

## **BASES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES PARA EL DERECHO A UNA OCUPACIÓN EFECTIVA**

---

*Rafael Sastre Ibarreche*<sup>1\*</sup>

**Sumario:** 1 Consideraciones previas; 2 Reconocimiento legal; 3 Fundamentación teórica: 3.1 El derecho al trabajo; 3.2 Dignidad y profesionalidad del trabajador. Promoción a través del trabajo; 4 Algunos problemas en su articulación jurídica; 5 Mecanismos de garantía del derecho

Las páginas siguientes tienen como objetivo mostrar al lector brasileño el anclaje legal y reglamentario, así como su recepción jurisprudencial, del derecho a la ocupación efectiva *-ocupação efetiva-* dentro del ordenamiento jurídico español. Naturalmente, no se ignora en este momento que tal derecho posee también un debido reconocimiento en el ordenamiento brasileño; sucede, sin embargo, que dicho reconocimiento se presenta con matices distintos en ambas experiencias jurídicas<sup>2</sup>. Pues bien, lo que se pretende aquí es una aproximación a los fundamentos de este derecho en un sistema como el español que, aparte de las bases constitucionales, cuenta con una plasmación legal expresa del mismo, así como con una cierta práctica jurisprudencial, recientemente revigorizada, por ejemplo, en el marco de la relación laboral especial de los deportistas profesionales o en relación a alguno de los comportamientos constitutivos de acoso laboral, en particular el mantenimiento arbitrario del trabajador en situación de inactividad (*colocação na prateleira*).

---

<sup>1</sup> \*Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca (España)

<sup>2</sup> Como bien se ha señalado, “no contexto brasileiro, embora não exista uma norma específica quanto ao direito à ocupação efetiva, o dever do empregador de proporcionar trabalho ao empregado é amplamente reconhecido no campo doutrinário como jurisprudencial”: M<sup>a</sup>.H. FONSECA, **Direito ao trabalho**: um direito fundamental no Ordenamento jurídico brasileiro, São Paulo, LTr, 2009, p. 192.

## 1 Consideraciones previas

El análisis del derecho a un trabajo efectivo y adecuado puede presentar facetas variadas dependiendo de la concreta realidad que se considere. En efecto, podría pensarse, en primer lugar, en el papel desempeñado por los distintos sujetos que, en nuestro sistema de relaciones laborales, contribuyen a facilitar el encuentro entre demandantes y oferentes de empleo, esto es, servicios públicos de colocación y agencias de colocación, con o sin fines lucrativos. O, también, en el juego de los sistemas de clasificación profesional y la concreta traducción del carácter adecuado de la prestación laboral. Incluso, podrían verse implicados los artículos 213. 1 de la Ley General de la Seguridad Social y 25.4 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, al tipificar este último, como infracción grave del beneficiario de una prestación por desempleo, el rechazo injustificado a una oferta de empleo adecuada. Finalmente, cabría traer a colación las consecuencias que el reconocimiento del artículo 25.2 de la Constitución de 1978 -CE en lo sucesivo- ha generado por lo que al derecho al trabajo de los penados se refiere (Sentencias del Tribunal Constitucional 172/89, 19 de octubre, y 17/93, 18 de enero)<sup>3</sup>. Las líneas que siguen, sin embargo, van a centrarse en el estudio del derecho a la ocupación efectiva proclamado en el artículo 4.2, a) del Estatuto de los Trabajadores de 1995 -ET a partir de ahora-, por entender que se trata del campo que mejor se corresponde con el enunciado de este tema<sup>4</sup>.

En efecto, el derecho a la ocupación efectiva del trabajador, que este último precepto recoge, ha sido considerado como la manifestación más destacada del derecho constitucional al trabajo en la fase de desarrollo de la relación laboral. Una vez desechadas caducas soluciones, que remitían el diseño de la exigencia a una ocupación efectiva a la figura de la *mora credendi*, la fundamentación de esta categoría aparece hoy más bien ligada a una diversidad de bases teóricas, tales como el reconocimiento del derecho al trabajo, de la dignidad personal y de la promoción a través del trabajo, que cuentan con un claro soporte constitucional.

Partiendo del desigual juego de cada una de ellas, conviene, sin embargo, no descartar de antemano ninguna de dichas fundamentaciones.

<sup>3</sup> Dicho precepto constitucional dispone que, durante el cumplimiento de la misma, el condenado a pena de prisión tendrá, en todo caso, “derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social”.

<sup>4</sup> A su tenor se establece que, “en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho...a la ocupación efectiva”.

Así, de modo conjunto, los pilares constitucionales sustentadores del derecho a la ocupación efectiva se hallarían en la defensa de la dignidad personal del trabajador, en su derecho a la promoción a través del trabajo y en el propio derecho al trabajo (artículos 10.1 y 35.1 CE)<sup>5</sup>. En concreto, el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo vendría a reforzar el fundamento de una construcción de la figura de la ocupación efectiva, de modo que ésta llegaría a convertirse en presupuesto existencial de aquél, vaciándole de contenido y operatividad una hipotética vulneración de la misma. Si el derecho al trabajo supone algo más que la traducción concreta de una política de empleo, parece lógico pensar que el acceso a un puesto de trabajo implique, conjuntamente, la pretensión de desarrollar con normalidad las tareas inherentes al mismo y, de forma fundamental, la efectiva prestación de servicios. Esta afirmación conlleva reconocer la eficacia del derecho entre particulares y su proyección en la concreta relación de trabajo.

Debe apuntarse, para concluir estas iniciales reflexiones, que el derecho a la ocupación efectiva ha sido objeto de una especial atención de un tiempo a esta parte por lo que se refiere a dos singulares situaciones, como líneas atrás se indicó. La primera, en el marco del acoso laboral frente al trabajador, apunta a considerar que la privación de aquel derecho precisamente se configura como una de las conductas constitutivas del hostigamiento. La segunda, tiene que ver con un importante aumento de la litigiosidad vinculada a presuntas lesiones del derecho alegadas por parte de deportistas profesionales y de la cual se han hecho eco, en no pocas ocasiones, los medios de comunicación generalistas.

## 2 Reconocimiento legal

Como acaba de indicarse, dentro del concreto ámbito del desenvolvimiento de la relación laboral, el derecho a la ocupación efectiva del trabajador ha sido señalado como el corolario más relevante del derecho constitucional al trabajo. En el plano conceptual, se ha observado que la ocupación efectiva forma parte de los presupuestos, la causa y el objeto del

---

<sup>5</sup> Art. 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Art. 35.1: “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

contrato de trabajo; sucede, sin embargo y a diferencia de otros derechos laborales, que la legislación laboral no le asigna un contenido específico. A pesar de ello, “genera para el empresario todas aquellas obligaciones de hacer y no hacer que sean necesarias para su satisfacción: adscripción del trabajador a puesto concreto, dirección efectiva del trabajo, proporción de la información, los útiles y los medios necesarios para la prestación de servicios, y eliminación de eventuales obstáculos o impedimentos para su realización efectiva”<sup>6</sup>.

El reconocimiento legal de este derecho a la ocupación efectiva -del cual se ha dicho que presenta unos perfiles paradójicos, al concretarse en el derecho del trabajador a exigir que se le exija su propia prestación<sup>7</sup>- aparece genéricamente plasmado en el artículo 4.2, a) ET. Precisamente, el artículo 4 ET comporta una proyección al plano de la legalidad ordinaria del reconocimiento de determinados derechos constitucionales. La estructura formal del precepto parece consagrar una clara distinción que coincide con los dos apartados en que se divide la norma: los derechos formulados en el apartado primero, en general, poseen una regulación a través de una normativa específica, y aparecen reconocidos en la Constitución, reconocimiento que se efectúa, en ocasiones, en favor de todos los ciudadanos, no únicamente de los trabajadores. Así, la letra a) viene a reflejar los primeros incisos del artículo 35.1 CE, como es notorio. Por contra, los derechos enumerados en el apartado segundo constituyen más bien una derivación directa e inmediata de la relación de trabajo, siendo únicamente accionables contra el empresario y a partir de la formalización de la relación laboral.

Con carácter particular, el artículo 7.4 del Real Decreto 1006/1985, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, y el artículo 6.3 del Real Decreto 1435/1985, regulador de la también relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos, recogen, asimismo, una similar mención<sup>8</sup>. Por otro lado, y pese a la

<sup>6</sup> A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, **Derecho del Trabajo**, 20ª ed., Madrid, Tecnos, 2011, p. 682.

<sup>7</sup> “Não basta o simples pagamento de salários. O empregado não deve ficar aguardando indefinidamente que os serviços lhe sejam determinados. O empregador tem a obrigação de lhe propiciar que os trabalhos, de fato, sejam executados”: F. FERREIRA JORGE NETO e J. DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE, *Direito do Trabalho*, 4ª ed., tomo I, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 490. El aspecto paradójico fue resaltado, en la doctrina española, por M. ALONSO OLEA y M<sup>a</sup>.E. CASAS BAAMONDE, **Derecho del Trabajo**, 19ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 379.

<sup>8</sup> Art. 7.4 RD 1006/1985, 26 de junio: “Los deportistas profesionales tienen derecho a la ocupación efectiva, no pudiendo, salvo en caso de sanción o lesión, ser excluidos de los entrenamientos y demás actividades instrumentales o preparatorias para el ejercicio de la actividad deportiva”.

ausencia de previsión normativa expresa en el Real Decreto 1438/1985, cabe compartir la afirmación de que, en el caso de los mediadores mercantiles dependientes, nos encontramos ante la relación laboral “donde mayores materializaciones y manifestaciones se contienen del derecho”, distinguiéndose entre ciertas obligaciones instrumentales para la prestación efectiva de los servicios y otras dirigidas a la consolidación de dicha prestación<sup>9</sup>. Adicionalmente, no puede dejar de señalarse cómo la ausencia de ocupación real afectaría gravemente al núcleo esencial de determinadas modalidades contractuales, como es el caso del contrato en prácticas y del contrato para la formación. Así parece desprenderse del artículo 11.1, a) ET, en el primer caso<sup>10</sup>, y de los artículos 11.2, f) ET y 8.1 del Real Decreto 488/1998, 27 de marzo, por lo que a la segunda de las citadas modalidades contractuales se refiere<sup>11</sup>.

La primera nota característica que cabe subrayar respecto de la normativa citada estriba en la mayor amplitud con que se reconoce el derecho, frente a lo que sucedía en la legislación anterior. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1988, “el derecho del trabajador a la ocupación efectiva y el correlativo deber empresarial de proporcionar dicha ocupación, deducible del artículo 4.2, a) del Estatuto de los Trabajadores, no encuentra en la citada norma los límites que fijaba la legislación precedente -artículo 75.2 de la Ley de Contrato de Trabajo-, situados en que la falta de aquélla no perjudicare considerablemente la formación o perfeccionamiento del trabajador afectado. Significa lo expuesto que los indicados derecho y deber presentan en la legalidad vigente un valor absoluto”. Otras resoluciones, como las Sentencias de 4 de julio de 1988 y 7 de marzo de 1990- insisten también en la caracterización del derecho como absoluto y esencial. En efecto, el artículo 75.2 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 disponía que “el empresario está

---

Art. 6.3 RD 1435/1985, 1 de agosto: “Los artistas contratados para la participación en espectáculos públicos tienen derecho a la ocupación efectiva, no pudiendo, salvo en caso de sanción, ser excluidos de los ensayos ni demás actividades preparatorias para el ejercicio de su respectiva actividad artística”.

<sup>9</sup> A. GUANCHE MARRERO, *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*. Madrid, Civitas, 1993, pp. 81-83.

<sup>10</sup> “El puesto de trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados”.

<sup>11</sup> Art. 11.2, f): “El trabajo efectivo que preste el trabajador en la empresa deberá estar relacionado con las tareas propias del nivel ocupacional, oficio o puesto de trabajo objeto del contrato”.

Art. 8.1: “El empresario estará obligado a proporcionar al trabajador la formación y el trabajo efectivo adecuado al objeto del contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 11, apartado 2, párrafo f), del Estatuto de los Trabajadores”.

obligado... a darle al trabajador ocupación efectiva cuando el no dársela perjudicare considerablemente su formación o perfeccionamiento profesional”, añadiendo que, “no obstante, el empresario podrá justificar el incumplimiento de este deber por motivos ocasionales e importantes”. Se trataba de una configuración extremadamente restrictiva, que condicionaba el derecho a través de dos tipos de criterios: primero, limitando su efectividad a los casos de posible daño considerable a la formación o perfeccionamiento profesional del trabajador y, en segundo lugar, permitiendo su incumplimiento si existieran motivos ocasionales e importantes concretados por el legislador.

El ET refleja, así, un avance en la regulación del derecho a la ocupación efectiva, avance que se concretaría en un triple aspecto<sup>12</sup>:

1º) convirtiendo la ocupación en un derecho del trabajador, lo que refleja la intención del legislador de destacar el lado activo de la relación;

2º) superando las limitaciones establecidas por la Ley de 1944 y posibilitando, de esta forma, su invocación, con independencia de la categoría profesional o el tipo de trabajo, y una interpretación más amplia;

3º) asimismo, la falta de mención de esas limitaciones demuestra la voluntad legal de conseguir que la realización efectiva del trabajo acompañe siempre a la relación laboral.

El incumplimiento de este deber empresarial, que no se halla condicionado a la previa solicitud del trabajador -Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Castilla y León, de 10 de noviembre de 2010-, sólo podrá justificarse, así, por la concurrencia de probados motivos excepcionales que, de manera temporal, no permitan proporcionar esa ocupación efectiva. Un primer supuesto aparece contemplado en el artículo 45.1 ET, que alude, entre otras causas de suspensión del contrato, a “la fuerza mayor temporal” y a “las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”; consecuentemente -artículo 45.2-, la suspensión exonerará “de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”.

Igualmente, la jurisprudencia admite que, cuando el trabajador se niegue sin razón justificada a que la empresa comunique su alta en la Seguridad Social, no existe obligación de dar ocupación efectiva. En tercer lugar, cabe mencionar los paros técnicos de permanencia temporal del trabajador en situación de inactividad retribuida por circunstancias

<sup>12</sup> J. MATÍA PRIM, «Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva», en AA.VV., **Lecciones de Derecho del trabajo en homenaje a los profs. Bayón Chacón y Del Peso y Calvo**, Madrid, FDUC, 1980, p. 145.

ajenas a la empresa<sup>13</sup>. Y, finalmente, debe citarse el supuesto previsto en el artículo 295.1 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, de 7 de abril de 1995, que, para el caso de que el Juzgado haya declarado improcedente el despido y la decisión se recurra por el empresario, establece que “éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que viniera percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos, y continuará el trabajador prestando sus servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna”<sup>14</sup>.

Como oportunamente se ha afirmado, la existencia de un específico precepto que consagre el derecho a la ocupación efectiva -y ello ocurre, según acaba de comprobarse, en el ordenamiento español- facilita la tarea del intérprete, dado que “no se trata ya de elaborar una doctrina que permita su existencia sino de exponer el contenido del precepto y de recurrir a las construcciones teóricas sólo para explicar la fundamentación del derecho y consiguientemente establecer su significado y sus límites”<sup>15</sup>. Se trataría, consiguientemente, no tanto de analizar el concreto régimen jurídico como la posibilidad de fundamentar su existencia en las diversas opciones existentes.

### 3 Fundamentación teórica

#### 3.1. El derecho al trabajo

Superado el planteamiento tradicional, que vinculaba la construcción del derecho a la ocupación efectiva a la institución de la *mora credendi*, la fundamentación del derecho a la ocupación efectiva aparece ligada a una pluralidad de apoyaturas teóricas, constitucionalmente respaldadas, como el reconocimiento del derecho al trabajo, de la dignidad personal y de la promoción a través del trabajo, combinando intereses individuales con finalidades de índole pública.

En el Auto del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2003,

<sup>13</sup> “También puede estar justificada la situación de «en espera de destino», propia de algunas actividades (construcción, instalaciones, etc.) y característica de los trabajadores que al concluir la obra cesan en su prestación efectiva y quedan a la espera de un nuevo encargo (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1996)”: A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *op. cit.*, p. 683.

<sup>14</sup> En lo esencial, es idéntica la redacción del art. 297.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social, cuya entrada en vigor tendrá lugar el próximo 11 de diciembre (Disp. Final 7ª).

<sup>15</sup> J. MATÍA PRIM *op. cit.*, p. 141.

se indicó que la ocupación real y efectiva del trabajador, plasmada en el art. 4.2 a) ET, “viene a ser la concreción jurídica, en el plano de la legalidad ordinaria, del derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE”. Asimismo, para un cualificado sector doctrinal la conexión del derecho al trabajo y derecho a la ocupación efectiva no presenta sombra alguna de duda. Desde este planteamiento, se postula la superación de las restricciones que pesan sobre el derecho a la efectiva ocupación. En efecto, tradicionalmente, los supuestos contemplados se limitaban a determinadas categorías profesionales -deportistas, artistas, periodistas, investigadores científicos- o tipos de contrato -aprendizaje, pacto de prueba-. Para esta línea de opinión, sin embargo, existiría un interés de todo trabajador a la efectiva prestación de servicios que va más allá del mero interés al salario. Se trataría, así, de postular una visión no estrictamente económica del trabajo, tal y como parece avanzar la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1985, en la cual se integran otros valores y fines de índole personal o social, como la participación en el proceso general de agregación social o la adquisición de la conciencia de la propia posición en el proceso productivo<sup>16</sup>.

Similar posición parece ser la mayoritaria en la experiencia brasileña. Como se ha afirmado, “o direito à ocupação efetiva aparece vinculado ao direito ao trabalho em função do papel que o «trabalho» (gênero de atividade) exerce na inserção social do indivíduo e na promoção de sua realização pessoal e material. Certamente, esta é a diretriz adotada pela Constituição, bem como pela doutrina e jurisprudência pátrias, que invoca os arts 1º, III e IV, e 5º, X, deste texto como sustentáculos do direito à ocupação efetiva ou dever do empregador de proporcionar trabalho ao empregado, aos quais devemos acrescentar o artigo 6º”<sup>17</sup>.

Con el reconocimiento del derecho al trabajo dentro del catálogo de derechos y deberes de los ciudadanos, la CE de 1978 incorpora, por vez primera en la historia del constitucionalismo español, al que, sin embargo, ha sido considerado como el arquetipo de los derechos sociales. Derecho de contenido difuso, con perfiles poco definidos, su devenir ha estado continuamente presidido bien por los intentos de reducir su entendimiento al de una idea puramente metajurídica o, todo lo más, a la proclamación de su esencial programaticidad, bien por pretensiones ampliadoras que, como

<sup>16</sup> Como indica la profesora M<sup>a</sup>. H. FONSECA, son múltiples los exponentes doctrinales de la fundamentación del derecho a la ocupación efectiva sobre el derecho al trabajo, y ello tanto en el caso portugués, como en el alemán e italiano: **Direito ao trabalho**..., cit., p. 191.

<sup>17</sup> M<sup>a</sup>. H. FONSECA, *op. cit.*, pp. 193-194.



reacción frente a dichas operaciones, han provocado una hipertrofia del significado del mismo. Tales postulados resultan claramente inaceptables a la luz de la normatividad del texto constitucional y, especialmente, del compromiso que implica, en general, el proceso de constitucionalización del Derecho del trabajo. En suma, no cabe pasar por alto la existencia de una declaración como la contenida en el artículo 35.1 alegando, simple y apriorísticamente, una imposibilidad de cumplimiento “moral y resignadamente aceptada”<sup>18</sup>.

Con todo, y como bien se ha observado, el correcto planteamiento del análisis constitucional ha de venir por otro lado. Y, en este sentido, no cabe duda de que muchos de los problemas de interpretación que el artículo 35.1 CE suscita proceden, en primer lugar, no tanto de su supuesto carácter de norma programática como de su condición de norma incompleta y, en segundo lugar, porque el propio texto constitucional es, a la vez, un fenómeno tanto jurídico como político<sup>19</sup>. Desde un punto de vista histórico, el derecho al trabajo nace como libertad de trabajar. Con el tiempo, sin embargo, irá perdiendo ese primitivo disfraz, consolidándose ambos aspectos como nociones separadas, distintas. De este modo, el significado del derecho al trabajo remite, básicamente, a la esfera de una pretensión dotada de contenido prestacional.

Formalmente, nuestra Constitución contempla tal derecho en varios artículos, aunque sin pronunciarse acerca de su alcance. El problema central, por lo tanto, radica en desvelar cuál pueda ser, en la actualidad, dicho alcance, teniendo en cuenta las características concretas que, a su vez, configuran el modelo económico constitucionalmente vigente. La tarea no resulta sencilla, por cuanto del derecho al trabajo cabe predicar, como nota casi inherente o consustancial, no ya sólo su ambigüedad, sino una notable polisemia que lo han convertido en punto de referencia en el cual fundamentar no pocas instituciones del ordenamiento laboral.

Ciertamente, los propios derechos fundamentales, en conjunto, se presentan como una categoría equívoca y ambigua, como una realidad polivalente y compleja. Más aún, tales caracteres resultan especialmente atribuibles a los derechos económicos y sociales. Llama la atención, sin embargo, la particular intensidad con que aquéllos se manifiestan en relación con el derecho al trabajo, y que han conducido a la proliferación

<sup>18</sup> M. ALONSO OLEA, *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Madrid, Civitas, 1982, p. 35.

<sup>19</sup> A. NIETO, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *Revista de Administración Pública* n° 100-102, 1983, pp. 371 y ss.

y diversidad de opiniones doctrinales. El derecho al trabajo aparece, de esta forma, como una noción comodín, que parece poder ser utilizada para los más diversos fines, y como fundamento de las más variadas instituciones. Ante esta polisemia que, prácticamente, habría que calificar como intrínseca, el papel del jurista ha de consistir en la delimitación precisa, de forma que, significados aparentemente válidos, y sin embargo espurios, sean rechazados a lo largo del análisis efectuado<sup>20</sup>.

Podría parecer que, en el caso del derecho al trabajo, la definición de su contenido no sólo se vincula a la eficacia del derecho en el marco de un concreto modelo de sociedad y de relaciones productivas. Es que hay algo más: un punto de partida apriorístico -que se traduciría, llanamente, en la afirmación de que no es posible un derecho al trabajo en una sociedad capitalista- condiciona radicalmente la configuración y el alcance del derecho. Parece evidente que el derecho al trabajo no implica habilitar constitucionalmente a sus titulares para la obtención de un empleo adecuado en el marco de la estructura productiva nacional. Y, puesto que el derecho al trabajo no puede ser eso, se nos dice, ha de buscarse un contenido alternativo, por más que éste sea un contenido falseado. De ahí la confusión doctrinal y la proliferación de opiniones al respecto.

Como se ha observado, de una manera tradicional ha constituido el derecho al trabajo una especie de test de políticas y regímenes económicos, así como una necesaria referencia al contrastar ordenamientos y sistemas de relaciones laborales. Esta vertiente política, al entremezclarse con los aspectos estrictamente técnicos, vendría a explicar las mencionadas equivocaciones al abordar el análisis del derecho. La Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio, ha intentando dotar de un cierto contenido al derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 CE, partiendo, para ello, de una distinción básica entre un ámbito individual del derecho y un ámbito colectivo. El segundo aspecto, quedaría integrado en el artículo 40.1 CE, esto es, en el campo de la política de pleno empleo<sup>21</sup>. El derecho al trabajo, por lo tanto, en el ámbito colectivo, se identificaría con la acción de los poderes públicos para la consecución de una situación de pleno empleo. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, el punto de referencia del derecho al trabajo, en su vertiente individual, lo constituye

<sup>20</sup> R. SASTRE IBARRECHE, *El derecho al trabajo*. Madrid, Trotta, 1996, p. 124.

<sup>21</sup> Este último precepto prevé que “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progresosocial y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial, realizarán una política orientada al pleno empleo”.

el artículo 35.1 CE. Y, ¿en qué se concreta este derecho, en la vertiente estrictamente individual? No únicamente en la libertad de trabajar, señala el Tribunal, sino también en el derecho a un puesto de trabajo, lo cual significa el derecho a acceder al trabajo en igualdad de condiciones, esto es, la prohibición de discriminaciones en el empleo, y el derecho a la estabilidad en el mismo, que se traduce en la necesaria concurrencia de justa causa para efectuar el despido. De este modo, el derecho al trabajo incidiría no sólo en la relación laboral ya constituida, sino también en un momento constitutivo previo, es decir, que desplegaría su eficacia, aparentemente, sobre toda la vida de la relación laboral individual.

El Tribunal Constitucional, se ha dicho, no ha solucionado el problema de la articulación entre los dos aspectos del derecho. En efecto, podría pensarse en una relación biunívoca entre ambas facetas porque, si bien en ocasiones se presentan armónicamente, y sería el caso de la incidencia positiva de las distintas medidas de política de empleo sobre la relación laboral individual -obligatoriedad de formalizar una relación a través del juego de las reservas de puestos, o el papel positivo de los servicios públicos de empleo, por ejemplo-, en otras, la relación muestra rasgos divergentes. Piénsese, así, en que la extinción, en sus diversas formas, de los contratos, posibilitaría el acceso a los puestos de trabajo vacantes de nuevos trabajadores, con lo que el derecho al trabajo, en su aspecto individual, se sacrificaría en bien del aspecto colectivo, es decir, de la consecución de una política de pleno empleo.

Se trata, por lo tanto, de centrar la atención en el significado del artículo 35.1 CE partiendo, para ello, de una doble puntualización que es, al mismo tiempo, una doble discrepancia con la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981. En primer lugar, que no cabe vincular la libertad de trabajar y el derecho al trabajo, cuyas líneas de evolución histórica y sus propias implicaciones son divergentes. Y en segundo término, que existen otras implicaciones del derecho al trabajo, además de las señaladas, a mi juicio, a título meramente ejemplificativo, por el alto Tribunal<sup>22</sup>. El derecho al trabajo contemplado en el artículo 35.1 CE se traduciría, así, por lo tanto, en un derecho individual a acceder al empleo y, salvo concurrencia de motivos justificados, a mantenerse en el puesto conseguido. La articulación de una política de pleno empleo, qué duda cabe, supondrá la creación de una situación en la que este derecho hallará más fácil cumplimiento. Sin embargo, no implica necesariamente

<sup>22</sup> R. SASTRE IBARRECHE, *op. cit.*, p. 134.

una premisa para que aquél exista.

Partiendo de que el trabajo se configura como el medio principal para la realización del individuo como persona y de que tal criterio es asumido por el texto constitucional, se ha destacado que el interés del trabajador a exigir la prestación de su trabajo puede deducirse, en el seno del contrato, de un correlativo interés a no ser separado del mundo de la producción, dado que sólo dentro de este mundo es posible la socialización, la adquisición de la conciencia de clase y la participación en el proceso de emancipación. Desde esta perspectiva, la satisfacción del interés individual a la ejecución de la prestación laboral constituye un presupuesto para que sean satisfechos los intereses colectivos o sindicales, de tal forma que el plano individual y el colectivo se vinculan dialécticamente, en lugar de separarse.

### **3.2. Dignidad y profesionalidad del trabajador. Promoción a través del trabajo**

No faltan, sin embargo, los partidarios de buscar una vinculación preferentemente con la defensa de la dignidad, la profesionalidad o la promoción, a través del trabajo, de los trabajadores e, incluso, quienes niegan toda relación con el derecho al trabajo. La solución correcta, a mi juicio, pasa por no desechar ninguna de las argumentaciones referidas, si bien no todas poseen el mismo peso específico. En efecto, combinadamente, la defensa de la dignidad personal del trabajador, su derecho a la promoción a través del trabajo y el propio derecho al trabajo, conformarían las bases constitucionales -artículos 10.1 y 35.1 CE- en que apoyar el fundamento del derecho a la ocupación efectiva<sup>23</sup>.

Se ha subrayado cómo los derechos humanos y, en consecuencia, dentro de éstos, los derechos económicos y sociales, se presentan como una emanación del reconocimiento del principio de dignidad. Pues bien, en el caso que ahora nos ocupa puede afirmarse que el artículo 10.1 CE supone un instrumento de tutela y de garantía del derecho al trabajo y, al definir a la dignidad y los derechos de la persona como fundamento del orden político y de la paz social, aparece como una concreción especial de la proyección de los derechos fundamentales sobre el ordenamiento. Por lo tanto, y en esta línea de razonamiento, se impondría la conclusión de que

---

<sup>23</sup> Así se pronuncia, también, la profesora M<sup>a</sup>.H. FONSECA, que reproduce, entre otras, una interesante resolución del Tribunal Regional do Trabalho da 2<sup>a</sup> Região (São Paulo), RO: 01925.2002.465.02.00-5: *op. cit.*, pp. 193-194.

la privación de trabajo al trabajador, aunque se le abone una retribución, supone un ataque contra su dignidad personal, moral, profesional y social<sup>24</sup>.

La conexión del apartado a) del artículo 4.2 ET con el apartado e), dentro del cual se reconoce el derecho del trabajador “a la consideración debida a su dignidad”, ha sido, de esta forma, resaltada también por la jurisprudencia. Para la Sentencia de Tribunal Supremo de 26 de abril de 1982, el Estatuto “parte de la prestación de servicios, como elemento básico de la relación que regula, por ser el trabajo humano, manual e intelectual retribuido la causa, y el resultado, el objeto del contrato: por la importancia y relieve, ha merecido que se considere como un derecho-deber, puesto que, en el artículo 4º.2. a), se expresa que tiene derecho a la ocupación efectiva, y en el artículo 5º. a) se estima deber básico cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo: pero éste no se desliga de la persona que lo presta, de manera que se establecen una serie de normas dirigidas a protegerla, de las que interesa destacar... la mencionada en el segundo inciso del ap. e) núm. 2 del artículo 4º.2 del citado Estatuto, o sea, la consideración debida a la dignidad del empleado, que vuelve a ser objeto de referencia especial en el artículo 18, bajo la rúbrica de inviolabilidad de la persona del trabajador”. Análogamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1991 estima que la inactividad injustificada del trabajador resulta “contraria a su dignidad en una comunidad que valora el trabajo como elemento esencial de participación y consideración social” y, en este sentido, se pronuncia también un buen número de resoluciones en suplicación<sup>25</sup>.

Junto a ello, la tutela de la profesionalidad del trabajador y de su derecho a la promoción por medio del trabajo refuerzan la construcción positiva del derecho a la ocupación efectiva, puesto que el reconocimiento y promoción de la profesionalidad del trabajador implican, de modo necesario, el derecho de éste a prestar su propio trabajo, “sin el cual carecen de toda eficacia las restantes medidas que en aquella dirección puedan establecerse. Insertándose así el tema en una de las más importantes aportaciones para el futuro del Derecho laboral, en la línea que va desde una primitiva valoración exclusiva de los intereses económicos del

<sup>24</sup> En la doctrina brasileña se ha indicado que “o trabalho, como atividade humana remunerada, não é só fonte de subsistência. O empregado tem o direito de se sentir útil dentro da empresa. O eterno aguardo de ordens, de serviços, etc., sem qualquer definição por parte do empregador, é uma verdadeira ofensa à figura do trabalhador, justificando a rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483, *d e g*, CLT)”: F. FERREIRA JORGE NETO e J. DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE, *op. cit.*, p. 490.

<sup>25</sup> Por todas, *vid.* la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, País Vasco, de 19 de enero de 2010.

trabajador a una primacía de los intereses personales no monetizables<sup>26</sup>. La invocación del concepto de profesionalidad, se ha dicho, presenta una mayor eficacia a causa de un doble motivo: primero, por configurarse como un elemento interno a la propia relación de trabajo, posibilitando superar con ello la más modesta línea de la funcionalización del derecho hacia intereses ajenos y, en segundo lugar, por tratarse de un concepto más firme, al hallarse menos ligado a concepciones sociales cambiantes, y, en consecuencia, más previsiblemente duradero. En esta línea, ha venido a resaltarse la influencia del derecho en el bagaje profesional del trabajador y en su promoción laboral y social, motivo por el cual su reconocimiento aparece reforzado en el caso de los artistas o deportistas profesionales, sin olvidar que, “de su efectiva ocupación en la empresa dependen, en fin, la plena inserción del trabajador en el medio de trabajo, su identificación con los intereses laborales de la plantilla, y su participación en los asuntos colectivos”<sup>27</sup>.

Por último, el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo vendría a reforzar el fundamento de la construcción de un derecho a la ocupación efectiva, de modo que ésta llegaría a convertirse en presupuesto existencial de aquél, vaciándole de contenido y operatividad una hipotética vulneración de la misma<sup>28</sup>. Si se parte de una concepción que defienda que el derecho al trabajo supone algo más que la traducción concreta de una política de empleo, parece lógico pensar que el derecho a acceder a un puesto de trabajo implique, conjuntamente, el derecho a desarrollar con normalidad las tareas inherentes al mismo y, de forma fundamental, la efectiva prestación de servicios. Esta afirmación conlleva reconocer la eficacia del derecho entre particulares y su proyección en la concreta relación de trabajo.

Aun a sabiendas, de que no todas las pretendidas fundamentaciones señaladas ostentan la misma virtualidad, no parece conveniente descartar, sin embargo, ninguna de las tres líneas de apoyo: el reconocimiento de la dignidad, del derecho a la promoción a través del trabajo e, implícitamente, a la tutela de la profesionalidad del trabajador, derecho que la propia Constitución contempla, junto al propio derecho al trabajo, en el mismo artículo 35.1, conforman, conjuntamente, los apoyos constitucionales del derecho a la ocupación efectiva. Lo cual vendría, por otra parte, a reforzar

<sup>26</sup> J. MATÍA PRIM, *op. cit.*, p. 138.

<sup>27</sup> A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *op. cit.*, p. 682.

<sup>28</sup> A. GUANCHE MARRERO, *op. cit.*, p. 25.

la exigencia de que la ocupación ofrecida sea no sólo efectiva, sino también adecuada pues, como afirma la Sentencia del extinto Tribunal Central de Trabajo de 3 de abril de 1978, el deber empresarial de proporcionar al trabajador ocupación efectiva no se cumple plenamente con el simple acto de facilitar a éste cualquier tipo de actividad, “sino que además requiere que ésta sea adecuada a la categoría profesional que se ostente”. La validez de una plural fundamentación constitucional del derecho parece haber sido también admitida por la jurisprudencia, como lo demuestran los razonamientos contenidos en la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1985.

Como bien se ha observado, el Tribunal Supremo avanza, de forma unificada, tanto por la vía abierta por el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo como por la representada por la defensa de la profesionalidad del trabajador, poniendo en relación ambas categorías jurídicas con un mismo propósito. Se trata de una resolución que refuerza la efectividad de un derecho de perfiles autónomos, colocándolo a la par de otros reconocidos en el artículo 4.2 ET y que demuestra la superación definitiva de la concepción tradicional, limitativa de la obligación empresarial de ocupación efectiva anclada aún en los estrictos márgenes civilistas. En definitiva, el razonamiento utilizado por el Tribunal Supremo, implica un intento de superación de la frontera entre el planteamiento formal de un derecho y su exigibilidad jurídica, no aceptando un reconocimiento simplemente programático y dotándolo, en cambio, de un contenido eficaz. Tal y como, en suma, postula el artículo 9.2 CE<sup>29</sup>.

En la misma línea argumental abierta por esta Sentencia, se pronuncian también las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1989 y 7 de mayo de 1990. Así, para esta última resolución, “lo primero, para un enfoque adecuado de la cuestión propuesta, es subrayar que el derecho al trabajo entendido como realización y promoción de la persona, en el desempeño de una actividad efectiva, es un derecho garantizado constitucionalmente... y mantenido como contenido básico de la relación laboral nacida del contrato de trabajo”.

---

<sup>29</sup> R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Nuevos elementos en la definición del derecho a la ocupación efectiva», *La Ley*, I, 1986, p. 158.

#### 4 Algunos problemas en su articulación jurídica

La articulación del derecho a la ocupación efectiva dentro del ordenamiento español presenta, no obstante, algunos obstáculos que han llevado a ciertos sectores doctrinales a preguntarse si, en realidad, es posible hablar de un derecho a la ocupación exigible jurídicamente. El primer problema deriva de la estructura y contenido del propio precepto, ya que, a diferencia del resto de derechos enunciados en el artículo 4.2 ET, no existe un artículo posterior que desarrolle y complemente la genérica mención inicial. En efecto, el derecho a la promoción se desarrolla en los artículos 22 a 25, el derecho a la no discriminación, en el artículo 17, entre otros; el derecho a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene se complementa con el artículo 19; el derecho al respeto de la intimidad y a la consideración debida a la dignidad se proyecta en los artículos 18 y 20; y, finalmente, el derecho a la percepción de la remuneración halla su reflejo en los artículos 26 a 33. Por otro lado, y éste constituiría un problema más relevante, parecen existir divergencias o desajustes con otros preceptos del ET que abordan cuestiones conexas; básicamente, las dificultades se plantearían en torno a tres supuestos: la mora del empresario, la falta de pago de salario y la readmisión del trabajador despedido. De todos modos, debe recordarse que el Tribunal Supremo ha afirmado que el derecho a la ocupación efectiva no se identifica con la obligación de la empresa de proporcionar en todo caso y durante los periodos de espera un trabajo distinto del pactado (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1996).

Bajo la rúbrica de *Imposibilidad de la prestación*<sup>30</sup>, el artículo 30 ET parece actuar de forma limitativa sobre el artículo 4.2: interpretado como desarrollo de éste, arbitraría una excepción a la genérica obligación de dar trabajo, contemplando, como consecuencia derivada del incumplimiento del deber empresarial de ocupación, el mero mantenimiento del salario. Parece, con todo, más correcto sostener que los artículos 4.2 y 30 poseen un contenido diferenciado, no existiendo entre ellos una relación de causalidad. Así, habría que hablar más bien de que ambos preceptos suponen dos momentos distintos de la protección del trabajador. El artículo 30 se limita a garantizar el abono del salario sin exigencia de trabajo en otro

<sup>30</sup> “Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo”.



momento, con la lógica omisión de toda referencia al derecho al trabajo en sí cuyo reconocimiento se efectúa en el artículo 4.2: “Se trata, en definitiva, de asegurar la protección de intereses distintos -salario y trabajo- que sólo se conectan en una idéntica o similar situación de hecho”<sup>31</sup>.

En cuanto al impago del salario en combinación con la falta de ocupación, debe indicarse que constituye una conducta que, de forma tradicional, es considerada como despido. Reiteradamente, la jurisprudencia viene estimando como despido tácito el hecho de no dar ocupación efectiva unido al impago de salarios, de forma similar al caso de la negativa empresarial al reingreso o readmisión tras excedencia. Ejemplos del primer caso pueden encontrarse en las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 y 9 de junio, y 11 de diciembre 1986, así como en la 26 de noviembre 1987, entre otras muchas. Respecto del segundo supuesto, y también como simples ejemplos, pueden contrastarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio y 23 de octubre de 1986, y 12 de mayo y 23 de diciembre de 1987. Un caso más concreto, en que no se llega al despido sino, simplemente, al descuento salarial, es el que analiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1995, donde se reconoce la obligación empresarial de abonar los salarios a los trabajadores no huelguistas por horas que no se trabajaron como consecuencia de la huelga secundada por otros trabajadores de la misma empresa.

Con todo, sería posible valorar dicho incumplimiento empresarial de un modo diverso. A falta de una manifestación de voluntad extintiva expresa, cabe estimar, bien que tal comportamiento implica un doble incumplimiento -del deber de dar ocupación y de abonar el salario-, bien que supone uno solo, pero que, por su naturaleza de requisito o de finalidad, absorbería al segundo incumplimiento. Las consecuencias de optar por uno u otro planteamiento no radican simplemente en la distinción de los medios de reacción del trabajador, sino que implican una valoración diferente del derecho a la ocupación efectiva. En efecto, la calificación de la conducta empresarial como despido vendría a traducirse, se ha dicho, en “un freno a la autonomía del derecho, primero devaluando su significado y probablemente su finalidad, y después restringiendo su ámbito de aplicación”. El problema adquiere, además, una importancia mayor en los casos en que la conducta empresarial incumplidora se verifica tras una ausencia del trabajador, es decir, en los supuestos de trabajadores fijos discontinuos o de temporada, y después de suspensiones o excedencias

<sup>31</sup> J. MATÍA PRIM, *op. cit.*, p. 148.

prolongadas. ¿Cuál sería la posible vía de solución? En la línea indicada, la propuesta sugerida apuntaría a la exigencia de un mayor rigor al admitir la extinción del contrato, lo cual significaría restringir “la admisión del despido nulo a los supuestos de expresa voluntad extintiva, sin que ello supusiera por otra parte ningún tipo especial de ruptura jurídica, pues en tema similar -la novación del contrato- la jurisprudencia ha ido ya limitando la posible actuación de la voluntad tácita”. No se trata de una cuestión irrelevante, pues de ello depende, en buena parte, la amplitud concedida al derecho a la ocupación<sup>32</sup>. En el camino sugerido, y con la finalidad última de evitar el perjuicio que podría ocasionarse para el trabajador como consecuencia del juego de los plazos de caducidad del artículo 59 ET, debe situarse, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1986, conforme a la cual, la apreciación de la figura del despido tácito precisa que la voluntad extintiva empresarial derive de hechos claramente reveladores de la intención de poner fin a la relación. O, expresado de forma distinta, se trataría de exigir unos hechos concluyentes, “una conducta inequívoca que permita situar claramente en el tiempo la decisión empresarial y, en su caso, la eventual inactividad impugnatoria del trabajador, pues la institución de la caducidad, a través de la que el ordenamiento jurídico, por evidentes razones de seguridad jurídica, trata de eliminar la incertidumbre derivada de la prolongación de determinados estados de pendencia, no puede, por los riesgos que entraña para una justa resolución de los conflictos, ser objeto de interpretaciones expansivas, ni beneficiar a quienes, incumpliendo el principio de buena fe que debe presidir las relaciones entre las diversas partes del contrato de trabajo, adoptan una actitud equívoca, generando así una situación de inseguridad de la que no deben luego prevalerse” (Sentencias de 2 de julio de 1985 y 21 de abril de 1986).

La doctrina de suplicación, de forma similar, también ha recalado cómo, en la calificación del despido tácito, resulta imprescindible comprobar la existencia de un acto empresarial de naturaleza revocatoria, capaz de determinar un impedimento tan radical y absoluto para la continuidad de todos y cada uno de los efectos jurídicos de dicha relación, que, prácticamente, implique la expropiación de la totalidad de su contenido. La jurisprudencia identifica, mayoritariamente, tales situaciones con los supuestos de cierre ilegal de la empresa o centro o de desaparición del empresario, puesto que sólo en ellos puede cifrarse la emisión de una

<sup>32</sup> J. MATÍA PRIM, *op. cit.*, p. 155.

declaración de voluntad extintiva del alcance señalado. Sin embargo, los incumplimientos en materia de ocupación y salario, aun afectando a los derechos fundamentales que integran el crédito del trabajador, de acuerdo con el artículo 4.2 ET, no impiden el ejercicio de otros derechos de índole colectiva o sindical, previstos en el artículo 4.1 ET. E, incluso, de aquéllos en cuya insatisfacción ha consistido el incumplimiento empresarial, en tanto en cuanto la ininterrumpida dependencia laboral mantiene virtualmente en activo las posibilidades de reanudación, por parte del empleador, del cumplimiento omitido. En todo caso, supone una dilación “que no significa por sí sola fractura del vínculo y conserva una esperanza de satisfacción diferida, cuya medida temporal no puede corresponder al plazo de caducidad de la acción de despido, porque entonces sería necesario reclamar con la misma urgencia contra cualquier desatención a los derechos del trabajador que por su carácter fundamental, como los aquí considerados, constituyen el núcleo de su crédito” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Madrid, de 3 de julio de 1989).

Las dificultades mencionadas, unidas a la existencia de otros problemas estructurales y que afectarían al conjunto del ordenamiento laboral, condicionan la articulación de un efectivo derecho a la ocupación en el Derecho español. Con todas las limitaciones analizadas y la falta de un concreto reflejo en preceptos complementarios, parece, no obstante, que el legislador español ha pretendido establecer realmente el derecho del trabajador a la ocupación. En este sentido, una interpretación avanzada obligaría a diseñarlo como un derecho -y deber- autónomo, paralelo a los derechos y deberes básicos de trabajo o salario, prescindiendo del planteamiento tradicional que engloba al deber empresarial de proporcionar ocupación en el seno de los deberes dimanantes de la buena fe contractual. En definitiva, y como ya se apuntó, “la línea de elaboración y sus dificultades no son más que un reflejo de las existentes a la hora de construir una tesis cuya necesidad va siendo generalmente admitida: la de comprender la causa del contrato de trabajo como más extensa que la simple causa de cambio y de incluir en su propio concepto elementos derivados de la posición del trabajador como persona en el contrato”<sup>33</sup>.

Como se apuntó líneas atrás, en varias relaciones laborales de carácter especial el derecho a la ocupación efectiva presenta perfiles propios, siendo el caso de los deportistas profesionales el que, sin duda, ha generado una mayor litigiosidad. Probablemente porque, a la vista

<sup>33</sup> J. MATÍA PRIM, *op. cit.*, p. 162.

de la brevedad de sus carreras, existen unos daños singulares, que van desde una disminución en la proyección de su imagen a un descenso de su cotización como profesionales. En efecto, el art. 7.4 RD 1006/1985 les reconoce aquel derecho, añadiendo que, a no ser por motivo de sanción o lesión, aquéllos no podrán “ser excluidos de los entrenamientos y demás actividades instrumentales o preparatorias para el ejercicio de la actividad deportiva”. En consonancia con este precepto, que refiere el derecho a dichas actividades instrumentales, podría pensarse que su alcance se detiene ahí. No es así y la jurisprudencia ha distinguido entre dos tipos de situaciones: por un lado, las que conllevan la imposibilidad técnica –en forma de decisión del entrenador, por ejemplo- o práctica de participar en una competición oficial y que no vulnerarían el derecho, salvo que nos encontráramos ante un caso de fraude de ley; por otro, las que suponen una imposibilidad jurídica –tales como no tramitar la licencia federativa o no inscribir al jugador dentro del número máximo de participantes en la competición oficial- y que implicarían, éstas sí, una transgresión del derecho (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2010)<sup>34</sup>.

En definitiva, el derecho a la ocupación efectiva del deportista no incluye un supuesto derecho a la alineación –Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Cantabria, de 16 de abril de 2003- pero sí la interdicción de la exclusión arbitraria de los entrenamientos o de las demás actividades instrumentales o preparatorias para el ejercicio de la actividad deportiva. También, impediría al club negarse a tramitar la licencia federativa del jugador o a no inscribir al mismo.

Por otro lado, la falta de ocupación efectiva continuada en el tiempo, si va acompañada de una intención vejatoria o dañosa y posee un carácter sistemático, se enmarcaría dentro de los supuestos constitutivos de acoso moral o psicológico, tal y como la doctrina de suplicación ha subrayado (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Castilla y León, de 14 de diciembre de 2004; País Vasco, de 19 de enero de 2010 y Galicia, de 20 de octubre de 2010). En efecto, desde el punto de vista jurídico, los elementos que caracterizan al hostigamiento psicológico serían los tres siguientes, que aluden, respectivamente, al aspecto objetivo, teleológico y temporal. En primer lugar, es preciso un comportamiento violento de

---

<sup>34</sup> Desde el punto de vista doctrinal, *vid.* J.M<sup>º</sup>. GONZÁLEZ DEL RÍO, «Derecho a la ocupación efectiva de deportista profesional y no tramitación de la licencia federativa durante la situación de incapacidad temporal», *Aranzadi Social* n<sup>º</sup> 12, 2009, pp. 43 y ss., y F. VILA TIERNO, «El contenido del derecho a la ocupación efectiva del futbolista profesional», *Revista Jurídica del Deporte*, n. 23, 2008, pp. 329 y ss.

amplio contenido que se manifiesta a través de conductas muy diversas, una de las cuales es la privación de trabajo efectivo, y que pueden llegar a provocar daños psíquicos sobre la víctima. En segundo lugar, una finalidad destructiva. Finalmente, su carácter recurrente y sistemático, de tal modo que tenemos que hallarnos ante una conducta que ha de mantenerse durante un cierto tiempo y reiterarse con frecuencia. Junto a esta delimitación en sentido positivo, habría que acudir, además, a otra de carácter negativo, separando al acoso de otras manifestaciones ilícitas o antijurídicas del poder de dirección empresarial, a las que los órganos judiciales han intentado también dar respuesta.

### 5 Mecanismos de garantía del derecho

Una última cuestión problemática se refiere a los medios de tutela del derecho del trabajador, tanto de carácter jurisdiccional como administrativo. Porque, naturalmente, el acudir a los artículos 49.1, j) y 50, que posibilitan la extinción del contrato por voluntad del trabajador y la percepción, por parte de éste, de las indemnizaciones previstas para el caso del despido improcedente en el artículo 56 ET no parece constituir garantía bastante frente al incumplimiento empresarial, aunque debe reconocerse que esa es la respuesta otorgada por nuestra jurisprudencia<sup>35</sup>. Aunque con discrepancias, por cierto, en torno a la ubicación exacta de la causa de extinción en alguna de las previstas por el artículo 50.1 ET. En efecto, mientras que, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1982, 24 de septiembre de 1985 y 11 de noviembre de 1985 se inclinan por la aplicación de la letra a) —“las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad”—, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1983 y 21 de marzo de 1988 encuadran el supuesto dentro de la dicción más amplia de la letra c) —“cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor”—. Para la última de las resoluciones citadas, que el mencionado artículo 50.1 ET aluda al perjuicio de la formación profesional y al menoscabo de la dignidad del trabajador en el párrafo a) no resulta decisivo, entendiendo que la falta de ocupación efectiva, aparte de incidir siempre de forma negativa en la capacitación y

<sup>35</sup> Que vendría a corresponder, en el caso brasileño y a grandes rasgos, a la figura de la *rescisão indireta*. Sobre la misma *vid.*, por ejemplo, M. GODINHO DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, 8ª ed., São Paulo, LTr, 2009, p. 1115 y ss.

dignidad profesional, “encuentra su más correcto encuadre, a los efectos resolutorios, en la causa que tipifica el párrafo c) del repetido artículo 50.1, que no contiene mención a las circunstancias antes aludidas”.

Como bien se ha observado, apostar por la resolución como vía exclusiva para hacer frente al incumplimiento contractual no deja de ser peligroso en relación con el principio de conservación del negocio jurídico y, sobre todo, por la dificultad de hallar un nuevo empleo en épocas de crisis económica<sup>36</sup>. Podría pensarse, como solución al problema, en la exigencia de una indemnización adicional y acumulativa por daños y perjuicios que, de algún modo, compensara los sufridos por el trabajador en su dignidad o formación a causa de la falta de ocupación (así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, País Vasco, de 19 de enero de 2010). La dificultad estriba, en este caso, en los problemas probatorios y de cuantificación de esos daños no patrimoniales. De ahí que se haya afirmado que “la única garantía segura del derecho sólo puede venir, en definitiva, asegurando el cumplimiento específico de la correspondiente obligación”<sup>37</sup>. Así parece pensarlo también la interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1991, que, con referencia a las medidas previstas en el artículo 212 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980<sup>38</sup>, considera que “no otorgan al trabajador un bien jurídico que le reconoció la ejecutoria: su plena reincorporación a la empresa donde han de realizarse sus derechos básicos a la ocupación efectiva y a la promoción y formación profesional en el trabajo... y donde aquél ejerce sus funciones de representación. La negativa a la readmisión supone, por tanto, un incumplimiento de la sentencia y un daño grave a los derechos básicos del trabajador despedido y al interés colectivo de todos los trabajadores de la empresa”. Y éste es el verdadero núcleo de la cuestión, al chocar con el principio genérico de incoercibilidad de las obligaciones de hacer vigente en nuestro Derecho, y cuya verdadera y paradójica significación no ha dejado de ser resaltada por algún cualificado autor.

No es de extrañar el retroceso del ordenamiento frente a esta clase de escollos, pero esto significa que la imposibilidad de ejecución específica de

<sup>36</sup> R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 152.

<sup>37</sup> J. MATÍA PRIM, *op. cit.*, p. 164.

<sup>38</sup> Dicho precepto establecía, para el supuesto de representantes de trabajadores despedidos que hubieran optado por la readmisión tras la calificación del despido como improcedente, que la sentencia se ejecutaría “en sus propios términos”. Para ello, el Magistrado “requerirá al empresario para que reponga al trabajador en su puesto en el plazo de tres días, sin perjuicio de que adopte, a instancia de parte, las medidas necesarias a fin de que, en cualquier caso, perciba el trabajador su salario y se mantenga la situación de alta en la Seguridad Social”.

un contrato de trabajo no se basa en una auténtica y propia imposibilidad jurídica, sino en un principio de economía del ordenamiento, que en situaciones normales opta por reemplazar la ejecución en concreto por una indemnización pensada para satisfacer al perjudicado por la falta de aquélla. Pero cuando el ordenamiento entiende que están en juego principios tan importantes que merece la pena ir a ejecuciones concretas, no duda en ordenarlas y en respaldarlas instrumentalmente. En todo caso, y como se ha reconocido, lo importante, más que dilucidar si la obligación es coercible o no, o cuál es el camino arbitrado para ello, es que el ordenamiento garantice su primacía a través del cumplimiento de la obligación. Y aquí se cuenta siempre con la posibilidad de la coerción indirecta por medio de variados instrumentos, desde el establecimiento de sanciones económicas de carácter disuasorio hasta el recurso a sanciones penales en los casos más graves.

Por ello, y a la vista de las dificultades que entraña la coerción directa, dos podrían ser las vías de coerción indirecta arbitradas para garantizar el derecho a la ocupación: bien la sanción administrativa, bien la sanción penal, al calificarse como posible delito de desobediencia la oposición al mandato judicial. Esta última, concretada en el artículo 556 del Código Penal, carece hoy de apoyo doctrinal claro. La derogación del artículo 282 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 impide la posibilidad de imponer una multa coercitiva, por parte del Juez, en los supuestos de incumplimiento empresarial de la obligación de readmisión que afecten a aquellos casos de ejecución de sentencias previstos en el actual artículo 279 de la Ley de Procedimiento Laboral<sup>39</sup>. A pesar de ello, no ha dejado de comentarse que resulta difícil que la desobediencia a la sentencia condenatoria pueda subsumirse en algún tipo penal, y menos aún dentro de un sistema jurídico que hasta ahora no ha desarrollado las medidas de coerción indirecta de la forma en que se conocen en Derecho comparado. Medidas que aun adoleciendo de carencias, podrían contribuir a reforzar

<sup>39</sup> El citado art. 282 de la anterior Ley procesal, derogado en mayo de 1994, preveía que el Juez dispusiera que el empresario ingresase una cantidad fijada por el propio Magistrado “atendiendo a las circunstancias en que se produjo el despido, dimensión y situación económica de la empresa y puesto que ocupaba el trabajador, y que no podrá ser inferior al importe del salario diario del mismo, ni superior al de cuatro veces esta cantidad, por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación de readmitir en debida forma”.

Por su parte, el vigente art. 279 faculta al Juez, “en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular”, a fijar “una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades”. Por fin, el art. 281 de la Ley de la Jurisdicción social de 2011 reproduce esta previsión en los mismos términos.

reconocimientos constitucionales como los del derecho al trabajo y, especialmente, a la tutela judicial efectiva.

La primera, en cambio, encontraría una articulación concreta a través del artículo 7.10 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que considera infracción grave aquellos actos u omisiones contrarios a los derechos de los trabajadores que el artículo 4 ET reconoce, a no ser que se califiquen como muy graves según el artículo siguiente. Precisamente, el artículo 8.11 de la propia norma tipifica, como infracción muy grave, los actos empresariales contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores, y el artículo 8.13 bis procede a contemplar determinadas manifestaciones de acoso discriminatorio. Por ello, parece más correcto encuadrar la violación del derecho reconocido en el artículo 4.2 a) ET en los tipos previstos en los mencionados artículos 7.10 y 8 de la Ley de Infracciones, en aras de la deseable correcta subsunción jurídica de las eventuales conductas empresariales sancionables. Ciertamente, la posibilidad última del empresario de acudir al despido, indemnizando al trabajador, implica admitir las lagunas del ordenamiento español en esta cuestión. En efecto, en la evolución que conduce desde la sola valoración y consideración de los intereses de carácter económico al predominio de los intereses personales, el ordenamiento español ha dado, al reconocer el derecho a la ocupación efectiva, solamente un paso, pero un paso que otros ordenamientos no han dado. Por contra, el rechazo a otros postulados asumidos por el derecho comparado permite criticar una cierta falta de nitidez en los objetivos de nuestra política legislativa de trabajo<sup>40</sup>.

☐Artigo recebido mediante convite

---

<sup>40</sup> J. MATÍA PRIM, *op. cit.*, p. 170.