FLSA por el cual las personas que trabajan merecen que se les pague por lo menos un salario mínimo⁴⁹. Algunas firmas legales importantes (como Outten and Gol-

⁴⁶ <https://www.insidehighered.com/news/2015/07/16/new-court-ruling-slows-momentum-lawsuits-challenging-unpaid-internships>

⁴⁷ NELSON, M.: «Internships and federal law...», *op. cit.*, pág. 45; DURRANT, G.: «To benefit or not to benefit...», *op. cit.*, pág. 176.

⁴⁸ BIRD, B.: «Preventing employer...», *op. cit.*, *ibidem*; NELSON, M.: «Internships and federal law...», *op. cit.*, *ibidem*.

⁴⁹ <https://www.insidehighered.com/news/2015/07/16/new-court-ruling-slows-momentum-lawsuits-challenging-unpaid-internships>.

den de Nueva York o Williams y Davidson de Filadelfia) han resaltado que los nuevos criterios sostenidos por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito facilitan que los empresarios utilicen becarios sin retribuirles; además el criterio sostenido por el tribunal de apelación dificulta que este tipo de reclamaciones se conviertan en acciones colectivas por considerar el tribunal de apelación que identificar si un becario es un empleado es una cuestión extraordinariamente individual. En opinión de los asesores legales, los empresarios que estén bajo la jurisdicción del Segundo Circuito tendrán la certeza de que si utilizan becarios no retribuidos en el marco de un programa educativo no tienen que temer ninguna responsabilidad. Por el contrario, si las prácticas no son retribuidas y tampoco están conectadas con un proyecto académico reglado que proporcione beneficios académicos significativos, y además los estudiantes realizan tareas idénticas a los empleados, dichas prácticas beneficiarán de forma primordial al empresario y en consecuencia habrán de considerarse una relación laboral.

El siguiente paso a seguir en el caso sobre el «Cisne Negro» es someter por decisión de los demandantes la cuestión al Segundo Circuito en pleno (no solo a un panel de tres jueces como en la anterior resolución) y, finalmente, incluso llegar ante el Tribunal Supremo, que no ha emitido un fallo sobre una cuestión similar desde 1947. En definitiva, para los becarios del «Cisne Negro», la batalla está lejos de terminar.

3. SUGERENCIAS A LOS EMPRESARIOS DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA SER INCORPORADAS EN LOS PROGRAMAS DE PRÁCTICAS

Entretanto se produzca una resolución del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que en última instancia tiene la última palabra sobre el futuro de los becarios en el sector privado, a modo de conclusión se reflejan a continuación algunas recomendaciones para los empresarios para ser plasmadas en los programas de prácticas que realicen en sus empresas; recomendaciones dirigidas a evitar que dichos programas supongan un incumplimiento de la FSLA y las leyes federales sobre salarios y tiempo de trabajo⁵⁰.

1. La figura central del programa de prácticas debe ser la persona del estudiante o recién graduado que lo realiza.
2. El componente esencial del programa de prácticas ha de ser la formación de las personas que lo realizan.
3. Es recomendable asignar supervisores internos a los becarios.
4. Es positivo identificar un coordinador del programa de prácticas.

⁵⁰ NELSON, M.: «Internships and federal law...», *op. cit.*, pág. 171.

5. Es útil crear materiales específicos para los becarios que cursan el programa de prácticas.
6. Es beneficioso que la empresa y los participantes en el programa de prácticas firmen un compromiso escrito en el que se explicita el tipo de compromiso que ambos asumen (duración, ausencia de retribución, si existe compromiso de contratación futura).
7. Es beneficioso que el proceso de selección de los becarios sea transparente y que en él se enfatice el carácter de aprendizaje que tienen las prácticas.
8. Como resumen...

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 becario; 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 becario no necesariamente tiene derecho a un trabajo al finalizar el periodo de prácticas. Ambos deben entender que a la finalización de las prácticas, el becario 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 conveniente que el programa se realizase en colaboración con una institución educativa.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0