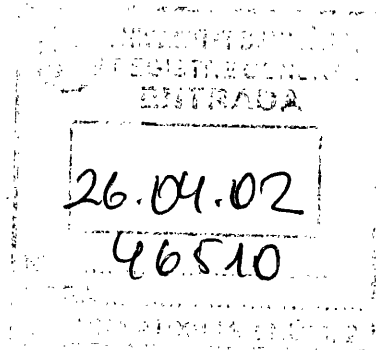


B10.T 5546



Ejercicio asalariado de profesiones liberales

Tesis Doctoral

Presentada por: Elena García Testal

Dirigida por: Doctor Don Federico V. López Mora

D.1306284

L.1306289

UMI Number: U602986

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U602986

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346



Indice de Abreviaturas	11
Introducción.....	15
CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPTO DE PROFESIONAL	31
1.- Cuestiones previas.....	33
1.1. - Contrato de trabajo y profesional.....	35
1.1.1.- Primeras manifestaciones del binomio profesional/contrato de trabajo.....	35
1.1.2.- Y permanentes reticencias	42
1.2. Contrato de trabajo: presupuestos de laboralidad	48
1.2.1.- Una prestación de servicios, voluntaria, personal y retribuida	49
1.2.2.- Una prestación de servicios ajena y dependiente	55
1.2.2.1.- La ajenidad propia de la relación laboral.....	57
1.2.2.2.- Dependencia y relación laboral.....	61
1.3.- Delimitación entre contrato de trabajo y contrato de arrendamiento de servicios	68
1.3.1.- Criterios generales	68
1.3.2.- La prestación contractual de servicios profesionales en el Derecho civil.....	72
2. - Concepto de profesional liberal.....	76
2.1.- El concepto de profesión regulada en la normativa comunitaria y su recepción en el derecho interno.....	79
2.1.1.- El reconocimiento de títulos en la normativa comunitaria.....	84
2.1.2.- Medidas tendentes a facilitar el efectivo ejercicio profesional en la normativa comunitaria.....	87
2.1.3.- Los conceptos de profesión regulada y actividad profesional regulada.....	89
2.1.4.- La recepción interna de los conceptos de profesión regulada y actividad profesional regulada	91
2.2.- Constitución y ejercicio de profesiones tituladas	94

2.2.1.- Libre elección de profesión y libre ejercicio de profesión	95
2.2.2.- Límites a la intervención normativa en el ejercicio profesional	101
2.3.- La inexistencia de un concepto de profesional liberal ni en la normativa laboral ni en el resto del ordenamiento jurídico.....	108
2.3.1.- La inexistencia de un concepto jurídico de profesional liberal en la legislación laboral.....	108
2.3.2.- La inexistencia de un concepto jurídico de profesional liberal en el resto del ordenamiento jurídico	109
2.3.2.1.-Las disposiciones normativas en el Derecho fiscal relativas a la actividad del profesional.....	112
2.3.2.2.- El concepto de profesional liberal en el derecho privado	116
2.3.2.3.- Previsiones en el Derecho administrativo	118
2.3.2.4.- El profesional en el Derecho penal.....	122
2.4.- Conclusiones acerca del concepto de profesional ...	128
2.4.1.- Titulación.....	133
2.4.1.1.- Situaciones especiales I: el título y los profesionales de la información.	138
2.4.1.2.- Situaciones especiales II: el acceso al título de medico especialista	142
2.4.2.- Colegiación	147
2.4.2.1.- La naturaleza jurídica de los Colegios profesionales, la reserva de ley del artículo 36 de la Constitución y la posible vulneración del derecho de asociación en relación con la colegiación obligatoria	148
2.4.2.2.- El ámbito de aplicación subjetiva de la obligación de colegiación.....	153
2.4.2.3.- Colegiación y sindicación: ámbitos de actuación coincidentes.....	160

CAPÍTULO SEGUNDO: LA CONTRATACIÓN LABORAL DE PROFESIONALES 165

1.- El acceso al contrato y el ingreso en la empresa..... 167

1.1.- Introducción: la titulación y la colegiación: límites imperativos a la capacidad del profesional y a la libertad de contratación empresarial.....	169
1.2.- La titulación y la colegiación obligatoria en relación con el consentimiento en el contrato de trabajo	175

1.3.- El título y la colegiación obligatoria en relación con el objeto del contrato de trabajo.....	180
1.4.- El título en el período de prueba.....	185
1.4.1.- La titulación comprometida por el trabajador y la titulación real del trabajador	191
1.4.2.- Trabajador técnico titulado	192
1.4.3.- Periodo de prueba y pacto de permanencia en la empresa	194
1.4.4.- Justificación objetiva de las diferentes duraciones del período de prueba	198
1.5.- El título y la contratación laboral en prácticas.....	202
1.5.1.- El título habilitante para la celebración del contrato en prácticas.....	204
1.5.1.1.- Contrato en prácticas y vigilantes de seguridad	207
1.5.1.2.- La validez de los títulos expedidos por el INEM	211
1.5.1.3.- Tiempo hábil para la celebración del contrato en prácticas.....	215
1.5.2.- La adecuación entre la prestación efectuada y el título que habilita la celebración del contrato	217
1.5.3.- Finalidad formativa y ejercicio de profesiones liberales.....	221
1.5.4.- Contrato en prácticas y médicos residentes.....	222

2º.- Poder organizativo del empresario: funciones y profesional titulado228

2.1.- Funciones, clasificación profesional inicial y título	230
2.2.- La polivalencia funcional.....	237
2.2.1.- Polivalencia funcional inicial	237
2.2.2.- Polivalencia funcional posterior	240
2.3.- Conflictos clasificatorios posteriores en relación con la capacidad legal del trabajador	242
2.3.1.- Movilidad funcional a categoría profesional que exige titulación diferente de la comprometida pero poseída por el trabajador.....	246
2.3.2.- Movilidad funcional, por decisión unilateral empresarial, a un puesto de trabajo que exige titulación diferente de la contratada y no poseída por el trabajador.....	247
2.3.3.- Movilidad funcional, a iniciativa del empresario, a categoría profesional que el convenio colectivo establece como titulada	253
2.4.- Promoción profesional en la empresa y titulación del trabajador.....	256
2.4.1.- Introducción.....	256
2.4.2.- Marco constitucional y legal.....	257

2.4.3.- La discutida naturaleza jurídica del artículo 23 del ET	259
2.4.4.- El contenido del artículo 23	264
3º.- Zonas grises en la contratación de profesionales.....	273
3.1.- El ejercicio en grupo de profesiones liberales	275
3.1.1.- La agrupación de profesionales: un fenómeno en expansión	275
3.1.2.- Las relaciones entre profesionales: naturaleza jurídica	279
3.1.3.- Criterios para la búsqueda de elementos de laboralidad	281
3.1.4.- Un supuesto específico: las cooperativas de servicios	286
3.2.- <i>Pasantes</i> en despachos de abogados	294
3.2.1.- Introducción.....	294
3.2.2.- Estatuto General de la Abogacía Española: dualidad de regímenes jurídicos	295
3.2.3.- Delimitación contractual	296
3.3.- Colaboradores en medios de comunicación	301
3.3.1.- Empresas de comunicación y prestación de servicios	301
3.3.2.- Naturaleza jurídica de la prestación de servicios en medios de comunicación	302
3.3.3.- Reporteros gráficos: la STS de 31 de marzo de 1997: ajenidad y propiedad intelectual.....	306
3.3.4.- Otros aspectos cuestionados de la ajenidad en la prestación de servicios de reporteros gráficos: la ajenidad en los medios, la ajenidad en los riesgos y la ajenidad en el mercado	311
3.3.4.1.- La ajenidad en los medios.....	311
3.3.4.2.- La ajenidad en los riesgos.....	314
3.3.4.3.- La ajenidad en el mercado	315
3.3.5.- Otras cuestiones en la prestación de reporteros gráficos	318
3.4.- Contratación administrativa de profesionales liberales	320
3.4.1.- Régimen jurídico vigente.....	320
3.4.2.- Antecedentes: el contrato para trabajos específicos, concretos y no habituales	321
3.4.3.- Delimitación contractual: contrato de consultoría y asistencia o contrato de trabajo	325
3.5.- Profesionales liberales y docencia privada	329
3.5.1.- Cuestiones previas.....	329
3.5.2.- Criterios para el examen de la integración en el ámbito empresarial	330
3.6.- Personal sanitario al servicio de entidades aseguradoras privadas	333

3.6.1.- Naturaleza jurídica de la prestación de servicios médicos.....	333
3.6.2.- La relación entre el médico y la entidad aseguradora	336
3.6.2.1.- Reseña histórica de la normativa aplicable	338
3.6.2.2.- Las relaciones de los médicos y las entidades aseguradoras en la doctrina judicial	343

CAPÍTULO TERCERO: LÍMITES EN EL DESARROLLO DEL CONTRATO DE TRABAJO: PODER DE DIRECCIÓN Y PROFESIONAL ASALARIADO..... 351

1.- Autonomía técnica y dependencia jurídica 353

1.1.- Autonomía técnica y contrato de trabajo	355
1.2.- Contenido de la autonomía técnica	363
1.3.- Fundamento de la autonomía técnica.....	370
1.4.- Efectos de la autonomía técnica en el contrato de trabajo.....	374
1.5.- Independencia profesional y profesionales de la información	379

2.- Consecuencias del reconocimiento de la autonomía técnica del profesional: la responsabilidad del profesional asalariado frente a terceros 381

2.1.- Responsabilidad derivada de la legislación civil	383
2.1.1.- Fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno en el contrato de trabajo de profesionales.....	387
2.1.2.- Distribución de responsabilidades entre empresario y profesional asalariado.....	390
2.1.2.1.- La autonomía técnica y los fundamentos a favor de la distribución de responsabilidades.....	392
2.1.2.2.- Ocasionalidad y fundamentos a favor de la distribución de responsabilidades	395
2.1.2.3.- Fundamentos en contra de la distribución de responsabilidades	399
2.1.3.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación de los artículos 1902 y 1903 párrafo cuarto del Código civil	403
2.2.- Responsabilidades derivadas de la legislación penal	412

2.2.1.- La responsabilidad penal	412
2.2.2.- La responsabilidad civil derivada de delito o falta	415
2.3.- Responsabilidades administrativas	422
2.4.- Responsabilidad del profesional al servicio de la Administración pública.....	427
2.4.1.- Responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas	427
2.4.2.- Responsabilidad penal.....	433
2.4.3.- La acción de repetición	435
3.- Deontología profesional y deber de obediencia.....	438
3.1.- Deontología y Colegios Profesionales.....	442
3.2.- Deontología y Estatutos de Redacción de medios de comunicación.....	449
3.3.- Límites específicos de carácter ético en las prestaciones de servicios de los profesionales de la información, profesionales sanitarios y profesionales farmacéuticos.....	452
3.3.1.- La cláusula de conciencia de los profesionales de la información.....	452
3.3.1.1.- Ámbito subjetivo de aplicación	456
3.3.1.2.- Contenido objetivo.....	466
3.3.1.2.a. Extinción indemnizada de la relación. Presupuestos de aplicación	467
3.3.1.2.b. Consecuencias jurídicas.....	473
3.3.1.2.c.- Aspectos adjetivos: la ausencia de previsiones legislativas	478
3.3.1.2.d. <i>Ius resistentiae</i> y cláusula de conciencia	484
3.3.2.- Objeción de conciencia en los profesionales sanitarios	492
3.3.2.1.- La necesidad de regulación del derecho a la objeción de conciencia sanitaria: titulares del derecho y contenido del mismo	497
3.3.2.2.- Las proposiciones de ley presentadas relativas a la objeción de conciencia en la interrupción voluntaria del embarazo	498
3.3.2.3.- Objeción de conciencia sanitaria y relación de trabajo subordinado	502
3.3.3.- Objeción de conciencia y profesionales farmacéuticos.....	511
3.4.- Límites deontológicos al poder de dirección	516
4.- Garantías del poder directivo: el poder disciplinario del empresario. Convivencia con las facultades disciplinarias del Colegio profesional.....	521

4.1.- Régimen disciplinario laboral.....	527
4.2.- Régimen disciplinario colegial	533
4.3.- Duplicidad de regímenes disciplinarios: caracteres diferenciales y efectos	539
4.3.1.- Caracteres diferenciales.....	539
4.3.2.- Efectos	544
4.3.2.1.- La extinción del contrato por expulsión del Colegio profesional.....	546
Conclusiones.....	555
Bibliografía.....	591

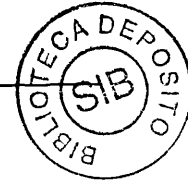
Indice de Abreviaturas

AAVV	Autores varios
AL	Actualidad Laboral
AN	Audiencia Nacional
ANFC	Acuerdo Nacional de Formación Continua
Ar.	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
AS	Aranzadi Social
BOCG	Boletín Oficial del Congreso
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Contencioso administrativo
CCAA	Comunidades Autónomas
CCOO	Comisiones Obreras
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978
CEE	Comunidad Económica Europea
CEOE	Confederación Española de organizaciones empresariales
CEPYME	Confederación Española de pequeñas y medianas empresas
DA	Disposición Adicional
ET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo
FAPE	Federación de Asociaciones de la Prensa de España
IAE	Impuesto de Actividades Económicas
INEM	Instituto Nacional de Empleo
IRPF	Impuesto sobre la renta de las personas físicas
IVA	Impuesto sobre el valor añadido
LCP	Ley de Colegios Profesionales

LCT	Ley de Contrato de Trabajo, de 21 de noviembre de 1931 y de 26 de enero de 1944
LGDCU	Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de julio
LGSS	Ley General de Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por RDLeg. 1/1994, de 20 de junio
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto
LISOS	Ley de Infracciones y sanciones del orden social, aprobado por RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto
LO	Ley Orgánica
LOGSE	Ley de Ordenación General del Sistema Educativo, Ley 1/1990, de 3 de octubre
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de julio
LOU	Ley Orgánica de Universidades, Ley 6/2001, de 21 de diciembre
LPI	Ley de Propiedad Intelectual, texto refundido aprobado por RDLeg. 1/1996, de 12 de abril
LPL	Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido aprobado por RDLeg. 2/1995, de 7 de abril
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM	Orden Ministerial
RD	Real Decreto
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
SsTS	Sentencias del Tribunal Supremo
SsTSJ	Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ	Sentencia de Tribunales Superiores de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante el RDLeg. 2/2000, de 16 de junio
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
ud	Unificación de doctrina
UE	Unión Europea
UGT	Unión General de Trabajadores

Introducción



Hablar de profesionales asalariados o de ejercicio asalariado de profesiones liberales puede parecer *a priori* una contradicción.

En efecto, nada hay aparentemente más alejado del trabajo asalariado que el ejercicio de profesiones liberales. Nada tan opuesto como la subordinación jurídica y la autonomía característica de las profesiones liberales.

Y así, sin lugar a dudas, puede afirmarse que la figura del profesional asalariado viene a ser consecuencia de un choque de culturas¹, y, en consecuencia, es posible cuestionarse si se trata de un asalariado aventajado por su independencia o un profesional con una subordinación reforzada por estar sometido no únicamente a las normas deontológicas y colegiales, sino también al poder disciplinario laboral.

Efectivamente, el profesional asalariado es un ser híbrido², al tiempo subordinado y al tiempo independiente. Por un lado, se trata de un profesional con subordinación reforzada en muchas cuestiones, desde

¹ Expresión utilizada por BERRA, D.: Preface a RENAUX-PERSONNIC, V: *L'avocat salarié: entre indépendance et subordination*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, pág. 7.

² BERRA, D.: Preface a RENAUX-PERSONNIC, V: *L'avocat salarié: entre indépendance et subordination*, cit., pág. 9.

luego respecto al ejercicio libre de las profesiones, pero también respecto al asalariado común. Pero por otro lado, no puede desconocerse el reconocimiento de campos de autonomía irreconocibles en las mayoría de los trabajadores por cuenta ajena.

Efectuar un acercamiento a la prestación de servicios de los profesionales asalariados encuentra dificultades especialmente por dos motivos.

En primer lugar, porque requiere una vuelta al estudio de los elementos esenciales del contrato de trabajo, terreno dificultoso por lo resbaladizo y por la gran variedad de matices que genera.

Imposible, sin embargo, escapar al intento de adaptar la concurrencia de esos elementos esenciales que caracterizan las prestaciones dependientes. Efectivamente, el regreso a los mismos se justifica porque debe encontrarse la conciliación entre la subordinación propia de las relaciones laborales y la indudable autonomía que *a priori* aparece en el ejercicio de profesiones liberales, y que sin duda acompaña a todas las profesiones en que se realizan funciones de alto contenido técnico y científico.

En segundo lugar, el ejercicio asalariado de profesiones liberales no se somete exclusivamente a las normas imperativas del Derecho del Trabajo. Junto a ellas se produce un evidente sometimiento a las normas

deontológicas y resto de imperativos derivados de la absoluta exigencia de pertenencia a un ente colegial.

La cuestión no es irrelevante. Justamente, la necesaria pertenencia al Colegio profesional correspondiente vendrá a afectar principalmente a la propia validez del contrato, ya que, como veremos, la delimitación de su objeto deberá tener en cuenta los requisitos exigidos para el válido ejercicio profesional.

Pero no afecta únicamente al acceso a la profesión. Las exigencias derivadas del tratamiento como profesiones colegiadas supondrá asimismo la introducción de componentes deontológicos de necesario respeto.

Además, el incumplimiento de las normas deontológicas podrá derivar en la imposición de sanciones que alcanzan en sus grados superiores a la separación de la profesión, de modo temporal o definitivamente, lo que no se puede ocultar determinará la permanencia de la relación laboral.

A pesar de su indudable relevancia, no son las normas colegiales, exclusivamente, las que intervienen en el ejercicio de las profesiones liberales. También las normas administrativas en materia de expedición de títulos, las normas penales que tratan de proteger el mercado de posibles conductas intrusistas y, desde luego, las normas garantistas de la objeción de conciencia de profesionales de la información y de los sanitarios y farmacéuticos, determinarán el modo en que se producirá el ejercicio asalariado de las profesiones, insertando

límites al poder directivo y a las facultades reguladoras de la autonomía individual.

Sin embargo, una dificultad más debe añadirse en la problemática delimitación conceptual de los términos de este trabajo. Desde luego no se contempla una definición en el Derecho laboral de lo que debe entenderse por profesional asalariado. Pero esta difícil determinación se acompaña de la complicada dificultad de encontrar un concepto unívoco de profesional liberal, ya que desde las diferentes ramas del Derecho se contempla la figura de un modo diferente, de tal manera que podemos afirmar que nos encontramos ante una figura poliédrica.

Para evidenciar el interés del estudio del profesional asalariado podemos referirnos, junto a las cuestiones anteriores, a las indudables variaciones que se han producido en el ejercicio de las profesiones liberales.

En efecto, es preciso tener en cuenta que el desempeño de las clásicas profesiones liberales se ha modificado sustancialmente, de tal modo que se ha producido, a mi parecer, un incremento de los campos de subordinación.

En primer lugar, se ha derivado un aumento en el número de prestadores de servicios liberales e

intelectuales por la conocida generalización de los estudios universitarios.

Este número creciente de sujetos cualificados para la prestación de servicios intelectuales es, por una parte, absorbidos por el sector público, en el que ha aumentado considerablemente, en las últimas décadas, el número de profesionales que prestan servicios en su seno. Si esta incorporación a la Administración se produce no mediante una colaboración autónoma y esporádica con ésta, sino mediante su inserción en el sector público, posicionándose como personal administrativo o laboral, nos encontramos ya con un profesional subordinado, con independencia de la posible no aplicación al mismo de las normas laborales por cuestiones de política legislativa.

El sector público absorbe así como empleador un gran número de profesionales titulados.

Pero además la prestación de servicios en el mercado libre también ha sufrido grandes modificaciones.

Por un lado, es difícil mantener en posiciones competitivas el ejercicio individual de profesiones liberales. En efecto, las exigencias de especialización y al tiempo la competencia que produce el aumento del número de profesionales, frecuentemente lleva a la creación de agrupaciones de profesionales que ofrecen servicios multidisciplinarios.

Pues bien, cuando se produce este ejercicio en grupo es posible también encontrar vínculos dependientes

entre la persona más relevante del grupo y el resto de miembros del mismo³.

Finalmente, pese al creciente fenómeno de descentralización que se aprecia en las formas de organización empresarial⁴, que ha generado la aparición de formas externas de realización de parte del proceso productivo empresarial, y que provoca la aparición de multitud de microempresas y la multiplicación del trabajo autónomo⁵, hay que tener en cuenta y analizar si realmente se está acudiendo a un profesional autónomo, - esto es, si el profesional mantiene su autonomía no sólo técnica sino también jurídica-, o, por el contrario, si pese a la apariencia de servicios descentralizados el

³ Véase *Capítulo segundo*.

⁴ Descentralización caracterizada por dos rasgos: la fragmentación del ciclo productivo y la externalización de ciertas fases de dicho ciclo. El efecto que crea, de este modo, la descentralización en el paradigma de empresa es la constitución de lo que se viene a denominar empresa-red. En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa", en *Relaciones Laborales* n° 18/2001, pág. 5. Del mismo autor, "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo", en *Relaciones Laborales* n° 20/2001.

⁵ En este sentido, LUJÁN ALCARÁZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, pág. 567. También sobre la expansión del trabajo autónomo como consecuencia de la descentralización productiva, así como sobre las consecuencias que ello produce en el perfil del autónomo, VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo", cit. pág. 9.

profesional mantiene con el empresario vínculos dependientes, y en consecuencia deben resultarle aplicables las normas laborales.

Así, se ha señalado la frecuencia de utilización abusiva de contratación de profesionales liberales como autónomos, esto es, la inadecuada contratación de pseudoautónomos⁶, apareciendo con frecuencia indicios de dependencia en relaciones aparentemente formalizadas con profesionales autónomos⁷.

⁶ PEDRAJAS MORENO, A.: "Cesión de trabajadores y contratas. Una visión práctica", Conferencia pronunciada el 8 de febrero de 2001, en la Universitat de Valencia, Dep. Dret del Treball i de la Seguretat Social.

⁷ PEDRAJAS MORENO, A.: "Cesión de trabajadores y contratas. Una visión práctica", cit.. En concreto se mencionan como indicios de laboralidad a analizar: la posibilidad o no de sustituibilidad del profesional como indicio de trabajo personalísimo; la prestación de servicios en el centro de trabajo de la empresa, la imposibilidad del profesional de fijar el tiempo de trabajo, la existencia de instrucciones específicas sobre el modo de ejecutar su encargo, apercibimientos o sanciones, encargos sin sustantividad dentro de las cotidianas de la empresa (o intercambiables con los de los trabajadores de la empresa) o la obstaculización de la independencia mediante pactos de exclusividad, todos éstos indicios de dependencia; finalmente, como elementos característicos de ajenidad se señala como necesario el análisis de la presencia o ausencia de riesgo en la prestación de servicios, fijando la atención a la aportación de materiales o el mantenimiento de los mismos, o a la presencia de personal a cargo del profesional, entre otros.

De este modo la estructura del trabajo responde a las siguientes cuestiones.

En el primer Capítulo se pretende dar respuesta a los interrogantes en torno a las compatibilidades del profesional liberal y el contrato de trabajo, mediante un acercamiento histórico a la coexistencia del contrato de trabajo y el trabajo intelectual, una delimitación conceptual del contrato de trabajo y su separación del contrato de arrendamiento de servicios, y junto a ambos una localización de la figura del profesional liberal en otras ramas del Derecho.

Así, se acude a la normativa comunitaria que nos aproxima a los conceptos de profesión regulada o intervenida y actividad profesional regulada, de inevitable transposición en nuestro derecho interno.

Pero también, y junto a una justificación desde un punto de vista constitucional de este intervencionismo normativo en el ejercicio de algunas profesiones, se efectúa una aproximación a los conceptos de profesional liberal que se utilizan en nuestro derecho interno, tanto en el derecho público como en el derecho privado.

Pues bien. Una vez analizadas las cuestiones previas relativas a la delimitación conceptual de contrato de trabajo y de profesional, y determinada la posibilidad de celebración de un contrato de trabajo entre un empresario y un trabajador con el objetivo de realizar funciones propias de las denominadas profesiones

liberales, el Capítulo segundo pretende efectuar el análisis de los conflictos que genera en el contrato de trabajo la presencia de un trabajador con un alto nivel de cualificación, así como la realización de funciones para las que resulta necesarias la posesión de un título y la adscripción a un Colegio profesional, circunstancias ambas que, sin duda, vincularán el acceso al contrato de trabajo.

De este modo se analizan los límites que dichos requisitos supondrán en la capacidad empresarial de contratación, así como su influencia en el consentimiento y en el objeto del contrato de trabajo.

Igualmente, se estudian otras instituciones laborales que resultan configuradas en nuestro Derecho del Trabajo teniendo presente la posible titulación del trabajador y, desde este punto de vista, no debe ignorarse la regulación del período de prueba, la posibilidad de acceder a una modalidad contractual vinculada a la posesión de títulos, así como las influencias que el título del trabajador ejerce sobre el poder organizativo del empresario: también la movilidad funcional o la promoción profesional del trabajador en la empresa girarán en torno a esta exigencia de titulación, o a los mecanismos para su adquisición.

En todo caso, será necesario advertir que la concurrencia de notas aisladas de subordinación no puede

convertir el ejercicio libre de profesiones en ejercicio asalariado.

Es fácil, desde luego, apreciar, en apariencia, en muchas relaciones de profesionales algunas notas semejantes a las notas de laboralidad, por lo que resulta preciso adentrarse en el estudio de estas *zonas grises*, para comprobar si efectivamente se trata de relaciones en las que deberá estarse a un sometimiento de la normativa laboral.

En este mismo sentido, debe también ponerse de manifiesto la presencia en el mercado de trabajo de relaciones en las que, por el contrario, se huye de las normas laborales, configurándose formalmente relaciones ajenas a la laboralidad, pero en las que concurren indicios de subordinación tan indiscutibles, que, pese a las reticencias judiciales, puede afirmarse la concurrencia de dependencia y ajenidad laborales.

En este punto, se pretende alcanzar una visión sobre supuestos de calificación dudosa, teniendo en cuenta, por un lado, el modo de ejercicio, pero sobre todo, los diferentes sectores de producción en que se desarrollan las profesiones liberales.

Así, junto al estudio de las relaciones que se crean entre los miembros de las agrupaciones de profesionales, se dedica especial atención a las relaciones formativas en el marco de estas profesiones, con hincapié en el caso de los pasantes en despachos de abogados, por la generalización en el mercado de este

tipo de prestaciones y por su absoluta huida del Derecho del Trabajo.

Igualmente, cabe apreciar un especial desprecio a las normas laborales en las relaciones que se desarrollan en las empresas de comunicación, en las que conviven relaciones laborales en idénticas condiciones de trabajo que prestaciones en las que la autonomía individual las excluye del ámbito del Derecho del Trabajo, en mi opinión de un modo claramente constitutivo y con el consiguiente perjuicio para éstos últimos.

No de menos relevancia resultan las contrataciones administrativas de profesionales liberales, en las que también resulta difícil la delimitación contractual entre los modelos administrativos y los laborales.

Finalmente, también en el sector de la docencia privada la contratación de profesionales puede resultar de dudosa calificación.

Y para acabar el capítulo no puede dejarse de referenciar las especiales peculiaridades de la relación que mantienen el personal sanitario al servicio de entidades aseguradoras privadas, en las que la relación triangular médico- paciente- entidad aseguradora pugna por mantenerse en el ámbito no laboral de prestación de servicios.

Resulta necesario advertir, por último, que la concurrencia de circunstancias específicas en este tipo

de trabajadores desarrollará un modelo de relación laboral en el que cabe apreciar diferencias con respecto a la relación laboral ordinaria.

Dichas diferencias no podrán suponer, en ningún caso, la ausencia de las notas de laboralidad, pero sí una cierta modalización de las mismas. En concreto, el elemento de laboralidad que resulta ciertamente afectado por las peculiaridades del trabajador-profesional es la dependencia o subordinación, que genera que, en este tipo de relación laboral, el poder directivo empresarial encuentre límites derivados no sólo de la posesión por el trabajador de conocimientos técnicos avalados por el título que posibilita el acceso a la profesión, sino también por la existencia de normas de naturaleza no laboral, pero que interceden en el efectivo desarrollo de la prestación de servicios.

En este sentido, la existencia del Colegio profesional, la adscripción obligatoria al mismo como condición necesaria para el ejercicio profesional, y la capacidad del mencionado ente para dictar normas deontológicas y disciplinarias con el objetivo de ordenar la actividad profesional, no pueden sino afectar a los poderes y facultades empresariales.

Al conjunto de los límites que se imponen al poder directivo empresarial, y sus consecuencias jurídicas se dedica el Capítulo tercero.

En efecto, el ejercicio de funciones propias de profesiones de alto nivel de cualificación permiten al trabajador gozar de un campo de autonomía técnica que, en

ocasiones, puede resultar insólito en el ámbito de las relaciones laborales. Resulta por ello preciso adentrarse en el estudio de esa autonomía técnica y su compatibilidad con la subordinación jurídica propia de las relaciones laborales. Pero es que además, como consecuencia del reconocimiento de esa autonomía técnica también al profesional asalariado, es preciso cuestionarse los fundamentos de la atribución de responsabilidades (civiles, penales y administrativas) a empresario y trabajador, pues debe partirse de la existencia de ámbitos de actuación del trabajador en los que no debe existir injerencia empresarial.

Junto a estas cuestiones se incluyen otros posibles límites al poder directivo empresarial que pueden derivar de las normas deontológicas. En efecto, estas normas deontológicas generan, en muchas ocasiones, una diferente configuración del deber de obediencia, por el reconocimiento (incluso normativo) de supuestos de resistencia a órdenes empresariales.

Finalmente, también el poder disciplinario resulta afectado en estas relaciones laborales con profesionales liberales. En este sentido, debe reconocerse la existencia de dos entes con facultades disciplinarias sobre los profesionales asalariados: el empresario y el Colegio profesional. Ello obligará al estudio de las compatibilidades de su posible ejercicio sobre los mismos sujetos y ante los mismos hechos, así como el juego ante la concurrencia de sanciones.

Como puede apreciarse no se trata de un análisis de diferentes y típicas profesiones liberales cuando su ejercicio se produce de modo asalariado.

Lo pretendido ha sido, por el contrario, el acercamiento desde el contrato de trabajo, y, además, efectuado de un modo global o conjunto, aproximándonos así a un tratamiento único de las diferentes profesiones liberales en régimen asalariado.

Efectivamente, se trata de contemplar el comportamiento y la adaptación del contrato de trabajo cuando el trabajador no es el modelo de sujeto para el que se creó, en su inicio, el contrato de trabajo. No estamos ante un trabajador manual, débil jurídica, económica y técnicamente.

Pero ello no impide la relación laboral. Lo que sí que impide es que ésta siga las mismas pautas cuando se concierta con profesionales liberales, con trabajadores cualificados que requieren el mantenimiento de un alto grado de autonomía técnica en el desarrollo de sus funciones, pero al tiempo mantienen vínculos dependientes con el empresario.

El estudio que se propone es, pues, una investigación del comportamiento del contrato de trabajo formalizado con un profesional liberal, o lo que es lo mismo, un análisis del modo de ejercicio asalariado de profesiones liberales.

CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPTO DE PROFESIONAL

1.- Cuestiones previas

La primera aproximación que ha de hacerse al iniciar el análisis en torno a la prestación asalariada de servicios profesionales ineludiblemente debe recaer sobre tres cuestiones fundamentales.

Una de ellas indudablemente debe ser un acercamiento a la determinación conceptual de lo que jurídicamente se entiende por *profesional liberal*, cuestión de dificultad delimitadora notoria, fundamentalmente porque, como veremos, no resulta posible efectuar una delimitación conceptual unitaria de esta figura jurídica. Aún a pesar de las dificultades (o incapacidades) es necesaria esta aproximación como presupuesto previo para poder realizar el estudio de las peculiaridades que para este tipo de sujetos presenta su prestación de servicios laborales.

Pero además, el análisis de la prestación de servicios de un *profesional* en el marco de un *contrato de trabajo* exige la identificación de lo que debe entenderse por *contrato de trabajo*, marco jurídico en el cual se enmarcará la relación objeto de estudio. La delimitación tampoco resulta fácil, como lo demuestran las permanentes situaciones conflictivas en sede judicial y los continuos ensayos doctrinales sobre la cuestión.

Necesariamente también habrá de concretarse cuándo profesional y contrato de trabajo son conceptos jurídicos compatibles, esto es, cuándo se dan las

circunstancias necesarias para afirmar que un profesional desarrolla las funciones propias de su actividad inserto en una relación laboral. La cuestión, ahora ya pacíficamente admitida, no ha sido, sin embargo, tan despejada en los inicios de las normas laborales.

1.1. - Contrato de trabajo y profesional

1.1.1.- Primeras manifestaciones del binomio profesional/contrato de trabajo

Como se sabe el nacimiento del contrato de trabajo vino de la mano del legislador ordinario con la finalidad de restablecer el equilibrio contractual, liberando al trabajador de las duras imposiciones en las condiciones de trabajo que derivaban de la introducción del sistema capitalista de producción. Así, el nacimiento del Derecho del Trabajo tiene un destinatario de fronteras perfectamente definidas: la clase obrera, y únicamente a ella se dirigían las protectoras y paternalistas primeras normas laborales¹.

¹ Así, las primeras normas laborales van dirigidas a una población perfectamente identificada sociológicamente: la que efectúa un trabajo por cuenta ajena y subordinado, de carácter manual en actividades industriales, en empresas con un alto número de trabajadores, insertas en el medio urbano. En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: "El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado", en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 169. Véase también SOSA MANCHA, M^a T.: *La emergencia del contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo: 1821-1924)*, Civitas/Fundación de Relaciones Laborales de Extremadura, Madrid, 2002, págs. 203 y ss.

Este modelo de trabajador, sometido a una estrecha subordinación jurídica, constituirá en su inicio el único sujeto hábil para la formalización del modelo de contrato de trabajo, surgido de la evolución que supone la suma del contrato civil de arrendamiento de servicios y las sucesivas normas laborales de protección del considerado contratante débil.

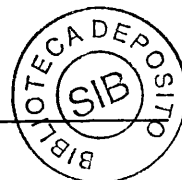
Se constituía de este modo un modelo muy rígido de relaciones laborales, con unos ámbitos de aplicación de contornos muy estrictos.

No era posible, por tanto, concebir, en ese momento histórico, para el interprete jurídico, el acceso al trabajo asalariado de las clásicas profesiones liberales.

Pero la imposibilidad no debe reducirse a los profesionales liberales. Cualquier tipo de trabajo intelectual escapaba también de la posibilidad de vincularse laboralmente con un empresario.

El progresivo acercamiento de estas figuras² necesitaba así de una relajación de los conceptos delimitadores del contrato de trabajo, situación que derivó de la acción conjunta del legislador, que debía

² Se ha señalado así que la extensión de labores manuales a trabajos intelectuales comenzó con la inclusión de los trabajos administrativos, para pasar más adelante a los de mayor cualificación profesional, o de más cercana vinculación a la dirección de la empresa. En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: "El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado", cit., pág. 172.



aceptar al menos la inclusión del trabajo intelectual en el ámbito de aplicación del contrato, pero sobre todo fue decisiva una labor flexibilizadora en la interpretación de los elementos esenciales del contrato de trabajo que efectuaron los tribunales.

Efectivamente la específica aceptación de la posibilidad de vincular el profesional liberal y el contrato de trabajo no vino de la mano del legislador, sino que se trató más bien de un acercamiento jurisprudencial.

Desde un punto de vista normativo es conocido que el primer texto legislativo que reguló el contrato de trabajo en nuestro país fue el Código de Trabajo de 23 de agosto de 1926. De acuerdo con el artículo 1 de este Código de Trabajo *se entenderá por contrato de trabajo aquel en virtud del cual un obrero se obliga a ejecutar una obra o prestar unos servicios a un patrono por precio cierto.*

Sujeto del contrato de trabajo es únicamente el que ejecuta un trabajo manual, y, en este sentido, el artículo 427 del mencionado Código de Trabajo entiende por obrero *la persona natural o jurídica que preste habitualmente un trabajo manual por cuenta ajena.*

De este modo, la aplicación del contrato de trabajo se aseguraba para los trabajadores manuales u obreros, mientras que los trabajadores intelectuales

continuaban vinculándose en virtud del contrato civil de arrendamiento de servicios³.

El Código de Trabajo de 1926 era heredero de la concepción originaria del Derecho del Trabajo, que se concibió como ordenamiento protector del trabajador manual, en cuanto sujeto económica, social y jurídicamente débil.

La aprobación de la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 significó una aparente ampliación del concepto de trabajador. En la nueva ley, artículo 6, será considerado trabajador tanto el que presta servicios manuales como intelectuales⁴.

El reconocimiento legal de la posibilidad de unir a los trabajadores intelectuales con el contrato de trabajo, pese a la amplitud y claridad del mencionado artículo 6, que parece revelar una voluntad manifiesta del legislador de incluir en el ámbito subjetivo del contrato de trabajo al trabajador intelectual⁵, se debe

³ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, pág. 32.

⁴ Aunque ya en Proyectos de Ley anteriores se concibe al trabajador prescindiendo de la nota de manualidad. Así puede verse en SOSA MANCHA, M^a T.: *La emergencia del contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo: 1821-1924)*, cit., págs. 206 y ss.

⁵ Por trabajador intelectual entendemos el que en posesión de títulos de diversa entidad (titulados) pone a disposición del empleador un esfuerzo predominantemente mental e incluso, aquel que tan sólo en posesión de

poner en relación con el contenido del artículo 7 de la misma ley, que reducía de hecho la aplicación de las normas laborales a estos trabajadores mediante la introducción del concepto de la *capacidad técnica* como identificador de la independencia en la realización de las funciones. En efecto, el artículo 7 impedía el acceso a la relación laboral a aquellos trabajadores que ostentasen una *elevada capacidad técnica*⁶.

Y fue esta previsión, aplicada extensivamente a los trabajadores intelectuales, la que obstaculizó la aplicación de las normas laborales a este colectivo de *trabajadores*⁷.

Esta situación se mantuvo, no admitiéndose la contratación laboral de servicios profesionales, hasta la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1940**⁸,

técnicas o conocimientos especiales no realizan un esfuerzo predominantemente manual. Definición tomada de DE LA VILLA GIL, L.E.: "Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español", *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, Valencia, nº 4/1972, pág. 17.

⁶ Artículo 7 LCT: "No regirá esta ley para los directores, gerentes y altos funcionarios de las empresas que por la representación que puedan ostentar de éstas, por su elevada capacidad técnica, importancia de sus emolumentos y por la índole de su labor, puedan ser considerados independientes de su trabajo".

⁷ También la posterior LCT de 1944 incluye las previsiones de inclusión específica de trabajadores intelectuales, y exclusión de aquellos en que concurra una elevada capacidad técnica (artículos 6 y 7).

⁸ Ar.940. El Tribunal considera que un ingeniero en el cometido de las funciones propias de su profesión

que superó el obstáculo que tradicionalmente había impedido la laboralización de servicios intelectuales⁹: la independencia técnica derivada de la alta cualificación intelectual con que los profesionales prestan sus servicios.

Posteriormente también las **Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1941¹⁰ y de 15 de abril de 1941¹¹**, ambas referidas a contratación de servicios de médicos¹², admiten la laboralidad de las prestaciones de servicios intelectuales.

se halla comprendido entre los trabajadores que enumera el artículo 5 de la LCT.

⁹ Extensamente MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *La contratación laboral de servicios profesionales*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1988, pág. 21 y ss. También LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, ob.cit., pág. 445 y ss.; MONTOYA MELGAR/CÁMARA BOTIA: *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 10, y MONTOYA MELGAR/CÁMARA BOTIA: *Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 10 y ss.

¹⁰ Ar. 526.

¹¹ Ar. 540.

¹² En la primera de ellas se afirma: "Dado el carácter tuitivo de la legislación laboral y en atención a las necesidades sociales, las disposiciones protectoras para los obreros fueron ampliadas en su esfera de acción por la LCT de 21 de noviembre de 1931 en el sentido de comprender en tal concepción no sólo a las personas que prestan un trabajo manual sino (...) a los llamados trabajadores intelectuales, por lo que a partir de la vigencia de la misma pueden éstos celebrar contratos de trabajo para la prestación de servicios correspondientes

La inclusión es, a pesar de todo, limitada.

De esta época son también las Reglamentaciones de Trabajo dictadas al amparo de la Ley de 16 de octubre de 1942, que incluían en su ámbito a los *licenciados*, entendiéndose por tal al personal titulado que ejerce su cometido de modo exclusivo o preferente¹³.

Como resulta apreciable la exclusividad o preferencia de los servicios pasa a ser requisito imprescindible para la laboralización de prestaciones de trabajadores intelectuales¹⁴, a diferencia del trabajador manual al que no se le exigía esta condición.

La evolución jurisprudencial posterior permitió finalizar esta tendencia, admitiendo la interpretación de la exclusividad como nota prescindible de laboralidad, ya

a sus respectivas profesiones entre la que ha de estimarse comprendida la de Medicina..."

¹³ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *La contratación laboral de servicios profesionales*, ob.cit., pág.27.

¹⁴ En este sentido, puede verse la OM de 10 de febrero de 1948 (BOE 16 de febrero), por la que se determinan las condiciones en que los licenciados han de comprenderse en las Reglamentaciones Nacionales de las Industrias de Agua, Gas y electricidad, que confirma la exigencia de preferencia en los servicios prestados por profesionales: *"Este Ministerio ha tenido a bien acordar que los licenciados en Derecho, Medicina, Ciencias y Farmacia y Auxiliares de éstos se entenderán afectados por la correspondiente Reglamentación del ramo a que pertenezcan, siempre y cuando presten su actividad a la empresa donde trabajan de manera preferente, aunque su jornada no tenga horario establecido o éste no coincida con el señalado por la empresa para el resto del personal"*.

que no constituía (ni constituye) nota típica del contrato de trabajo¹⁵.

1.1.2.- Y permanentes reticencias

Las posteriores Ley de Relaciones Laborales de 1976 y Estatuto de los Trabajadores de 1980, así como la redacción vigente del Estatuto, el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo¹⁶, no mencionan en su ámbito de aplicación a los trabajadores intelectuales, ni como exclusión ni tampoco como inclusión específica, lo que constata la efectividad de la posibilidad de contratación laboral de este tipo de servicios, y una tímida superación de las trabas impuestas anteriormente a la laboralidad de los servicios intelectuales y profesionales.

En efecto, este tenue avance legislativo y judicial de admisión de laboralidad con independencia de la manualidad o intelectualidad de los servicios resulta de aplicación ciertamente restrictiva cuando la duda de la efectividad del contrato de trabajo debe efectuarse sobre las denominadas tradicionalmente *profesiones*

¹⁵ SsTS de 21 de enero de 1964, Ar.460, y de 13 de abril de 1966, Ar.1719, en la que se afirma *"ni la exclusividad, ni la preferencia en una tarea, ni la precisa jornada laboral son elementos indispensables del contrato de trabajo"*.

¹⁶ Las posteriores referencias a este texto legislativo se harán bajo la denominación de *Estatuto de los Trabajadores*.

liberales, prototipo de trabajo intelectual (médicos, abogados, ingenieros, arquitectos).

En efecto, puede constatarse que la jurisprudencia ha sido (y continua siendo) reticente a la hora de calificar como laborales las prestaciones de servicios de estos profesionales¹⁷.

Las razones de estas reticencias se pueden encontrar en las dificultades de separación entre el contrato de trabajo y el contrato civil de arrendamiento de servicios¹⁸, en el que tradicionalmente se han enmarcado las prestaciones de servicios profesionales; pero también en la no aplicación de la presunción de laboralidad ni de la *vis atractiva* del contrato de trabajo a relaciones consideradas característicamente no dependientes, y fundamentalmente, en la autonomía técnica con que estos profesionales prestan sus servicios, lo que

¹⁷ En este sentido, MONTOYA MELGAR/CÁMARA BOTIA(: *Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas*, cit., pág. 11) afirman: "Sin embargo, la superación de estos clásicos indicios de dependencia por la jurisprudencia se ha reflejado más en el terreno de las declaraciones abstractas y genéricas que en su efectivo desuso, pues a la hora de ponderar cada caso concreto no se duda en recurrir a ellos."

¹⁸ SsTS 9 de febrero de 1990, Ar.886, de 11 de abril de 1990, Ar.3460, de 22 de abril de 1996, Ar.3334, de 16 de mayo de 1997, Ar. 4194, de 6 de marzo de 1998, Ar.2618, y de 27 de marzo de 1998, Ar.2868.

suaviza considerablemente la concurrencia de la dependencia técnica y funcional¹⁹.

Así pues, en la calificación de estas relaciones de trabajo la jurisprudencia suele tender a la aplicación del carácter civil de la relación, ya que, salvo prueba en contrario, se presume que el trabajo del profesional liberal se ejecuta en régimen de independencia, recayendo sobre éste la acreditación de su condición de asalariado.

En efecto, es apreciable la aplicación de lo que se viene a denominar **presunción de trabajo libre**, según la cual en los casos de duda aparece como decisiva la circunstancia de ser el trabajador un profesional liberal que presta servicios propios de su titulación²⁰.

¹⁹ Véase respecto a la relación laboral de abogados, pero extensible en muchas de sus consideraciones al resto de prestaciones de servicios de profesionales, GARCÍA RUBIO, A.: "Criterios jurisprudenciales en materia de calificación contractual de los servicios prestados por abogados", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 21/1996, pág. 120. De la misma autora: "La calificación de los servicios prestados por los abogados: ¿contrato de trabajo o arrendamiento de servicios?", en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Universitat de València, Valencia, 1996, pág. 668.

²⁰ Véanse entre otras las siguientes SsTS de 11 de enero de 1967, Ar. 6369, de 18 de diciembre de 1978, Ar.7179, de 2 de julio de 1982, Ar.4120, de 12 de enero de 1984, Ar.168, de 20 de julio de 1984, Ar.6521, de 5 de julio de 1984, Ar.6097, de 21 de septiembre de 1990, Ar.7926; en contra STS (CA) de 23 de abril de 1990, Ar.3138.

Sin embargo, creo que se evidencia que el criterio que debe prevalecer es el de la dependencia jurídica, caracterizada por la integración del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empresario, que no supondrá, en ningún caso, una disminución de la autonomía en el cómo llevar a término el servicio por cuenta ajena aunque sí una reducción y sacrificio de la plena autonomía característica del ejercicio de la profesión liberal²¹, lo que no puede ser impedimento para la existencia de contrato de trabajo²².

En definitiva, nada impide afirmar con rotundidad que la existencia de contrato de trabajo, y en consecuencia de relación laboral, no puede venir determinada por el tipo de actividad realizada, ni, por supuesto, por la condición de "intelectual" del sujeto prestador de servicios²³, sino por la concurrencia de las notas de laboralidad concretadas en la legislación

²¹ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., pág. 452.

²² Tal y como ha venido a afirmar la jurisprudencia, *la plena autonomía en el cómo llevar a término el servicio por cuenta ajena, por corresponder a la personalidad científica, artística o técnica del ejecutor inconciliable con la injerencia del patrono en este aspecto, pero no excluyente en absoluto de toda idea de dependencia ...; véanse estas manifestaciones en la STS de 19 de abril de 1966, Ar. 2145.*

²³ Resultando por ello "*pacíficamente admitido que actividades típicas de profesiones liberales (intelectuales) pueden ser desarrolladas como expresión de un contrato de trabajo subordinado*", como señala SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La relación de servicios del abogado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 113.

vigente (artículos 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores): dependencia y ajenidad fundamentalmente, pero también voluntariedad, naturaleza personalísima, prestación de servicios y retribución salarial.

Además resulta constatable un renovado aumento en la asalarización de este tipo de prestaciones de servicios, más profundo en las profesiones técnicas pero igualmente verificable en las clásicas profesiones liberales²⁴.

²⁴ OLAVARRÍA IGLESIA, J.: *El ejercicio de las profesiones liberales: la transición del ejercicio individual al ejercicio organizado*, Tesis doctoral inédita, Valencia, 1992, págs. 86 y ss. y 325 y ss., para el cual el fenómeno se puede justificar en una serie de causas: juntamente con la terciarización de la economía, el crecimiento del aparato del Estado y su intervención directa en la economía y en la prestación de servicios a la población, así como la funcionarización de determinadas profesiones por la integración masiva en la administración.

También SOUVIRON MORENILLA, J.M^a: *La configuración jurídica de las profesiones tituladas*, Madrid, 1988, pág. 17, pone de manifiesto el fenómeno de conversión del profesional liberal independiente en asalariado así como el papel del sector público como máximo empleador.

Al proceso de asalarización de profesionales han contribuido, en opinión de GALLEGO MORALES, A.J. ("Profesionalización, desprofesionalización y fórmulas organizativas", en AAVV: *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Universidad de Granada, Granada, 1993, pág. 107), dos factores: el aumento del número de profesionales y el cambio en la concepción de su trabajo, en relación con la independencia profesional. Es necesario señalar que en el fenómeno hay que tener en cuenta el proceso de complejidad que han ido adquiriendo

los sistemas de producción, que supone la necesidad de trasladar a la empresa la *destreza* característica de las actividades independientes de los profesionales liberales (*ibídem*, pág. 105).

Igualmente LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 78.

1.2. Contrato de trabajo: presupuestos de laboralidad

No resulta fácil efectuar una delimitación precisa e irrefutable del concepto de contrato de trabajo, ni siquiera de lo que han venido a denominarse presupuestos de laboralidad o notas esenciales del contrato de trabajo. Ni tampoco es éste el objetivo ahora pretendido. Únicamente se va a procurar proyectar los lugares más o menos comunes o admitidos en torno a lo que sin duda se puede considerar la esencia del Derecho del Trabajo, pero no por ello exento de polémicas doctrinales y jurisprudenciales.

El estudio legislativo sin duda debe ir acompañado del análisis jurisprudencial, pues es en este ámbito en el que residen y se reflejan las dificultades a la hora de calificar las concretas relaciones jurídicas.

Del contenido de los artículos 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores parece derivarse que por contrato de trabajo debe entenderse el acuerdo entre trabajador y empresario por el que aquél voluntariamente se obliga a prestar sus servicios por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona (empleador o empresario), que a su vez se obliga a pagar una retribución.

De la descripción legal efectuada cabe extraer por una parte la determinación de los sujetos intervinientes en dicha relación, trabajador y empresario, pero también los elementos o presupuestos de

la relación de trabajo: concurrencia de voluntariedad en la prestación de los servicios; carácter *intuitu personae* de la relación; la existencia de una prestación de servicios; que ésta se produzca a cambio de una retribución; y en la que concurran la ajenidad y la dependencia, como notas esenciales del contrato de trabajo, notas que a su vez caracterizan al sujeto prestador de los servicios.

1.2.1.- Una prestación de servicios, voluntaria, personal y retribuida

El objeto del contrato de trabajo está constituido por una prestación de servicios, que constituye la obligación principal del trabajador. El objeto del contrato es la actividad del trabajador²⁵.

Esta nota o presupuesto del contrato de trabajo viene determinada normativamente en los ya mencionados artículos 1 y 8 del Estatuto de los Trabajadores, pero no implica privilegio del contrato de trabajo, ya que otras modalidades contractuales, no laborales, también están constituidas por prestaciones de servicios, ejemplo de ello es el contrato civil de arrendamiento de servicios.

²⁵ Aunque no cualquier actividad. El trabajador es contratado para realizar una determinada prestación, que determinará su clasificación profesional, y que modalizará las facultades directivas para una posterior movilidad funcional. Véase al respecto, MARTÍNEZ ABASCAL, V.: *La nueva regulación de la movilidad funcional*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 74.

La prestación de servicios debe tener además una serie de caracteres propios de la relación laboral.

Y así la prestación de servicios ha de ser voluntaria.

Cuando se habla de voluntariedad en la relación laboral se quiere hacer mención esencialmente a que el trabajo ha de ser libre o voluntariamente prestado, lo que, en consecuencia, excluye del objeto del contrato de trabajo los trabajos forzosos u obligatorios.

Sin embargo, en cuanto elemento del contrato esta precisión legal carece claramente de necesidad, ya que, la *voluntariedad* se encuentra implícita en la idea misma de contrato y, por tanto, es característica común a cualquier contrato²⁶.

En la relación laboral la exigencia de voluntariedad determinará la exclusión del ámbito del Estatuto de los Trabajadores de *prestaciones personales obligatorias*²⁷.

Tampoco es, como se sabe, un elemento que distinga en esencia las relaciones laborales de las que

²⁶ En este sentido, SALA FRANCO, T.: "Datos para una caracterización material del Derecho del Trabajo", *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, n° 0/1974, pág. 67.

²⁷ Al respecto puede verse GARCÍA NINET/MORRO LÓPEZ: "Prestaciones personales obligatorias", en *El Estatuto de los Trabajadores* (tomo I), (dir. Borrajo), Edersa, Madrid, 1990.

no lo son, ya que su concurrencia se da en la mayoría de prestaciones de servicios.

La anterior afirmación no puede hacerse, con la misma rotundidad, respecto a la exigencia de que el trabajo realizado laboralmente pueda caracterizarse de personalísimo.

En efecto, el carácter *intuitu personae* implica la realización por el trabajador de los servicios pactados, de manera personal e intransferible. Doctrina y jurisprudencia destacan su necesaria presencia, entendiéndose implícita en el término "sus" (*sus servicios*) empleado en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, y que viene así a suponer que el trabajador se obliga a trabajar personalmente²⁸.

No es, sin embargo, una nota privativa del contrato de trabajo, ya que también puede concurrir en otras modalidades contractuales, pero sin duda resulta acentuada cuando las prestaciones de servicios son laborales²⁹.

Con carácter general se afirma que no existe contrato de trabajo cuando el trabajador puede ser sustituido, aunque existen supuestos en los que podrían aceptarse sustituciones que no rompen el vínculo de

²⁸ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, decimonovena edición, Madrid, 2001, pág. 58.

²⁹ Y más aún cuando el trabajador contratado los es en su cualidad de personal titulado o de alta cualificación.

laboralidad. Es el caso excepcional de las sustituciones esporádicas³⁰, que no revistan entidad suficiente para obstaculizar el normal desenvolvimiento de los poderes empresariales, en los que el trabajo sea fungible por naturaleza, y no exista oposición del empresario.

Lo que, por el contrario, en todo caso destruye la laboralidad de una relación es la existencia de pacto de *sustituibilidad*, o si la sustitución es incompatible con el ejercicio de los poderes empresariales³¹.

La prestación de servicios contratada debe efectuarse, además, a cambio de una retribución, constituyendo por ello un elemento esencialmente conectado con el carácter sinalagmático del contrato de

³⁰ STS (IV) de 27 de enero de 1994, Ar.383. Más recientemente STS 25 de enero de 2000, Ar. 1312, en la que el Tribunal afirma que *la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado (personal de limpieza) ausencia del carácter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario (FJ° 2°, in fine)*. Sobre esta STS véase GARCÍA TESTAL, E.: "Personal de limpieza y contrato de trabajo", en *Aranzadi Social*, n° 15, diciembre 2000. También LUJÁN ALCARAZ, J.: "Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial", en *Aranzadi Social*, n° 16, diciembre 2000.

³¹ En este sentido, LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, ob.cit., págs. 321-333. Véase también el Auto TS (IV) de 13 de julio de 1992, Ar.5613.

trabajo³², y evidenciado en el Estatuto de los Trabajadores.

El trabajador se obliga a prestar servicios a cambio de una retribución, el salario, que el empresario se obliga a abonar.

El intercambio servicios y retribución es común a otras relaciones contractuales, pero lo característico de la relación laboral es su configuración como salario. Éste se constituye por la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, y retribuye tanto el trabajo efectivo como los periodos de descanso computables como de trabajo (artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores).

Las notas típicas de la retribución salarial (medida por tiempo, fija en su cuantía y periódica en su abono) constituyen un indicio en la tipificación de una relación como laboral, aunque también se admiten formas salariales de retribución que varían este esquema. Es el supuesto de retribuciones a comisión o participación en beneficios (en ambos debe existir retribución salarial mínima), o la remuneración por unidad de obra (excepto que se trate de precio alzado total)³³.

³² MONTALVO CORREA, J.: *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1975, pág. 192.

³³ No debe, sin embargo, dejarse de mencionar la polémica que, en sede judicial y doctrinal, se encuentra actualmente planteada en torno a la naturaleza salarial o extrasalarial de las denominadas opciones sobre acciones, concedidas por el empresario a sus empleados. Al respecto

el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse, entre otras, en sus Sentencias de 24 de octubre de 2001 (ambas de Sala General), en las que el Tribunal se inclina por la necesaria condición salarial de los rendimientos que se obtengan de las opciones sobre acciones. La cuestión no parece, en cambio, definitivamente concluida, pues las decisiones del Tribunal cuentan con un voto particular, formulado por el Magistrado Martín Valverde y al que se adhieren los Magistrados Gil Suárez y Marín Correa, en el que defienden la calificación no salarial de los beneficios económicos derivados de la adquisición de acciones prevista en los planes de opciones sobre acciones. En la doctrina se han defendido también ambas posiciones. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "Implicaciones laborales de las stock options", en *Actualidad Laboral*, n° 4/2001, págs. 57 y ss., considera su naturaleza no salarial, ya que, pese a reconocer la existencia de argumentos para defender la naturaleza salarial, considera su condición no salarial fundamentalmente por la necesaria contraprestación directa entre retribución y prestación de servicios laborales por cuenta ajena, llevando esta circunstancia a la caracterización del salario con las condiciones de determinabilidad y continuidad, características que no concurren en las opciones sobre acciones. También en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: "Sobre la naturaleza de las opciones sobre compra de acciones. Comentario a la STSJ de Madrid, 22 febrero 2001", en *Aranzadi Social*, n° 4/2001, págs. 35 y ss. En cambio, DEL REY GUANTER, S. y BONILLA BLASCO, J.: "La naturaleza jurídica de las stock options: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de febrero de 2001", en *Actualidad Laboral*, n° 31/2001, manifiestan su posición en los siguientes términos: la concesión de opciones sobre acciones no tiene naturaleza salarial en el momento de la concesión; en cambio, una vez producida la consolidación del derecho y el eventual ejercicio de las acciones por parte del trabajador consideran vinculante para las decisiones de los Tribunales la fuerte presunción de naturaleza salarial y el carácter de orden público de la normativa reguladora del salario, (pág. 657).

La jurisprudencia, por su parte, viene deduciendo la falta de la nota de la ajenidad de la ausencia de retribución³⁴.

Como resulta apreciable estas primeras notas en realidad no pueden ser consideradas como delimitadoras, ya que se encuentran presentes en otros contratos, habiendo sido calificadas como elementos inespecíficos, a diferencia de la ajenidad y la dependencia, elementos específicos del contrato de trabajo³⁵.

1.2.2.- Una prestación de servicios ajena y dependiente

Parece así que las únicas notas o elementos que verdaderamente cualifican el contrato de trabajo son la ajenidad y la dependencia, de modo que una vez determinado este presupuesto esencial debería resultar más fácil el acercamiento conceptual al contrato de trabajo. Sin embargo, la problemática se prolonga, ya que la conceptualización de estas notas se aleja una vez más de la claridad.

³⁴ SsTS de 4 de diciembre de 1984, Ar.6331, y de 27 de julio de 1984, Ar.3963.

³⁵ GOERLICH PESET, J.M.: "Contrato de trabajo y prestaciones de servicios sujetas al derecho común: nuevos problemas y nuevos criterios de solución para un antiguo problema interpretativo", en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Volumen I, Universitat de València, Valencia, 1996, pág. 88.

En efecto, llegados a este punto queda referirse a las que se han considerado las notas esenciales del contrato, aquellas sin las cuales no podríamos hablar de trabajo asalariado, de las que podría predicarse su capacidad para la distinción respecto de otras relaciones jurídicas afines.

Pero su caracterización no resulta en absoluto fácil, y por ello, sus posibilidades delimitadoras pierden fuerza. La conceptualización de la ajenidad y de la dependencia debería poder efectuarse de modo tal que, en caso de duda en torno a la verdadera naturaleza jurídica de una concreta prestación de servicios, el análisis de la misma mediante la aplicación de las categorías jurídicas ajenidad y dependencia permitiera afirmar su laboralidad o, por el contrario, su no laboralidad.

Las posibilidades se reducen si se efectúa una caracterización rígida de las notas de laboralidad. Una exigencia rigurosa de cada una de los elementos en cada prestación de servicios devendría sin duda en una incapacidad para la delimitación de las prestaciones laborales, si además, se conoce el carácter cambiante del mercado de trabajo y su capacidad para la creación de situaciones ajenas a las previsiones normativas.

La caracterización de cada una de estas notas ha sido objeto de una gran variedad de interpretaciones doctrinales, que tienen a su vez, en mayor o menor grado, repercusión jurisprudencial. Y deviene relevante cómo se produce esta repercusión judicial, ya que como resulta lógico la concreción de la dependencia y de la ajenidad en la realidad se manifiesta mediante una serie de

indicios, elementos que los Tribunales han recuperado para efectuar en cada caso la calificación de las prestaciones de servicios en cuestión. Esta actuación judicial permite a su vez entender la subordinación desde su funcionalidad, de modo que la construcción de un tipo "trabajador subordinado", de aplicación flexible y basado en la aplicación del método indiciario al supuesto conflictivo, permite realizar la calificación de la relación jurídica³⁶.

1.2.2.1.- La ajenidad propia de la relación laboral

La dificultad en la conceptualización de la ajenidad no deriva únicamente de la falta de definición legal sino también de la existencia de relaciones no laborales (mandato, comisión, ejecución de obra...), en las que el trabajo es realizado por cuenta de otro.

La casi total unanimidad doctrinal que existe en caracterizar a la ajenidad como elemento esencial del contrato de trabajo permanece en afirmar que se trata de un concepto jurídico polémico, habiéndose mantenido en la doctrina científica diversas posiciones en torno a su

³⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "El trabajo subordinado como tipo contractual", *Documentación Laboral*, n° 39/1993, pág. 37 a 40. También GOERLICH PESET, J.M.: "Contrato de trabajo y prestaciones de servicios sujetas al derecho común: nuevos problemas y nuevos criterios de solución para un antiguo problema interpretativo", cit., pág. 93.

caracterización: ajenidad en los medios de producción³⁷, ajenidad en la disposición del trabajo³⁸, ajenidad en los frutos³⁹, ajenidad en el mercado⁴⁰, ajenidad en la utilidad patrimonial⁴¹ y ajenidad en los riesgos⁴².

Sin embargo, ninguna de las versiones existentes se ha manifestado claramente como suficiente para caracterizar la ajenidad laboral. Esto es, la mayoría de las críticas vertidas contra ellas, o al menos las más importantes, vienen a señalar la insuficiencia de cada una de ellas, en exclusiva, para explicar el fenómeno de la ajenidad⁴³.

³⁷ ALBIOL MONTESINOS, I. : "En torno a la polémica ajenidad-dependencia", *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, n° 1/1971, págs. 1-41.

³⁸ MONTALVO CORREA, J.: *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, ob.cit.

³⁹ ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, EDESA, Madrid, 1968, pág. 18.

⁴⁰ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 28/1986.

⁴¹ MONTOYA MELGAR, A.: *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, Escuela Social de Murcia, Murcia, 1972.

⁴² BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Madrid, 1978. SALA FRANCO, T.: "Datos para una caracterización material del Derecho del Trabajo", *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, n° 0/1974.

⁴³ Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo", *Revista de Política Social*, n° 71/1966; DE LA

Ello no ha de suponer que estemos ante concepciones no válidas, sino que mediante ellas sólo se reflejan secuencias de la ajenidad, por lo que no pueden utilizarse como definitorios. Sin embargo, su virtualidad se acrecienta si no se consideran como incompatibles, sino como partes de un todo, como indicios de la existencia de trabajo por cuenta ajena⁴⁴.

Y así la primera clave en la caracterización de la ajenidad laboral la encontramos en que el trabajador asalariado es ajeno a la titularidad de los medios de producción sobre los que opera, y es igualmente ajeno a los materiales e instrumentos con los que trabaja. Pese a ello, es evidente que existen supuestos en los que el trabajador aporta materiales y utensilios de trabajo, pero no por ello se inhabilita la regla general, ni tampoco cabe afirmar que su concurrencia excluya del ámbito laboral una relación de trabajo ya que dependerá de la concurrencia de las demás notas características de la ajenidad.

En segundo lugar, en la relación laboral, con carácter general, los frutos pertenecen a persona

VILLA GIL, L.E.: "Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español", *Cuadernos de Derecho del Trabajo* n° 4/1972; DEL VALLE, J.M.: "Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho español del Trabajo", *Revista de Trabajo*, n° 89/1988.

⁴⁴ Así, DE LA VILLA GIL, L.E.: "Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español", cit, págs. 10 y ss. También ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", cit., pág. 505.

distinta de quien los produce. *Fruto* entendido como todo resultante del trabajo productivo del hombre, intelectual o manual, tenga valor por sí mismo o asociado al resultado del trabajo de otros hombres⁴⁵.

En tercer lugar, el trabajador se sitúa ajeno al mercado. Una de las características de la ajenidad laboral será, por tanto, la existencia de una relación tripolar: empresario-trabajador-mercado⁴⁶.

Las dos últimas características de la ajenidad son susceptibles de un comentario conjunto. El trabajador es, como hemos visto, ajeno a los frutos de su trabajo, y en consecuencia será también ajeno a los riesgos económicos y a los beneficios (utilidad patrimonial). Desde luego todo trabajador asalariado es ajeno al riesgo, de donde no puede derivarse que todo ajeno al riesgo sea trabajador asalariado. En definitiva, el riesgo no es criterio definitorio exclusivo de una relación jurídica, pero en una relación laboral es necesario que se sea ajeno al mismo para poder calificarla como tal. El trabajador también es ajeno al posible beneficio económico de la empresa, su garantía es únicamente el salario estipulado.

⁴⁵ ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, ob.cit., pág. 18-19.

⁴⁶ Aunque no debe perderse de vista las modificaciones que en este esquema tripolar introducen las nuevas formas de producción caracterizadas por la subcontratación de servicios.

De acuerdo con todo ello podemos afirmar que la ajenidad como elemento caracterizador de la relación laboral viene determinada por la concurrencia de las siguientes notas: la titularidad de los medios de producción corresponde al empresario, al que se atribuyen los frutos del trabajo; el mercado resulta inaccesible para el trabajador ya que se interpone el empresario; y, por último, el trabajador no resulta afectado por beneficios ni riesgos de la empresa.

El mantenimiento de esta visión integradora postula la compatibilidad de la mayoría de las versiones mantenidas sobre la ajenidad, compatibilidad y concurrencia necesarias, ya que ninguna es suficiente para explicar el complejo fenómeno que nos ocupa⁴⁷.

1.2.2.2.- Dependencia y relación laboral

Respecto a la dependencia en el contrato de trabajo, cabe empezar por señalar que a diferencia de los textos legales inmediatamente precedentes (Ley de Relaciones Laborales de 1976, Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y Ley de Contrato de Trabajo de 1931), el Estatuto de los Trabajadores no contiene en la delimitación del contrato de trabajo una alusión directa

⁴⁷ En este sentido, DE LA VILLA GIL, L.E.: "Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español", cit, págs. 10 y ss. También ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", cit., pág. 505. También PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "El trabajo subordinado como tipo contractual", cit., pág. 37.

al concepto *dependencia*, sino que se refiere a él mediante una locución: *dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona*⁴⁸.

La innovadora fórmula empleada es reflejo de la evolución jurisprudencial que este concepto ha sufrido.

Desde los orígenes del contrato de trabajo podemos hablar de la existencia de una relación de dependencia del trabajador respecto al empresario, aunque no puede afirmarse que ésta haya mantenido los mismos perfiles⁴⁹.

Es necesario poner de manifiesto que el concepto de dependencia no es un concepto rígido o firme sino que

⁴⁸ En esta línea se ha afirmado que el Estatuto de los Trabajadores de 1980 renunciando a emprender cualquier tipo de aventura renovadora a la hora de establecer el concepto de trabajador aprovecha al máximo la herencia del pasado próximo: DE LA VILLA GIL, L.E.: "El concepto de "trabajador" (En torno al art. 1.1)" en *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, tomo I, n° 100, 2000, pág. 45. O en otros términos, pero expresando el mismo pensamiento se ha señalado que el Estatuto de los Trabajadores lo que efectúa es una positivación de la interpretación que de las notas de laboralidad venía haciendo la jurisprudencia: LUJÁN ALCARAZ, J. : "Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial", cit., pág. 11.

⁴⁹ En un principio la dependencia podía caracterizarse por tratarse de una dependencia económica, técnica e incluso personal.

tiene grados⁵⁰, siendo muy variados los factores que influyen en la concurrencia de un mayor o menor grado de dependencia, entre los que pueden citarse: la modalidad contractual formalizada, la categoría profesional del trabajador, el carácter intelectual de la prestación de servicios, la dimensión de la plantilla, la forma social de la empresa, el sector de producción, etc. Estos factores determinan un distinto modo de concepcionar una relación laboral y un distinto grado de dependencia, lo que se relacionaría con el carácter flexible y adaptable que se ha reconocido al concepto de dependencia laboral⁵¹ que le permitiría avenirse a las transformaciones que en el mercado de trabajo se pueden ir produciendo, por lo que se trata de un concepto en constante evolución, situación que viene a su vez provocada por la persistente redefinición del mercado de trabajo.

En un principio la jurisprudencia empleaba una serie de índices muy estrictos para poder calificar una relación como laboral⁵². Estos índices han sido

⁵⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo", *Revista de Política Social*, n° 71/1966.

⁵¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "El trabajo subordinado como tipo contractual", cit., págs. 36 y 37. En el mismo sentido, GOLDIN, A.O.: "El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas", *Relaciones Laborales* 3/1996, pág. 347.

⁵² STS (C.A.) de 17 de marzo de 1964, Ar.3464.

sistematizados por la doctrina⁵³ como los siguientes: asistencia regular y continuada a un lugar de trabajo durante la jornada habitual; sometimiento a control empresarial así como al poder disciplinario; y exclusividad o preferencia a una sola empresa⁵⁴.

Una segunda fase judicial vendrá caracterizada por la suavización de estos indicios de laboralidad, flexibilización que vino de la mano de la reforma introducida por la Ley 21 de julio de 1962 que modificó el artículo 6° de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944. Lo que esta reforma implicó fue principalmente una flexibilización del concepto de dependencia, ya que los indicios típicos de no laboralidad (falta de jornada determinada, ausencia de vigilancia directa, no concurrencia de exclusividad) pasan a no ser considerados contrarios a la existencia de una relación de trabajo.

⁵³ ALBIOL MONTESINOS, I.: "En torno a la polémica ajenidad-dependencia", cit., págs. 6 y ss.

⁵⁴ Una muestra de esta serie de índices de laboralidad puede verse en las siguientes SsTS: la jornada, la exclusividad y los sistemas remuneratorios (STS de 17 de marzo de 1967, Ar.3464); el carácter intuitu personae (STS de 23 de febrero de 1965, Ar.780); el sometimiento a la autoridad del patrono y al poder disciplinario del Jefe de Empresa (SsTS de 1 de mayo de 1950, Ar.851; de 3 de julio de 1951, Ar.1861; de 17 de febrero de 1959, Ar.271; de 5 de julio de 1964, Ar.2958); la comprensión en el círculo rector y disciplinario del patrono (STS 10 de mayo de 1966, Ar.2293), principalmente.

La reforma provoca un ensanchamiento de las fronteras del contrato de trabajo: no sólo los mediadores mercantiles son integrados en el ámbito del contrato sino que se introducen un número considerable de prestaciones de servicios.

La dependencia ya no es una subordinación rigurosa y absoluta del trabajador a su patrono, sino estar dentro de su esfera rectora, organicista y disciplinaria⁵⁵.

La dependencia pasa a entenderse como integración en el círculo rector, organicista y disciplinario del empresario⁵⁶, o bien inserción en el ámbito de organización y dirección del empleador⁵⁷, fórmula ésta última que se integra en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores del año 1980, y que a partir de ese

⁵⁵ STS de 10 de mayo de 1966, Ar.2293.

⁵⁶ Entre otras véanse las siguientes SsTS: de 30 de octubre de 1982, Ar.6283; de 11 de noviembre de 1983, Ar.5589; de 29 de octubre de 1984, Ar.5344; de 10 de diciembre de 1985, Ar.6086; de 9 de octubre de 1988, Ar.7552; de 23 de enero de 1990, Ar.197; de 9 de febrero de 1990, Ar.886; de 31 de mayo de 1991, Ar.3930; de 27 de mayo de 1992, Ar.3678; de 14 de febrero de 1994, Ar.1035.

⁵⁷ A modo de ejemplo: SsTS de 25 de noviembre de 1982, Ar.6883; de 4 de diciembre de 1982, Ar.7440; de 7 de junio de 1983, Ar.2975; de 4 de abril de 1984, Ar.2032; de 16 de julio de 1984, Ar.4175; de 20 de septiembre de 1984, Ar.4437; de 29 de noviembre de 1984, Ar.5915; de 23 de diciembre de 1986, Ar.14472; de 30 de enero de 1990, Ar.233; de 16 de febrero de 1990, Ar.1099; de 25 de noviembre de 1991, Ar.8261; de 8 de octubre de 1992, Ar.7622; de 20 de septiembre de 1995, Ar.6784.

momento comienza a ser la más empleada jurisprudencialmente.

Desde un punto de vista jurídico se ha venido afirmando que la dependencia supone el sometimiento del trabajador a los poderes empresariales. El trabajador en la relación laboral pone a *disposición del empresario su fuerza de trabajo*, de donde se deriva el *dominio* de éste sobre la persona del trabajador⁵⁸; este *dominio* se refleja en la concurrencia en toda relación laboral de una serie de facultades empresariales que convierten al trabajador en dependiente o subordinado.

El conjunto de facultades empresariales que conforman el concepto de dependencia pueden identificarse como las siguientes: la facultad organizativa, la facultad de delimitación de las prestaciones específicas, el *ius variandi* o facultad de modificación de las condiciones de trabajo, la facultad de vigilancia y control, y finalmente la facultad disciplinaria⁵⁹.

⁵⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo", cit., pág. 158.

⁵⁹ Facultad disciplinaria que, como se ha señalado, resulta necesaria ante la insuficiencia, ineficacia e inadecuada aplicación de los remedios del Derecho privado. Sin embargo, ello no supondrá siempre un beneficio para el trabajador, sino que, debe contemplarse la idea de que sin la existencia de facultades disciplinarias, muchos incumplimientos menores quedarían sin sancionar. Así DURÁN LÓPEZ, F.: "Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del

En definitiva, el contrato de trabajo, marco jurídico en el que se circunscribe la prestación de servicios del trabajador asalariado, vendrá determinado por la concurrencia de las notas de laboralidad a que hemos hecho referencia: voluntariedad, carácter intuitu personae, prestación de servicios, retribución, ajenidad y dependencia.

No existe ya duda alguna de que estas notas puedan concurrir en cualquier prestación de servicios, y, desde luego en las prestaciones de los denominados *profesionales*, como ha sido reconocido por la generalidad de la doctrina⁶⁰.

trabajador", en *Revista de Política Social*, n° 123/1979, págs. 11 y ss.

⁶⁰ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *La contratación laboral de servicios profesionales*, cit., págs. 31 y ss.; LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, ob.cit., pág. 453; GARCÍA RUBIO, A.: "Criterios jurisprudenciales en materia de calificación contractual de los servicios prestados por abogados", cit., pág. 111; y de la misma autora "La calificación de los servicios prestados por los abogados: ¿contrato de trabajo o arrendamiento de servicios?", en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, cit., págs. 664 y ss.; MONTOYA MELGAR/CAMARA BOTIA: *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, cit., págs. 10 y ss.

1.3.- Delimitación entre contrato de trabajo y contrato de arrendamiento de servicios

1.3.1.- Criterios generales

Como ya he señalado, las prestaciones de servicios de los profesionales han venido habitualmente reguladas por la contratación civil. Sin embargo, ello no impide constatar una progresiva asalarización de estos servicios que provoca la concurrencia en el mercado de trabajo de prestaciones de servicios profesionales en régimen laboral, mediante la celebración de un contrato de trabajo, junto a las típicas prestaciones profesionales de carácter civil que tradicionalmente venían a ampararse en el contrato de arrendamiento de servicios.

Ciertamente entre ambas formas de contratación han existido siempre dificultades de deslinde, especialmente cuando concurre habitualidad⁶¹. Los supuestos especialmente conflictivos se reducen principalmente a dos: la prestación de servicios en exclusiva para una empresa, y la agrupación de profesionales en el ejercicio de su profesión.

En el primer caso, la laboralidad/no laboralidad se predica entre profesional y empresa/cliente. En el

⁶¹ LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, ob.cit., pág. 79.

segundo, en cambio, podrá predicarse de las relaciones entre los componentes de la agrupación profesional.

Los criterios establecidos en la jurisprudencia laboral para la delimitación de ambas modalidades contractuales (laboral y civil) se sitúan preferentemente en torno a la interpretación del concepto de dependencia y a los indicios que de la misma cabe encontrar en las prestaciones de servicios profesionales, que, como se sabe, no pueden ser los mismos que en un trabajo manual⁶².

Con carácter general en la calificación de los contratos es importante predominar la irrelevancia del *nomen iuris* otorgado por las partes al contrato, destacando el efectivo desarrollo de la relación, lo que no supone, desde luego, una limitación de la autonomía de la voluntad de las partes⁶³.

Sin embargo, y sin resultar contradictorio con lo afirmado anteriormente, también es necesario señalar que en relación con las técnicas de calificación y

⁶² Y así se recogen los siguientes: prestaciones de servicios en los locales de la empresa (STS de 21 de septiembre de 1990, Ar.7926) o en locales ajenos a la misma (STS de 6 de febrero de 1990, Ar.740); existencia de instrucciones por parte de núcleo directivo (SsTS 9 de febrero de 1990, Ar.886; de 24 de febrero de 1990, Ar.1911; de 10 de abril de 1995, Ar.3040; de 22 de abril de 1996, Ar.3334; a la existencia o no de organización empresarial autónoma.

⁶³ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La situación jurídica de los peritos tasadores de seguros", *Relaciones Laborales*, n° 3/1997, pág.21.

delimitación de los contratos de prestación de servicios se otorga un papel predominante a la autonomía individual de las partes. En efecto, las partes son libres para configurar la prestación de servicios en régimen laboral o civil, configurando al efecto un contrato de trabajo o un contrato de arrendamiento de servicios. El respeto a la voluntad de las partes se producirá siempre que coincidan la voluntad manifestada por las partes y el efectivo desarrollo de la prestación de servicios.

Lo que se quiere constatar con la irrelevancia del *nomen iuris* otorgado al contrato es que, no sólo en los casos de simulación los Tribunales deberán prescindir del mismo, sino también que, en la calificación judicial de los contratos cuando ésta se presenta conflictiva, será necesario ir más allá de la apariencia formal de la relación, para profundizar en el efectivo desarrollo de la prestación.

El debate acerca de la voluntad de las partes en la calificación de los contratos de prestaciones de servicios se revitaliza tras la constatación doctrinal de la desaparición de la presunción de laboralidad en los términos en que venía formulada en legislaciones precedentes. El vigente artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores no es contenedor de la presunción contenida en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Trabajo⁶⁴, por

⁶⁴ Al respecto véase GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La presunción de existencia del contrato de trabajo", en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1990. También RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *La presunción de*

lo que ya no es mecanismo legal expansivo del contrato de trabajo⁶⁵.

En todo caso, pese a las funciones otorgadas al contrato de trabajo, constitutiva y normativa o reguladora de las condiciones de trabajo, es necesario tener presente la predeterminación normativa que limita la libertad de las partes en la configuración del contrato⁶⁶. Estaremos, por tanto, ante una relación de complementariedad entre la autonomía de las partes y la heteronomía normativa⁶⁷.

Sin embargo, no debe olvidarse que se han introducido supuestos legales de reforzamiento de la autonomía privada⁶⁸, señalándose como tales los

existencia del contrato de trabajo, Civitas, Madrid, 1995.

⁶⁵ GOERLICH PESET, J.M^a: "Evolución reciente de los criterios de calificación del contrato de trabajo", en *Contratación y consumo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 237, que señala, sin embargo, el desconocimiento que la jurisdicción social manifiesta del cambio de literalidad de la formulación de la presunción.

⁶⁶ BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1995, pág. 41.

⁶⁷ BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*, cit., pág. 22.

⁶⁸ En este sentido GOERLICH PESET, J.M^a: "Evolución reciente de los criterios de calificación del contrato de trabajo", cit., pág. 239. Del mismo autor "Contrato de trabajo y prestaciones de servicios sujetas al derecho común: nuevos problemas y nuevos criterios de solución para un antiguo problema interpretativo", cit., pág. 98. A ellos será posible añadir también las

representantes y agentes de comercio y los cargos societarios y personal de alta dirección, en los que los problemas de calificación se resuelven atendiendo mayoritariamente a la voluntad declarada. Estos fenómenos conviven con otros en que por el contrario la característica a destacar es precisamente la anulación de la voluntad de las partes⁶⁹.

1.3.2.- La prestación contractual de servicios profesionales en el Derecho civil

Constatado el origen civil de la prestación de servicios profesionales y la actual compatibilidad con el régimen laboral, es necesario mostrar la posible compatibilidad de los servicios con otros contratos

prestaciones de servicios en el ámbito de la Administración Pública (GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La presunción de existencia...", cit., pág. 814).

⁶⁹ El ejemplo más reciente es la relación de transportistas con vehículo propio, excluidos de la laboralidad cuando la relación se desarrolla en las condiciones expuestas en el párrafo segundo del artículo 1.3 g) ET, lo que constituye una exclusión constitutiva, que ha sido, sin embargo, avalada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia n° 227/1998, de 25 de noviembre. Calificando expresamente la exclusión como constitutiva, y señalando además cómo el párrafo 2° del art. 1.3.g) del ET pretende *aprovecharse de la exclusión declarativa con la que se abre el precepto*, y lamentando que el TC no entre a valorar la justificación y razonabilidad en el caso concreto, se encuentra la posición de DE LA VILLA GIL, L.E.: "El concepto de "trabajador" (En torno al art. 1.1)", cit., pág. 49.

ajenos al régimen del contrato de arrendamiento de servicios.

En efecto, la delimitación entre el contrato laboral de prestación de servicios y otras formas jurídicas y contractuales de realización de los mismos no debe limitarse al contrato mencionado, puesto que también cabe su realización bajo otras modalidades contractuales, respecto de las que cabe establecer las características diferenciales señaladas por la doctrina civilista.

Así es posible también que las prestaciones de servicios profesionales queden amparadas en el contrato de arrendamiento de obra, destacándose por el Tribunal Supremo que la diferencia entre este contrato y el de arrendamiento de servicios puede hallarse en que en el contrato de arrendamiento de obra el objeto del contrato es un resultado y no la prestación de unos servicios⁷⁰.

Siendo éstas las fórmulas contractuales más frecuentes no deben descartarse otras que también pueden amparar las prestaciones de servicios de los profesionales liberales. Así recientemente se ha puesto de manifiesto la posibilidad de acudir al contrato de

⁷⁰ El ejemplo típico es la emisión de un dictamen por un abogado o la actividad propia de los arquitectos. Véase STS de 25 de marzo de 1998, Ar. 1651, FJ° 1°. En la doctrina SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La relación de servicios del abogado*, cit., págs. 146-147.

mandato⁷¹, opinión amparada por la insuficiencia y ambigüedad de los preceptos del Código Civil respecto al arrendamiento de servicios⁷².

El mandato, en cuanto contrato de gestión de asuntos de otros, según previene el artículo 1709 del Código Civil, podría acoger las prestaciones de servicios jurídicos por un abogado, pero no siempre, ya que cuando un sujeto encomienda a otro la gestión de asuntos que no puede realizar por sí mismo (por ejemplo la defensa en juicio de un cliente que a su vez no es abogado) no podría configurarse como contrato de mandato, sino que nos hallaríamos ante un contrato de arrendamiento de servicios⁷³.

En todo caso, debe señalarse que según ha manifestado la doctrina civilista tanto el contrato de mandato como el de arrendamiento de servicios deben ser objeto de una *profunda revisión* debido a la *imposibilidad de proyectar esquemas y composiciones de la romanidad*

⁷¹ En este sentido, CERVILLA GARZÓN, M^aD.: *La prestación de servicios profesionales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

⁷² CERVILLA GARZÓN, M^aD.: *La prestación de servicios profesionales*, cit., págs. 92-93.

⁷³ SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La relación de servicios del abogado*, cit., pág. 170.

*postclásica o de la Edad Media a la ordenación del tráfico de la sociedad postindustrial*⁷⁴.

⁷⁴ MONTÉS PENEDES, V.L.: Prólogo a la obra de SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 21.

2. - Concepto de profesional liberal

Admitida la posibilidad de que cualquier prestación de servicios pueda, en principio, ampararse en el contrato de trabajo⁷⁵, y, en consecuencia, también la prestación de trabajos intelectuales, científicos y técnicos, es necesario concretar qué se entiende por *profesional liberal*, concepto utilizado muy frecuentemente por la doctrina y por la jurisprudencia, pero carente de definición legal.

En efecto, en la normativa laboral vigente no se encuentra una definición específica de lo que debe entenderse por *profesional liberal* en cuanto sujeto de un contrato de trabajo, aunque se ha admitido tácitamente la posibilidad de que estos sujetos realicen prestaciones de servicios en régimen asalariado. La ausencia de este concepto legal de *profesional liberal* no impide que sea posible su contratación laboral, debiendo destacarse además que como veremos en el resto de disciplinas jurídicas tampoco se encuentra un concepto legal de *profesional liberal*⁷⁶.

⁷⁵ Con la excepción de las exclusiones que la propia Ley del Estatuto de los Trabajadores efectúa.

⁷⁶ En este sentido se ha llegado a señalar la dificultad o incluso imposibilidad de ofrecer un concepto o definición global del profesional liberal. Véase CERVILLA GARZÓN, M^aD.: *La prestación de servicios profesionales*, cit., pág. 23.

Los conceptos de *profesión* y de *profesional* responden a una realidad social⁷⁷. Desde esta perspectiva se definen de un modo amplísimo: *profesional liberal* es la persona que ejerce una profesión, y *profesión* es el empleo, facultad u oficio que una persona tiene y ejerce con derecho a retribución⁷⁸. Cuando la profesión es contemplada desde este punto de vista, esto es, cuando es sólo una realidad social, no está sometida a control público alguno, y no es objeto de una configuración o definición jurídico positiva⁷⁹.

Su conversión en concepto jurídico se deriva de la intervención que se efectúa en algunas profesiones desde los poderes públicos. Por tanto, el concepto jurídico de *profesión* y de *profesional*, viene dado por esta intervención en el ejercicio de determinadas profesiones. Sólo desde el momento en que el ordenamiento jurídico se ocupa de algún aspecto relativo al *profesional liberal* podemos hablar de una realidad jurídica.

Así, en las distintas ramas del ordenamiento jurídico se interviene la profesión desde un interés

⁷⁷ SOUVIRON MORENILLA, J.M^a: *La configuración jurídica de las profesiones tituladas*, Madrid, 1988, pág. 25.

⁷⁸ VILLAR PALASÍ/VILLAR EZCURRA: "La libertad constitucional del ejercicio profesional", *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pág. 1394.

⁷⁹ SOUVIRON MORENILLA, J.M^a: *La configuración jurídica de las profesiones tituladas*, cit., pág. 27.

público diferente, por lo que se acude a un concepto de *profesional* no coincidente, o al menos se contempla desde una óptica divergente⁸⁰. En esta línea se ha convenido que el concepto de *ejercicio profesional* puede ser contemplado desde una multitud de enfoques, lo que da lugar a una heteromorfia normativa⁸¹.

El estudio debe iniciarse por la normativa comunitaria, en la que encontramos recogidos los conceptos de profesión/profesional regulada o intervenida, que sirve de punto de partida para alcanzar el concepto de profesional al que nos referiremos. Seguidamente es necesario constatar si en nuestro sistema constitucional está legitimada la intervención que se efectúa en el ejercicio de las profesiones. Para finalmente recoger la evidencia de inexistencia de concepto normativo, ni en el derecho laboral ni en otras ramas del ordenamiento jurídico.

⁸⁰ Lo mismo cabe afirmar del término *profesión*, que también es contemplado en el lenguaje normativo con sentidos multívocos. Así pueden verse las afirmaciones efectuadas por GALLEGO MORALES, A.J.: "Profesionalización, desprofesionalización y fórmulas organizativas", en AAVV: *El ejercicio en grupo de las profesiones liberales*, cit., págs. 83 y ss.

⁸¹ VILLAR PALASÍ/VILLAR EZCURRA: "La libertad constitucional del ejercicio profesional", cit., pág. 1391.

2.1.- El concepto de profesión regulada en la normativa comunitaria y su recepción en el derecho interno

La finalidad esencialmente económica de la Unión Europea debe ir acompañada de medidas sociales, especialmente destinadas a la consecución de un alto nivel de empleo y de protección social. La satisfacción de este objetivo requiere la supresión de los obstáculos que limiten la libre circulación de personas, servicios y capitales⁸².

La libre circulación de personas constituye, de este modo, uno de los objetivos prioritarios de la Unión Europea, y su triple configuración afecta a diferentes ámbitos de aplicación: libertad de circulación de trabajadores asalariados, libertad de prestación de servicios y libertad de establecimiento. La libre circulación de trabajadores es la prevista para el sector asalariado, pudiendo entender así que será de aplicación a los trabajadores que prestan servicios remunerados por cuenta de otro y en régimen de subordinación. A los profesionales liberales se refiere la libertad de prestación de servicios⁸³, que pretende impedir las restricciones a las prestaciones realizadas a cambio de

⁸² COLINA ROBLEDO/RAMÍREZ MARTÍNEZ/SALA FRANCO: *Derecho Social Comunitario*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 111.

⁸³ Junto a ellas también las de carácter industrial, mercantil y artesanales.

una remuneración. Por último el derecho de establecimiento comprende de manera expresa el acceso a actividades no asalariadas y su ejercicio⁸⁴. Ante esta distribución de ámbitos de aplicación de acuerdo con el tipo de actividad, pero también al modo de ejercicio profesional, cabría plantearse si esta distinción entre trabajo asalariado y trabajo autónomo en el derecho comunitario⁸⁵, de modo que se incluye a los miembros de las profesiones liberales entre los trabajadores autónomos o por cuenta propia, estaría aparcando la posibilidad de que las profesiones liberales se ejercieran de un modo asalariado.

La respuesta ha de ser evidentemente negativa. Pese a los problemas que la distinción trabajador asalariado y autónomo plantea en los ordenamientos nacionales, el derecho comunitario no ha entrado en el establecimiento del contenido que debe darse a los conceptos subordinación y ajenidad, aunque la jurisprudencia comunitaria si introduce alguna directrices para ello. Y entre estas directrices se

⁸⁴ Véase en este sentido, MARTÍN VALVERDE, A.: "Trabajo Subordinado y trabajo autónomo en el derecho comunitario europeo", en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 78-79.

⁸⁵ Que se introduce en el derecho originario pero se reitera en el derecho derivado, como pone de relieve MARTÍN VALVERDE, A.: "Trabajo Subordinado y trabajo autónomo en el derecho comunitario europeo", cit., págs. 78 a 83.

encuentra la de entender que el concepto de trabajador asalariado no puede ser interpretado restrictivamente⁸⁶.

En lo que aquí interesa, es conveniente señalar que, de este modo, a los profesionales asalariados serán de aplicación las normas comunitarias relativas a los trabajadores, pero también, y de un modo específico las normas que, aunque inicialmente previstas para profesionales liberales por cuenta propia, armonizan el ejercicio de las profesiones en torno al reconocimiento de títulos y las limitaciones que de ello se derivan.

En efecto, la libertad de establecimiento, esto es, el derecho a instalarse permanentemente en otro país comunitario para ofrecer productos o servicios, así como la libertad de prestación de servicios profesionales, sin instalación permanente, conllevan la necesidad de armonización de las condiciones de ejercicio de la profesión; armonización que requiere un especial hincapié en el marco del reconocimiento de títulos académicos y profesionales, pues únicamente de este modo es posible lograr la igualdad en la prestación de servicios entre los nacionales de un Estado miembro y los nacionales del resto de Estados miembros.

Tanto para la libre circulación de trabajadores, como para el derecho de establecimiento y para la libre prestación de servicios pueden establecerse limitaciones

⁸⁶ MARTÍN VALVERDE, A.: "Trabajo Subordinado y trabajo autónomo en el derecho comunitario europeo", cit., págs. 83-84.

justificadas en razones de orden público, de sanidad pública y de seguridad pública⁸⁷. Si en el Estado de acogida el ejercicio autónomo o subordinado está sometido a determinadas condiciones, el trabajador comunitario debe respetarlas. En este sentido, una de las importantes restricciones que pueden convertirse en obstáculos para el cumplimiento de estas libertades de circulación, es el reconocimiento de títulos académicos y profesionales⁸⁸.

De acuerdo con el planteamiento efectuado se han promulgado una serie de Directivas cuyo ámbito de aplicación viene referido a profesiones y actividades determinadas, especialmente en el campo de las profesiones sanitarias⁸⁹, pero también para abogados⁹⁰ y

⁸⁷ Véase sobre estos temas GALANTINO: "La disciplina comunitaria delle libere professioni", *Il Diritto del Lavoro*, enero-febrero 1999, pág. 18.

⁸⁸ Más ampliamente GALANTINO: "La disciplina comunitaria delle libere professioni", cit., págs. 16-50.

⁸⁹ Directivas 75/362/CEE, de 16 de junio [médicos], modificada por la Directiva 82/76/CEE, de 26 de enero, ambas derogadas y sustituidas por la Directiva 93/16/CEE, de 5 de abril, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos (en torno a esta Directiva véase la STJCE de 14 de septiembre de 2000. Directivas 78/686/CEE, de 25 de julio [odontólogos], 77/452/CEE, de 27 de junio [enfermeras], 78/1026/CEE de 18 de diciembre [veterinarios], 80/154/CEE de 21 de enero [comadronas], 85/433/CEE de 16 de septiembre [actividad farmacéutica], todas ellas relativas al reconocimiento mutuo de diplomas y títulos, y de medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios, modificadas por Directivas posteriores 89/594 y 89/595 de 30 de octubre de 1990 (médicos, enfermeras,

arquitectos⁹¹, con el objetivo principal de suprimir restricciones a la libertad de circulación.

En estas normas comunitarias se refleja un doble contenido: de un lado, disposiciones acerca del reconocimiento de títulos, y de otro, medidas tendentes a facilitar el efectivo ejercicio profesional⁹².

dentistas, veterinarios y comadronas) y 90/658 de 4 de diciembre (profesiones farmacéuticas). En todos estos casos, se ha dictado la correspondiente normativa interna española de transposición. Véase el Real Decreto de 3 de marzo de 2000, que modifica el Real Decreto 1691/1989, de 29 de diciembre, que incorpora Directivas 98/21/CE, de 8 de abril, 98/63/CE de 3 de septiembre, y 99/46/CE, de 21 de mayo, de la Comisión, destinado a facilitar la libre circulación de médicos y el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos.

⁹⁰ Directiva 98/5/UE, de 16 de febrero. Al respecto véase el Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto, que regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea u otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como el ejercicio permanente de la profesión en dichos Estados por abogados con título español (artículo 1.1).

⁹¹ Directiva 85/384/CEE de 16 de junio, de reconocimiento de títulos y medidas para facilitar el ejercicio efectivo (modificada por las Directivas 85/614 de 20 de diciembre y 90/658 de 4 de diciembre), y Directiva 86/17.

⁹² COLINA ROBLEDO/RAMÍREZ MARTÍNEZ/SALA FRANCO: *Derecho Social Comunitario*, cit., pág. 181.

2.1.1.- El reconocimiento de títulos en la normativa comunitaria

En efecto, en estas normas comunitarias se contienen de un lado, disposiciones acerca del reconocimiento de títulos, y en este sentido cabe apreciar la existencia de tres tipos de medidas: el reconocimiento de los títulos otorgados en los otros Estados, a los que se les otorgan los mismos efectos; la garantía de los derechos adquiridos para los títulos otorgados antes de la aplicación de la Directiva; y el reconocimiento del derecho a utilizar el título de formación en la lengua del Estado de origen⁹³.

El reconocimiento de títulos otorgados por otros Estados viene así a suponer la no existencia de un sistema de control sobre la capacitación del profesional en el Estado miembro de acogida.

Esta circunstancia motivó la interposición de un recurso de anulación sobre la Directiva 98/5/UE sobre el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquél en que se haya obtenido el título, interpuesto por el Gran Ducado de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia desestimó el mencionado recurso de anulación mediante Sentencia de 7 de noviembre de

⁹³ COLINA ROBLEDO/RAMÍREZ MARTÍNEZ/SALA FRANCO: *Derecho Social Comunitario*, cit., pág. 181.

2000, confirmando de este modo la validez de la citada Directiva⁹⁴.

El planteamiento del recurso y su resolución mediante la Sentencia del Tribunal de Justicia inciden en cuestiones que merecen una atención especial.

En efecto, el Estado miembro recurrente considera que el derecho del abogado migrante a ejercer en un Estado miembro diferente de aquél en que se obtuvo el título, gracias al reconocimiento de los títulos de origen que establece la Directiva supone una diferencia de trato entre nacionales y migrantes, ya que para éstos no se establece un control de conocimientos en Derecho del Estado miembro en que se pretende ejercer la profesión. La afirmación tiene su fundamento en los conocimientos en Derecho que deben adquirirse en los distintos Estados miembros son muy variables y específicos. En relación con este aspecto el recurrente afirma que el legislador comunitario no puede eliminar, en el marco de una Directiva que no se refiere a la armonización de las condiciones de formación, una exigencia de capacitación previa. Por otro lado, y en esta línea de consideraciones observa que la normativa

⁹⁴ En torno a la Directiva 98/5/UE y la STJCE de 7 de noviembre de 2000, véase MORENO LISO, L. y VIÑUELAS ZAHINOS, M^a T.: "La libre circulación del abogado europeo: trabajador por cuenta propia, trabajador por cuenta ajena. Análisis de la Directiva 98/5, de 16 de febrero de 1998, del Parlamento Europeo y el Consejo, a la luz de la Sentencia de 7 de noviembre de 2000 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *Aranzadi Social*, n^o 5/2001, págs. 87 y ss.

recurrida niega la diferencia entre establecimiento y prestación de servicios. Además, considera el recurrente, se puede producir un menoscabo del interés general de protección de los consumidores y de la buena administración de justicia.

Todas las consideraciones efectuadas por el Gran Ducado de Luxemburgo, Estado miembro recurrente en solicitud de la anulación de la Directiva 98/5/UE, son desestimadas por el Tribunal de Justicia.

En opinión del Tribunal, que recoge de este modo los argumentos del Parlamento y del Consejo Europeos, no existe ningún tipo de discriminación en sentido inverso, ya que se está partiendo de dos situaciones distintas: la de los abogados que ejercen con su título profesional de origen y la de los abogados que ejercen con el título profesional del Estado de acogida. Tratándose de situaciones no comparables no resulta aplicable la prohibición de discriminación, expresión del principio de igualdad.

Tampoco existe menoscabo de la protección de los consumidores ni de la administración de justicia. La protección de los consumidores queda garantizada, ya que mediante el respeto a las normas deontológicas los abogados no deben tratar los asuntos que escapen a su competencia, constituyendo falta disciplinaria sancionable el incumplimiento de esta norma. La protección de los consumidores se protege en la Directiva 98/5 ya que el consumidor debe ser informado de que el profesional no ha obtenido la capacitación en el Estado miembro de acogida, ya que el título con el que ejercen

es el de origen. Además, de acuerdo con el artículo 6 de la Directiva los profesionales quedan sujetos a las normas deontológicas del Estado miembro de origen y del de acogida.

De este modo el legislador comunitario establece un sistema de control del ejercicio profesional que no incluye un control previo de capacitación pero sí unas obligaciones de información, de sometimiento a normas deontológicas y de régimen disciplinario específicas; circunstancias que otorgan validez a la Directiva 98/5 a juicio del Tribunal de Justicia.

2.1.2.- Medidas tendentes a facilitar el efectivo ejercicio profesional en la normativa comunitaria

Respecto al efectivo ejercicio profesional es necesario distinguir medidas relacionadas con el derecho de establecimiento y las relacionadas con la libre prestación de servicios. Con relación a ésta última, las Directivas eximen de la posible obligación de autorización, inscripción o afiliación a un Colegio profesional, aunque cabe la exigencia de una declaración previa a la prestación de servicios y/o de una certificación del ejercicio de la profesión en el país en que esté establecido, así como de la posesión de los títulos requeridos.

Junto a ellas, se aprueban dos Directivas, aplicables a aquellas profesiones y actividades que no

tengan Directivas específicas⁹⁵ y que tienen por finalidad facilitar el acceso a las actividades profesionales y su ejercicio.

Se trata de las Directivas Comunitarias 89/48/CEE relativa a un sistema general de reconocimiento de títulos de enseñanza superior, y 92/51/CEE⁹⁶ relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales.

En estas Directivas se tratan de hacer efectivas la libre circulación de personas y servicios de los nacionales de los estados miembros, suprimiendo los obstáculos que se puedan oponer a la facultad de ejercer una profesión, y se fundamentan en el artículo 49, en el apartado 1 del artículo 57 y en el artículo 66 del Tratado de la Unión. Su finalidad alcanza al ejercicio de una profesión, por cuenta propia o ajena⁹⁷, en un Estado

⁹⁵ Artículo 2 de la Directiva 89/48/CEE y de la Directiva 92/51/CEE.

⁹⁶ Es necesario tener en cuenta la modificación introducida en esta Directiva 92/51/CEE por la Directiva 95/43/CE de la Comisión de 20 de julio de 1995 por la que se modifican los Anexos C y D; así como la Directiva 97/38/CE de la Comisión de 20 de junio de 1997 por la que se modifica el Anexo C.

⁹⁷ Esta especificación permite afirmar que la normativa comunitaria admite el ejercicio profesional en régimen asalariado, y no únicamente el clásico ejercicio autónomo.

Miembro distinto de aquél en que hayan adquirido su capacitación profesional (STJCE de 2 de julio de 1998⁹⁸).

En estas Directivas generales se determinan los conceptos de profesión regulada y actividad profesional regulada a los efectos de dichas normas, pero que pueden resultar exportables por su dimensión, no limitada a un aspecto del ejercicio profesional, a diferencia de lo que se produce en el derecho interno.

2.1.3.- Los conceptos de profesión regulada y actividad profesional regulada

En efecto, en las Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE ya mencionadas se procede a la delimitación de los conceptos profesión regulada y actividad profesional regulada.

Así, según la delimitación que se efectúa en estas normas profesión regulada es la actividad o conjunto de actividades profesionales reguladas que constituyan dicha profesión en un Estado miembro; y actividad profesional regulada es la actividad profesional cuyo acceso o ejercicio, o una de sus modalidades de ejercicio en un Estado miembro, está sometida directa o indirectamente, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas,

⁹⁸ AL 38/98, n° 1566.

a la posesión de un título o de una titulación de formación o de un certificado de competencia⁹⁹.

Por tanto, en el ejercicio de una profesión regulada lo determinante es la posesión de una titulación, concepto englobador de títulos académicos superiores (incluidos en la Directiva 89/48/CEE), o bien otros tipos de titulaciones académicas de grado inferior o certificados de competencias (incluidos en la Directiva 92/51/CEE).

En las propias Directivas se delimitan los conceptos de título, certificado y certificado de competencia que determinan que podamos hablar de profesión regulada, y en todos ellos se utiliza el término *titulación*.

Para las Directivas comunitarias se entiende por título bien el que acredita la superación de unos estudios postsecundarios de duración mínima de tres años (Directiva 89/48), o bien el que acredita unos estudios postsecundarios de duración inferior o un ciclo de formación (Directiva 92/51); se entiende por certificado una titulación que acredite la formación académica en grado distinto de la contenida en el concepto anterior

⁹⁹ El Tribunal Supremo (Sala 3ª) en Sentencia de fecha 12 de mayo de 1998, Ar. 4162, analiza el significado de estos conceptos entendiendo que aunque la Directiva 92/51/CEE los define por separado, no se trata de dos categorías distintas. Así pues, profesión regulada y actividad profesional regulada son dos expresiones a las que cabe atribuir un mismo tratamiento, ya que hacen referencia a una misma realidad (FJº 5ª).

(Directiva 92/51); y finalmente, se entiende por certificado de competencia la titulación que acredite o bien una formación no incluida en las anteriores, o bien expedida a raíz de la valoración de unas cualidades personales, aptitudes o conocimientos (Directiva 92/51).

El ámbito de aplicación subjetivo de estas Directivas son los nacionales de un Estado Miembro ejercientes, por cuenta propia y ajena, de una profesión regulada en un Estado Miembro distinto de su Estado Miembro de origen, y no tiene por objeto modificar las normas aplicables a las personas que ejerzan una actividad profesional en el territorio de un Estado Miembro.

2.1.4.- La recepción interna de los conceptos de profesión regulada y actividad profesional regulada

Los conceptos de título, certificado y certificado de competencia, así como los de profesión regulada y actividad profesional regulada, se reiteran en las disposiciones de transposición al derecho interno español, Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre¹⁰⁰, y Real Decreto 1396/1995, de 4 de agosto.

¹⁰⁰ Ampliado por Real Decreto 767/1992, de 26 de junio; completado por Real Decreto 1396/1995 de 4 de agosto; modificado por Real Decreto 2073/1995, de 22 de diciembre, y sustituido parcialmente por Real Decreto

Las normas de transposición, en concordancia con el objetivo de las Directivas, tienen como finalidad suprimir los obstáculos que impiden la libre circulación de los ciudadanos de los países miembros que están en posesión de títulos y favorecer su movilidad.

En su ámbito de aplicación subjetiva se incluirán, por tanto, los ciudadanos de otros Estados Miembros que estén en posesión de titulaciones necesarias para ejercer una profesión y que, en virtud de esta normativa, se entenderán en condiciones de igualdad respecto aquellos que hayan obtenido un título español.

En definitiva, ni las Directivas ni las normas de transposición tienen por objeto modificar las normas profesionales internas.

Sin embargo, los conceptos de profesión regulada y actividad profesional regulada, vinculados a la posesión de una titulación, así como la triple calificación de este último concepto (título/certificado/certificado de competencia) resulta compatible con la dicotomía utilizada en nuestro sistema jurídico: titulación académica y profesional.

Y en consecuencia, resulta igualmente compatible con el concepto de *profesional* no vinculado únicamente a la necesidad de titulación académica, y mucho menos a la

1754/1998, de 31 de julio, que incorpora al derecho español las Directivas 95/43/CE y 97/38/CE, y modifica los anexos de los Reales Decretos 1665/91 y 1396/95. Y desarrollado por una serie de Ordenes Ministeriales en lo que afecta a profesiones determinadas.

necesidad de que esta titulación académica sea universitaria, sino que abarca asimismo al sujeto ejerciente de profesiones en que se exige un título profesional.

2.2.- Constitución y ejercicio de profesiones tituladas

Como se sabe, el artículo 36 de nuestra Constitución remite a una ley la regulación del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas¹⁰¹. Junto a este precepto hemos de atender también al artículo 35, en el que se referencia la libertad en la elección de profesión u oficio.

De este modo, en nuestro texto constitucional podemos encontrar los dos usos de los términos *profesión* y *profesional* a que ya hemos hecho referencia: el concepto social de profesión y/o profesional, y el concepto más restringido y jurídico, referido a profesiones (y/o profesionales) tituladas o reguladas.

En el artículo 35 de la Constitución la utilización de la expresión *profesión* u *oficio* (libre elección de profesión u oficio) ha de entenderse en

¹⁰¹ Respecto a este precepto constitucional se ha señalado su carácter innovador y original, por no existir precedentes históricos ni determinaciones similares en el Derecho comparado. Pero la novedad del mismo debe predicarse de su referencia a los Colegios Profesionales, pero no de la que hace al ejercicio de las profesiones tituladas. En este sentido, OLAVARRÍA IGLESIA, J.: "El artículo 36 de la Constitución: su elaboración en las Cortes Constituyentes", en *Derecho privado y Constitución*, n° 11/1997.

sentido amplio o genérico, equivalente a cualquier género de actividad laborable¹⁰².

Por el contrario, la referencia a *profesiones* incluida en el artículo siguiente (artículo 36), viene reducida exclusivamente a las profesiones tituladas, para las que este artículo establece una reserva de ley y una legitimación de intervencionismo normativo en su ejercicio.

2.2.1.- Libre elección de profesión y libre ejercicio de profesión

La separación entre la libre elección de profesión y la reserva de ley en el ejercicio de profesiones tituladas tiene consecuencias considerables. El texto constitucional sólo reconoce la libertad en la elección de profesiones, pero no en su ejercicio o desarrollo, en los que pueden existir límites establecidos legalmente. Así, para las profesiones tituladas, el propio texto constitucional establece una reserva de ley que sólo resultará aplicable en cuanto a su ejercicio¹⁰³ y no en cuanto a la libertad en la elección.

¹⁰² OLAVARRÍA IGLESIA, J.: *El ejercicio libre de las profesiones liberales: la transición del ejercicio individual al ejercicio organizado*, cit., pág. 28.

¹⁰³ TOLIVAR ALAS, L.: "La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio", en *Estudios sobre la Constitución*

Con carácter general el principio de libertad y el de libre desarrollo de la personalidad (artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución), y con carácter específico el principio de libre elección de profesión u oficio (artículo 35.1) autorizan a los ciudadanos a llevar a cabo aquellas actividades que la ley no prohíbe o cuyo ejercicio no subordina a requisitos o condiciones determinadas.

En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio¹⁰⁴. En lo que aquí interesa, la citada Sentencia pone de manifiesto la posibilidad de que el ejercicio de actividades profesionales (o empresariales) pueda ser limitado o regulado. El derecho garantizado en el artículo 35.1 no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio¹⁰⁵.

española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pág. 1342.

¹⁰⁴ En resolución de la cuestión de inconstitucionalidad 80/1983 promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia, por posible inconstitucionalidad de la Base VI, párrafo 9º, de la Ley de 25 de noviembre de 1994, de Bases de la Sanidad Nacional.

¹⁰⁵ En sentido contrario se ha manifestado MARÍN LÓPEZ, J.J. en el "Comentario a la STS 10 de octubre de 1991", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 27, septiembre/diciembre 1991, pág. 994, ya que en su opinión el artículo 35.1 CE reconoce no sólo la libertad de elección de la profesión, sino también la libertad de ejercicio.

En nuestro sistema jurídico se constata la existencia de normas que disciplinan, regulan y limitan el ejercicio de profesiones u oficios, imponiendo para ello multitud de requisitos diversos, entre los cuales se cuenta, por ejemplo para determinadas profesiones (...) la posesión de un determinado título académico y/o la afiliación a un Colegio profesional (FJ° 3°).

De este modo el Tribunal Constitucional está delimitando la distinción entre libertad de elección y libertad de ejercicio de las profesiones, y convalidando la intervención normativa en lo referente a la segunda de las libertades mencionadas.

La libertad de elección se garantiza en el artículo 35.1 del texto constitucional, mientras que la libertad de ejercicio no está constitucionalmente garantizada, siendo la única previsión al respecto, la contenida en el artículo 36, que establece reserva legal respecto al ejercicio de las profesiones tituladas.

La libre elección de profesión u oficio supone la elección individual y libre del tipo de trabajo o actividad a desarrollar, y ha sido directamente relacionada con la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución)¹⁰⁶, ya que ambos derechos, aunque aparecen,

¹⁰⁶ Véase en este sentido TOLIVAR ALAS, L.: "La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio", cit., pág. 1345; e igualmente MUÑOZ MACHADO/PAREJO ALFONSO/RUILOBA SANTANA: *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983, pág.116.

como es sabido, en artículos diferentes del texto constitucional, están sometidos a un mismo régimen tuitivo por su integración en la Sección 2ª, Capítulo II, del Título I, y el propio Tribunal Constitucional les ha reconocido el mismo significado, que no consiste en *desarrollar cualquier actividad o acometer cualquier empresa*, sino en el derecho a elegir libremente profesión, oficio o actividad empresarial¹⁰⁷.

El derecho a la elección libre de actividad constituye un paso previo al libre ejercicio, aunque la distinción efectuada por el Tribunal Constitucional puede resultar un poco forzada. Efectivamente, los límites que se establecen legalmente al ejercicio de profesiones u oficios indudablemente afectaran a la libre elección.

En principio, el ciudadano es libre en la elección¹⁰⁸, siempre que no se trate de actividades prohibidas, pero los límites establecidos para el ejercicio han de suponer también un límite a la elección.

La distinción puede resultar aparentemente formal, pero de enorme interés no sólo en el plano teórico, ya que de este modo se preserva de intervención

¹⁰⁷ STC 83/1984, de 24 de julio.

¹⁰⁸ Al menos en las economías liberales, ya que en las sociedades de economía planificada es susceptible de mayores matizaciones. Así GÁLVEZ, J.: "Comentarios al artículo 35 CE", en la obra dirigida por Garrido Falla: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 722, habla de que en éstas se encuentra abolida o falseada.

normativa el derecho a la elección, de modo tal que únicamente queda reservada para el ejercicio de las profesiones.

La libertad de elección no admite más restricción que las derivadas de las disponibilidades en relación con la educación¹⁰⁹, y esto respecto a las profesiones tituladas, en las que la libertad de elección se transforma en derecho a la adquisición de saberes¹¹⁰.

Respecto al libre ejercicio de las profesiones, como se ha puesto de manifiesto reiteradamente por doctrina y jurisprudencia, la única previsión constitucional es la contenida en el artículo 36 respecto a profesiones tituladas, de lo que puede derivarse que el legislador constituyente parte de la distinción entre profesiones tituladas y profesiones no tituladas¹¹¹.

De la previsión constitucional se deriva necesariamente que el ejercicio de una profesión no puede quedar eliminado porque ésta no se encuentre regulada.

¹⁰⁹ MUÑOZ MACHADO/PAREJO ALFONSO/RUILOBA SANTANA: *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, cit., pág. 121; SOUVIRON MORENILLA, J.M^a: *La configuración jurídica de las profesiones tituladas*, cit., pág. 39.

¹¹⁰ SOUVIRON MORENILLA, J.M^a: *La configuración jurídica de las profesiones tituladas*, cit., págs. 37-38.

¹¹¹ VILLAR PALASÍ/VILLAR EZCURRA: "La libertad constitucional del ejercicio profesional", cit., pág.1394.

Para el ejercicio constitucional de una profesión no se precisa una norma que determine su ejercicio¹¹².

Respecto al ejercicio de las profesiones tituladas, el Tribunal Constitucional¹¹³ ha señalado que compete al legislador la determinación de cuándo una profesión deja de ser enteramente libre para convertirse en profesión titulada¹¹⁴.

¹¹² MUÑOZ MACHADO/PAREJO ALFONSO/RUILOBA SANTANA: *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, cit., pág. 121: "en ningún caso el ejercicio de una profesión puede ser restringido por el hecho de que no esté regulada".

¹¹³ En Sentencia 42/1986, de 10 de abril.

¹¹⁴ Para el Tribunal Constitucional profesión titulada es aquella para cuyo ejercicio se requieren títulos, esto es, posesión de estudios superiores y ratificación mediante certificado o licencia (STC 42/86), aunque es necesario precisar que dicha interpretación se efectúa en resolución de Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona sobre la disposición transitoria de la Ley 31 de diciembre de 1979, que crea el Colegio Oficial de Psicólogos, por tanto, en el ámbito de una profesión titulada universitaria, lo que no tiene porqué excluir la posibilidad de que profesión titulada sea también aquella en la que la exigencia de títulos no viene determinada por estudios académicos previos, o al menos, por la necesidad de que estos conocimientos previos sean necesariamente universitarios.

2.2.2.- Límites a la intervención normativa en el ejercicio profesional

En esta intervención legislativa existen evidentemente límites. No sólo el respeto al resto del articulado constitucional, sino que, junto a ello, *debe atenderse al interés público y a los datos producidos por la vida social, sin olvidar el contenido esencial de la libertad profesional*¹¹⁵.

Siguiendo la interpretación que la jurisprudencia constitucional ha efectuado del concepto *contenido esencial* de un derecho¹¹⁶, se ha manifestado respecto a la libertad profesional la necesidad de que el legislador respete los elementos, competencias, funciones y tipos de desenvolvimiento social de una profesión, sin los cuales la profesión no sería reconocible como tal¹¹⁷.

Finalmente la reserva legal respecto al ejercicio de las profesiones tituladas requiere un comentario

¹¹⁵ Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1986.

¹¹⁶ STC 11/1981, de 8 de abril, según la cual se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

¹¹⁷ MUÑOZ MACHADO/PAREJO ALFONSO/RUILOBA SANTANA: *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, cit., pág. 128.

respecto a las posibilidades de regulación, estatal o autonómica, en directa relación con la competencia exclusiva del Estado en materia de expedición de títulos académicos o profesionales contenida en el artículo 149.1.30 de la Constitución.

El problema surge ante la indeterminación lógica que efectúa el artículo 36 que no especifica si ha de tratarse de una ley estatal o de una ley autonómica por lo que la remisión ha de hacerse a la distribución constitucional de competencias.

Ha de analizarse no únicamente la competencia en materia de ejercicio de profesiones tituladas, sino también la relativa a la organización colegial, ya que el artículo 36 de la Constitución se refiere tanto a éstas como a *las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, porque, según se ha señalado, existe una conexión constitucional entre profesiones tituladas y Colegios profesionales¹¹⁸.

Respecto de éstos últimos tampoco los artículos 148 y 149 de la Constitución hacen referencia expresa, pero se ha señalado por el Tribunal Constitucional (STC 76/1983, de 5 de agosto) que el Estado tiene competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18), por lo que si se atribuye esta naturaleza a los Colegios

¹¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Colegios profesionales y Constitución", *Relaciones laborales*, tomo I/1993.

profesionales, la ley a que se refiere el artículo 36 ha de ser estatal en cuanto a la fijación de los criterios básicos de organización y competencia (FJ° 26)¹¹⁹.

Así pues, competencia estatal para dictar las bases de su régimen jurídico (artículo 149.1.18), por lo que las leyes autonómicas deben, en todo caso, respetar la ley estatal vigente, esto es, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales, modificada por la ley 74/1978, de 26 de diciembre y por la ley 7/1997, de 14 de abril.

Las Exposiciones de Motivos de las Leyes autonómicas dan prueba de ello, y el Tribunal Constitucional en Auto de fecha 16 de marzo de 1998, n° 70/1998, que reitera la tesis mantenida en las Sentencias del Tribunal Constitucional 20/1988 y 56/1990, ha mantenido la competencia autonómica para regular los Colegios profesionales de su territorio, siempre que se respeten los principios y reglas básicas establecidas en la legislación del Estado.

Por su parte, la referencia del artículo 149.1.30 del texto constitucional a la competencia exclusiva del Estado respecto a "la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos

¹¹⁹ Sobre este pronunciamiento del TCO véanse entre otros ENTRENA CUESTA, R.: "Estado autonómico y Colegios profesionales", Revista jurídica de Cataluña, n° 2/1987; y DEL SAZ, S.: *Los Colegios profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 125 y ss.

académicos y profesionales (...)”¹²⁰, no impide que el ejercicio de las profesiones pueda ser también asumido por las Comunidades Autónomas, como en efecto ha sucedido, aunque debe respetarse la competencia estatal para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1.1 CE)¹²¹.

Las Comunidades Autónomas de Cataluña¹²², País Vasco¹²³, Andalucía¹²⁴, Canarias¹²⁵, Aragón¹²⁶, Castilla y

¹²⁰ Al respecto de la competencia exclusiva del Estado en materia de regulación de condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesional, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse en su Sentencia de 22 de diciembre de 1981, dictada en recurso de inconstitucional promovido por el Gobierno contra el artículo 13.2 y la Disposición Transitoria 2ª de la ley de la Generalidad de Cataluña de 22 de abril de 1981 sobre bibliotecas. Sobre el tema véase SAINZ MORENO, F.: “Artículo 36”, en *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978*, tomo III, EDERSA, Madrid, 1983, págs. 519 y ss.

¹²¹ DEL SAZ, S.: *Los Colegios profesionales*, cit., pág.132.

¹²² LO 4/1979 de 18 de diciembre

¹²³ LO 3/1979, de 18 de diciembre, artículo 10.22.

¹²⁴ LO 6/1981, de 30 de diciembre, artículo 13.24.

¹²⁵ Artículo 34.A.8 del Estatuto de Autonomía (LO 10/1982) en relación con la LO 11/1982 de transferencias complementarias a Canarias.

¹²⁶ Artículo 35.1.22 Estatuto de Autonomía modificado por LO 5/1996, de 30 de diciembre.

León¹²⁷, Valencia¹²⁸, Navarra¹²⁹, La Rioja¹³⁰ y Castilla-La Mancha¹³¹ no sólo han asumido competencias en materia de Colegios Profesionales y ejercicio de profesiones tituladas, sino que, además, en su desarrollo han dictado la normativa correspondiente, aunque en la mayoría de ellas el desarrollo únicamente incluye la regulación de los Colegios profesionales.

Así, las leyes correspondientes de las comunidades de Cataluña (Ley 13/1982, de 17 de diciembre), Valencia (ley 6/1997, de 4 de diciembre), Navarra (Ley 3/1998, de 6 de abril), Aragón (Ley 2/1998, de 12 de marzo), Andalucía (Ley 6/1995, de 29 de diciembre), Canarias (Ley 10/1990, de 23 de mayo), La Rioja (Ley 4/1999, de 31 de marzo) y Castilla La Mancha (Ley 10/1999, de 26 de mayo) limitan el objeto de sus

¹²⁷ Que asume esta competencia a través de la LO 11/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

¹²⁸ Artículo 31.22 Estatuto de Autonomía, LO 5/82, de 1 de julio.

¹²⁹ Artículo 44.26 de la Ley Foral de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

¹³⁰ Artículo 9 Estatuto de Autonomía, aprobado por LO 3/1982, de 9 de junio, en su redacción dada por LO 2/1999, de 7 de enero.

¹³¹ Artículo 32.5º Estatuto de Autonomía de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

leyes de desarrollo de la correlativa competencia al estricto campo de Colegios profesionales¹³².

La Comunidad Autónoma del País Vasco, a diferencia de las anteriores, desarrolla, además de la competencia en materia de Colegios profesionales, la competencia relativa al ejercicio de profesiones tituladas, mediante la Ley 18/1997, de 21 de noviembre, de la que el Título I se dedica precisamente a este objetivo. Según el artículo 2 de esta Ley, el carácter de *profesión titulada* se atribuye a aquélla que se manifiesta mediante el ejercicio y la aplicación de conocimientos y técnicas propios de una ciencia o rama del saber, cuya aptitud venga acreditada en un título académico universitario o en otro legalmente establecido o reconocido por las autoridades competentes.

En esta conceptualización de *profesión titulada* se aprecia la posibilidad de entender incluidas tanto las profesiones en que se exige para su ejercicio una *titulación académica universitaria*, como cualquier otra *titulación legalmente establecida o reconocida por las autoridades competentes*. Se evidencia así el contenido que del término *título* (o *titulación*) se hace en la

¹³² Por su parte la Comunidad Autónoma de Madrid, sólo asume competencias en el campo de los Colegios profesionales: artículo 27.9 Estatuto de Autonomía, LO 3/1983, de 25 de febrero, atribuye competencia de desarrollo legislativo, en el marco de la legislación básica del Estado, respecto de las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales.

normativa interna, y a la que hemos hecho referencia en páginas anteriores.

Además, en esta ley, el concepto de profesiones tituladas resulta independiente de su caracterización como colegiadas, admitiendo así la existencia de profesiones tituladas no colegiadas (artículos 2.2, 2.3 y 2.4 de la Ley).

2.3.- La inexistencia de un concepto de profesional liberal ni en la normativa laboral ni en el resto del ordenamiento jurídico

2.3.1.- La inexistencia de un concepto jurídico de profesional liberal en la legislación laboral

Como ya he anunciado, en la legislación laboral se pone de manifiesto la inexistencia de un concepto normativo de *profesional liberal*, en cuanto sujeto de la relación laboral.

El Estatuto de los Trabajadores utiliza el término *profesional* en multitud de ocasiones, aunque con carácter adjetivo, como puede apreciarse en los artículos 11, 14, 22, 23 y 39. En ellas la expresión *profesional* va ineludiblemente unido a la existencia de títulos, concretamente a títulos académicos o profesionales habilitantes para el ejercicio profesional, ya sea para celebrar contratos en prácticas¹³³, para determinar un período de prueba específico, para determinar el régimen de permisos para concurrir a exámenes o adaptación de la

¹³³ En desarrollo del artículo 11 del ET, el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, artículo 1, señala que son títulos profesionales habilitantes para celebrar el contrato en prácticas los de Diplomado Universitario, Ingeniero Técnico, Arquitecto técnico, Licenciado universitario, Ingeniero, Arquitecto, y Técnico o Técnico Superior de la formación profesional específica, así como los títulos oficialmente reconocidos como equivalentes que habiliten para el ejercicio profesional (artículo 1).

jornada de trabajo, o para establecer límites a la movilidad funcional.

En cambio cuando el Estatuto habla de grupo y categoría profesionales, está utilizando el término *profesión* en un sentido amplio¹³⁴.

En la doctrina y en la jurisprudencia laborales es frecuente la utilización del concepto de *profesional* para referirse al profesional liberal, entendido éste como profesional titulado académicamente, o más concretamente, con posesión de titulación académica universitaria superior, y habitualmente con obligación de colegiación profesional.

Sin embargo, la existencia de otros profesionales a los que se pueden aplicar similitudes en el régimen jurídico cuando celebran contratos de trabajo, permite ampliar el concepto de *profesional* hacia otros sujetos con titulación no académica.

2.3.2.- La inexistencia de un concepto jurídico de profesional liberal en el resto del ordenamiento jurídico

La inexistencia de un concepto jurídico de profesión liberal es constatable en otras disciplinas

¹³⁴ OLAVARRÍA IGLESIA, J.: *El ejercicio libre de las profesiones liberales: la transición del ejercicio individual al ejercicio organizado*, cit., pág. 28 y 29.

jurídicas que también intervienen en el ejercicio de las profesiones.

Pero además resulta factible verificar que cada una de ellas se acude a un diferente concepto de profesional liberal, y ello porque se aprecian solamente unas cualidades concretas de ese profesional, aquéllas relacionadas directamente con el interés de la disciplina que se ocupa en cada caso del profesional, ignorando las demás.

Pues bien, partiendo de esta múltiple utilización conceptual del profesional liberal, es posible afirmar con rotundidad que debido a ello el concepto resulta difícilmente extrapolable a otras disciplinas jurídicas, como veremos seguidamente.

Efectivamente, en las legislaciones de estas disciplinas jurídicas se interviene la libertad de ejercicio de determinadas profesiones desde un ángulo sustancialmente diferente.

Se acude fundamentalmente a dos parámetros. El primero de ellos es la forma de ejercicio de la profesión. Así, en el ámbito del derecho fiscal, *profesional* es únicamente el que ejerce una actividad por cuenta propia, con independencia de que esté en posesión de titulación, o de que esté inscrito en el Colegio profesional correspondiente.

Criterios similares se recogen en el Derecho civil: el contrato celebrado es en este caso el

determinante de que la prestación de servicios deba considerarse o no.

En cambio, para el Derecho penal, y para el Derecho administrativo, no resulta relevante si la prestación profesional se ejercita de forma dependiente o autónoma, sino que en estos ámbitos lo fundamental es la posesión de títulos concretos, como veremos de forma más amplia, seguidamente.

En todo caso, es necesario poner de manifiesto que aún a pesar de la evidencia de la inexistencia de un concepto normativo unitario de profesional, aplicable en todos los sectores del ordenamiento jurídico interno, que resulte más adecuado que el amplísimo concepto utilizado en el lenguaje común, pero también más capaz que el exclusivo de titulado universitario, no resulta sin embargo inconveniente insalvable para el análisis del profesional inmerso en el contrato de trabajo. Es necesario tener en cuenta, sin embargo, la concurrencia, en el mercado de trabajo, junto con el profesional amparado en un título universitario, de profesiones reguladas o intervenidas, en las que no se exige un título académico de nivel superior, o éste no es ni siquiera académico, sino que se exige una habilitación profesional, en las que sería posible encontrar problemas comunes tanto en el acceso al contrato como en el efectivo desarrollo de la relación laboral.

2.3.2.1.-Las disposiciones normativas en el Derecho fiscal relativas a la actividad del profesional

En el ámbito del Derecho fiscal el ejercicio de profesiones está exclusivamente relacionado con lo que podríamos llamar libre ejercicio, en contraposición al ejercicio dependiente en el marco de un contrato de trabajo, y ello porque el régimen fiscal de las retribuciones que perciben unos y otros se somete a un diferente tratamiento jurídico.

En este sector el profesional liberal se asemeja a la figura del empresario, estableciéndose un paralelismo de régimen jurídico entre las rentas derivadas de actividades empresariales y profesionales, y contraponiéndolas a las que se denominan rentas del trabajo, que se reservan para los rendimientos obtenidos por los trabajadores asalariados.

La delimitación que se efectúa del profesional en las normas fiscales responde únicamente al interés de gravar las rentas derivadas del libre ejercicio de un modo diferente de las rentas derivadas del trabajo asalariado, por lo que en el concepto de profesional únicamente se incluye el que desarrolla su actividad en régimen de autonomía.

Los impuestos que gravan las actividades profesionales son el Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), el Impuesto sobre el valor añadido (IVA) y el Impuesto de actividades económicas (IAE).

El concepto de *profesional* que se deriva de las normas reguladoras de los impuestos citados era en la normativa anterior idéntico, situación que ha variado aparentemente tras la entrada en vigor de la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias (Ley 40/1998, de 9 de diciembre). El cambio afecta a la denominación que se otorga a los rendimientos, pero, como veremos, el contenido es el mismo.

Tanto el artículo 40 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, por la que se regulaba el Impuesto sobre la renta de las personas físicas, como el artículo 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, por la que se regula el Impuesto sobre el valor añadido, como el artículo 80 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en la que se regula el Impuesto sobre actividades económicas, utilizan un concepto de actividad profesional equivalente, y que además es aplicable tanto al concepto de actividad profesional como de actividad empresarial.

Según esta normativa son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

La Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas y otras Normas Tributarias, sustituye el gravamen sobre lo que se denominaba en la regulación anterior *rendimientos de*

actividades profesionales y empresariales, por el gravamen sobre lo que ahora se denomina rendimientos de las actividades económicas.

Sin embargo, la definición que se efectúa en el artículo 25 de la citada ley del concepto *actividades económicas* se corresponde con el anterior de *actividades empresariales y profesionales*; y además se incluye expresamente entre las actividades que tienen este carácter las prestaciones de servicios y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas, entre otras, al igual que se hacía en la anterior Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

De este concepto de actividad profesional puede derivarse que el profesional al que se remiten estas normas se aleja del que se utiliza en otros órdenes jurídicos. El concepto jurídico tributario es más amplio del que se emplea en otras regulaciones, pues se evita el recurso al criterio de la *titulación*, que, como veremos, sí se utiliza en otras disciplinas, por lo que se pueden incluir actividades profesionales no tituladas.

Pero al mismo tiempo resulta más reducido, pues su ámbito de aplicación debe limitarse a la actividad profesional que se efectúa por cuenta propia, en contraposición al trabajador asalariado, con irrelevancia de que nos encontremos ante un profesional titulado o no, ante un profesional colegiado o no. El concepto de profesional en el Derecho tributario se reduce a la contemplación de quien ejerce una actividad por cuenta propia, y en consecuencia, obtiene rendimientos por el ejercicio de esta actividad.

La nota fundamental del profesional a efectos tributarios es el ejercicio independiente, el desarrollo de una actividad económica por cuenta y en nombre propio¹³⁵, con absoluta irrelevancia de la existencia de titulación y colegiación, requisitos que, como veremos, resultan fundamentales en otras ramas del ordenamiento jurídico.

No puede, en realidad, hablarse de *sujeto pasivo profesional*, sino de que los sujetos pasivos realizan *actividades profesionales*¹³⁶.

El criterio que separa la frontera entre el rendimiento de la actividad profesional y el derivado del trabajo personal, y que, en consecuencia caracteriza al profesional a efectos fiscales, no reside en la actividad sino en el hecho de que exista o no ordenación por cuenta propia de los medios de producción y humanos¹³⁷.

¹³⁵ DELGADO GONZÁLEZ, A.F.: *Las sociedades profesionales: el ejercicio en común de las profesiones en España: sus aspectos administrativos, civiles y tributarios*, EDERSA, Madrid, 1996, págs. 21 y ss.

¹³⁶ BANACLOCHE PÉREZ, J.: *La tributación de las profesiones liberales*, Instituto de empresa, Madrid 1980, pág. 19.

¹³⁷ MARTÍN QUERALT, J.: *Curso de Derecho Tributario*, Madrid, 1989, pág. 111. Véase también MENÉNDEZ MORENO, A.: *El concepto jurídico tributario de profesional*. Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1986.

2.3.2.2.- El concepto de profesional liberal en el derecho privado

En el ámbito del derecho privado el profesional es contemplado desde un punto de vista similar. En estas disciplinas jurídicas el interés se centra en la forma en que las profesiones se ejercen, y resultan relevantes si el ejercicio se caracteriza por la existencia de una relación en la que no concurra dependencia laboral, esto es, lo que ha venido denominándose ejercicio libre de la profesión.

Las prestaciones de servicios de profesionales responden en el Derecho civil a la celebración de un contrato de arrendamiento de servicios¹³⁸, que supone una evidente separación del profesional inmerso en un contrato de trabajo, objeto de nuestro estudio.

El desarrollo de la prestación de servicios acorde con la celebración de un contrato civil impide la laboralidad de la misma, y por ello, el profesional del que se ocupa el Derecho civil se distancia del profesional laboral.

Pese a ello, en el Código Civil tampoco hay un tratamiento específico de la persona en cuanto realiza una actividad como profesión u oficio, sino que en este texto legal, se efectúa un tratamiento fragmentario y

¹³⁸ Aunque también cabe, como ya se ha puesto de manifiesto, el recurso al contrato de arrendamiento de obra y al de mandato.

general para todas las profesiones, oficios, artes y trabajos¹³⁹.

El contrato de arrendamiento de servicios ha sido el prototipo contractual de las denominadas tradicionalmente profesiones liberales¹⁴⁰. No obstante, es constatable un proceso de asalarización en este tipo de profesiones¹⁴¹, lo que genera en multitud de ocasiones problemas de calificación, por la indiscutible existencia de puntos comunes entre el citado contrato civil y el contrato laboral.

La delimitación ha de venir dada, como ya hemos puesto de manifiesto por la concurrencia o ausencia de las notas de laboralidad concretadas en los artículos 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, especialmente por la nota de dependencia jurídica.

¹³⁹ OLAVARRÍA IGLESIA, J.: *El ejercicio libre de las profesiones liberales: la transición del ejercicio individual al ejercicio organizado*, cit., págs. 10 y 11.

¹⁴⁰ La similitud entre el contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de trabajo deriva de la consideración de los dos como contratos de servicios, existiendo, en consecuencia, una identidad de objeto. En este sentido, SERRA RODRÍGUEZ, A. : *La relación de servicios del abogado*, cit., pág. 109.

¹⁴¹ Véase punto 1.1 de este capítulo. También la doctrina civilista pone de manifiesto la posibilidad de acceso a la laboralidad de la relación, así como la mayor frecuencia de este fenómeno. En este sentido, YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, ed. Reus, Madrid, 1989, pág. 65 y SERRA RODRÍGUEZ, A. : *La relación de servicios del abogado*, cit., pág. 18.

En todo caso lo que es fácilmente constatable es la inexistencia de un concepto legal de profesional en el ordenamiento civil.

En el Derecho mercantil el objetivo ha de centrarse en el ejercicio colectivo de las profesiones, adoptando la forma de sociedades mercantiles, y así cabe apreciar una aproximación al concepto de empresario mercantil¹⁴². El eje continúa siendo, al igual que en el Derecho civil, el profesional en ejercicio libre, y la caracterización del régimen jurídico de las profesiones tituladas se han señalado como relevantes la equiparación al régimen de los empresarios, su organización en Colegios profesionales, la especialización de sus funciones y el creciente recurso al ejercicio colectivo¹⁴³.

2.3.2.3.- Previsiones en el Derecho administrativo

En cambio, desde el Derecho administrativo se parte de la necesidad de que un profesional esté en posesión de la correspondiente titulación, resultando indiferente que éste celebre un contrato de trabajo o se

¹⁴² No en vano el Derecho mercantil se define como el Derecho privado de la institucionalización de la empresa, del establecimiento y de la actividad empresarial en sus cuatro aspectos: organización, colaboración, intercambio y competencia. VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho mercantil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 41.

¹⁴³ VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho mercantil*, cit., págs. 38-39.

dedique al libre ejercicio de la profesión. En este ámbito, los conceptos profesión y profesional están íntimamente conectados con *formación*, lo que a su vez se debe relacionar con educación o sistema educativo, titulaciones académicas y su distinción de titulaciones profesionales.

En esta línea, la Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) entiende que entre los fines del sistema educativo español está el procurar la capacitación para el ejercicio de actividades profesionales, y que la formación profesional comprende una serie de enseñanzas tendentes a lograr aquella finalidad (artículo 30). En su desarrollo el Real Decreto 676/1993, de 7 de mayo, por el que se establecen directrices generales sobre los títulos y las correspondientes enseñanzas mínimas de formación profesional otorga a los títulos de formación profesional validez académica y profesional.

También la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades¹⁴⁴incide en este punto. En su artículo primero incluye entre las funciones de la Universidad al servicio de la sociedad la preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos o para la creación artística (artículo 1.2.b). Junto a ello, el artículo 2.g de la mencionada Ley entiende

¹⁴⁴ En lo mismos términos en que lo hacía la Ley Orgánica 11/83, de 25 de Agosto, de Reforma Universitaria (LRU).

comprendida en la autonomía de las Universidades la expedición de títulos y diplomas¹⁴⁵.

De la concordancia de la LOGSE y de la LOU puede observarse que título académico no es únicamente el título universitario superior, sino que también pueden calificarse de este modo las titulaciones derivadas de otros niveles de enseñanza. Lo anterior no evita que además de ser títulos académicos sean también titulaciones profesionales, en cuanto habilitan para el ejercicio de una profesión. Sin embargo, la LRU no predica de los títulos universitarios el efecto profesional, sino que, tal y como se ha afirmado, se ha desvinculado la formación universitaria de cada una de las profesiones¹⁴⁶.

Así pues, en el Derecho administrativo se puede hacer la distinción entre profesiones tituladas y no tituladas, o también entre profesiones reguladas y no reguladas.

En una acepción concisa, profesión titulada es aquella cuyo ejercicio requiere la previa posesión de un

¹⁴⁵ Sin embargo, concede diferente valor a los títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, establecidos por el Gobierno, que además introduce las directrices generales de los planes de estudio, y aquellos otros supuestos en los que la Universidad tiene la posibilidad de establecer las enseñanzas conducentes a la obtención de diplomas y títulos propios (artículo 34 de la LOU).

¹⁴⁶ SOUVIRON MORENILLA, J.M^a: *La configuración jurídica de las profesiones tituladas*, cit., pág.172-173.

título académico o profesional, por contraposición a las profesiones libres o no sujetas en las que no se requiere tal requisito¹⁴⁷.

El concepto puede ser objeto de una mayor caracterización, destacándose la presencia de tres elementos fundamentales¹⁴⁸: la necesidad de un título de formación o cualificación profesional (acreditativo de una formación previa, de una práctica profesional o de la superación de exámenes o controles de acceso); la incorporación a una organización o registro de profesionales (colegiación); y, finalmente, la existencia de una normativa aplicable al ejercicio profesional.

Esta caracterización del profesional permite distinguir las profesiones tituladas, también denominadas sujetas o reguladas, de las profesiones no tituladas, libres o no reguladas, éstas últimas sin interés para el Derecho administrativo.

¹⁴⁷ VILLAR PALASÍ/VILLAR EZCURRA: "La libertad constitucional del ejercicio profesional", cit., pág.1394.

¹⁴⁸ Véase esta caracterización en SOUVIRON MORENILLA, J.M^a: *La configuración jurídica de las profesiones tituladas*, cit., pág. 24; MUÑOZ MACHADO/PAREJO ALFONSO/RUILOBA SANTANA: *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, cit., pág. 25 y DELGADO GONZÁLEZ, A.F.: *Las sociedades profesionales*, cit., pág. 6 y ss. También en la doctrina laboralista RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La situación jurídica de los peritos tasadores de seguros", cit., pág. 3, y LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, cit., pág.78.

Como se observa, en este sector del ordenamiento resulta indiferente la forma en que se ejerce la profesión titulada, criterio que resulta, en cambio, sustancial en otros ámbitos del derecho.

2.3.2.4.- El profesional en el Derecho penal

En el Derecho penal el concepto de profesional está íntimamente conectado con el delito de intrusismo¹⁴⁹, que castiga el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico; o sin poseer el título oficial acreditativo de la capacitación necesaria y habilitante para el ejercicio de una profesión; finalmente, juntamente con las anteriores,

¹⁴⁹ Artículo 403 Código Penal aprobado por LO 10/95, de 23 de noviembre (BOE 24 noviembre). Este precepto establece: "El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses. Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años". Sobre este precepto véase LLORIA GARCÍA, P.: *El delito de intrusismo profesional*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

también se castiga la atribución pública de la cualidad de profesional amparada por el título¹⁵⁰.

La actual redacción del Código Penal tipifica el delito de intrusismo de modo que permite abarcar conductas que no podían castigarse en el derogado Código Penal¹⁵¹, en cuyo artículo 321 se incluía únicamente el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente *título oficial*¹⁵². En este texto legal, el ejercicio de actos propios de profesiones no tituladas sin poseer la habilitación o capacitación oficial requerida y el ejercicio de profesión por titulado o habilitado no colegiado, cuando la inscripción era obligatoria, estaban tipificados como faltas¹⁵³, y por tanto, consideradas como infracciones menores.

La expresión *título oficial*, que utilizaba el anterior artículo 321 del Código Penal, fue interpretada por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 111/1993,

¹⁵⁰ Igualmente el artículo 637 del Código Penal castiga, junto a otras conductas, la atribución pública de la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posee.

¹⁵¹ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (BOE de 12 a 15 de diciembre).

¹⁵² BOIX REIG/ORTS BERENGUER: "Sobre algunos aspectos del delito de intrusismo", en *Estudios penales y criminológicos*, XXI, 1998, págs. 11 y 12.

¹⁵³ Artículo 572.

de 25 de marzo¹⁵⁴ de manera restrictiva, como corresponde por tratarse de derecho sancionador, entendiéndose que título oficial equivalía a título académico, y que éste era equivalente a título universitario. Además, el artículo 321 únicamente podía incidir sobre bienes jurídicos de máxima relevancia; en cambio, la protección de otras profesiones que inciden sobre intereses sociales de menor relevancia, se satisfaría mediante la sanción administrativa.

El vigente artículo 403 introduce la distinción entre título académico y título oficial habilitante, lo que también obliga a una delimitación de ambos conceptos, distinción que, sin embargo, no impide que en ambos casos estemos ante un profesional desde un punto de vista penal, con independencia de la modalidad contractual que ampare la prestación de servicios.

En la doctrina penal¹⁵⁵ se ha señalado que título académico es el título concedido o reconocido por una Universidad (diplomatura, licenciatura o doctorado) que ha de obtenerse para poder ejercer una profesión determinada.

¹⁵⁴ Véase al respecto LLORIA GARCÍA, P.: "EL concepto de título oficial en el delito de intrusismo. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 111/1993, de 25 de marzo", *Cuadernos Jurídicos*, n° 23/1994.

¹⁵⁵ BOIX REIG/ORTS BERENGUER: "Sobre algunos aspectos del delito de intrusismo", *cit.*, págs. 22-23.

Título oficial, es, por el contrario, aquel que, sin ser universitario, está conferido o reconocido por el Estado, siempre que habilite para el ejercicio de una profesión.

Sin embargo, la expresión *titulación profesional* también se ha interpretado de modo tal que no resulta compatible con la que se hace en otras disciplinas jurídicas, ya que en el ámbito penal se ha defendido que el artículo 403 cuando habla de *título oficial* está pensando en las actividades profesionales en las que se requiere, además de un título académico, un título oficial que exprese la capacitación específica para aquella tarea¹⁵⁶.

A favor de la primera interpretación (en la que título oficial y título académico son conceptos independientes, aunque ambos habilitan para el ejercicio de una profesión) figura la voluntad del legislador de incluir en el ámbito del delito de intrusismo las intromisiones en actividades desarrolladas por personas dotadas de títulos no universitarios, así como el diferente tratamiento jurídico entre el primer y el segundo supuesto, ya que en el caso de profesiones en las que figura como exigencia previa la posesión de títulos académicos, la conducta es considerada más lesiva, por cuanto afecta a intereses mayores, y en consecuencia, la

¹⁵⁶ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 1120-1121. Del mismo autor: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 1764-1765.

infracción es más severamente castigada¹⁵⁷. De este modo el legislador se estaría apartando de la interpretación que del concepto "título oficial" había hecho el Tribunal Constitucional, vigente el anterior texto legal¹⁵⁸.

La segunda de las interpretaciones pretende ser continuadora de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en interpretación del artículo 321 del anterior Código Penal, en la que título oficial y título académico respondían a un mismo significado, no pudiendo castigarse las conductas de intrusismo en actividades o profesiones no amparadas por un título académico.

La diferente penalidad que el actual artículo 403 del Código Penal efectúa, distinguiendo entre título académico y título oficial, permite sin embargo entender que, al menos en la regulación vigente, se trata de conceptos independientes.

Las conductas de intrusismo en profesiones amparadas por un título académico (universitario o inferior) son más severamente castigadas que aquellas conductas infractoras que inciden en profesiones en las únicamente se exige un título oficial.

¹⁵⁷ Más ampliamente, véase BOIX REIG/ORTS BERENGUER: "Sobre algunos aspectos del delito de intrusismo", cit., pág. 25.

¹⁵⁸ SsTC números 111, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 200, 201, 215, 222, 223, 240, 241, 248, 249, 250, 260, 277, 295, 339, 348 del año 1993; 123, 239 y 274 del año 1994; 130 y 219 del año 1997, y 142 del año 1999.

Lo verdaderamente relevante a los efectos de este trabajo es, por un lado la ausencia de concepto de profesional, y por otro, su conexión con la posesión de títulos concretos, con independencia de que el ejercicio profesional esté enmarcado en una relación civil o laboral.

2.4.- Conclusiones acerca del concepto de profesional

Como ya ha quedado reflejado, tradicionalmente ha venido identificándose el concepto de profesional con el más reducido de profesional liberal, determinado principalmente por la necesidad de posesión de un título universitario, la exigencia de colegiación y la prestación de servicios en régimen de autonomía e independencia.

Así, se ha caracterizado al profesional liberal como el que está en posesión de un título acreditativo de su formación o cualificación profesional (técnica o intelectual), que se halla inscrito en un registro o colegio profesional y que presta servicios, a título de profesión, preferentemente intelectuales¹⁵⁹.

O bien, se ha señalado que servicios profesionales son los protegidos por el delito de usurpación de calidad, también llamado de intrusismo, tratándose de servicios esencialmente onerosos, de naturaleza intelectual (o liberales), en principio indivisibles y sujetos a disciplina colegial¹⁶⁰.

¹⁵⁹ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., pág. 439.

¹⁶⁰ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *La contratación laboral de los servicios profesionales*, cit., pág. 79

Más extensamente DE LA VILLA¹⁶¹ atribuye a los conceptos *profesiones libres* o *profesiones liberales* una pluralidad de acepciones. La acepción tradicional, que viene referida al ejercicio de actividades o profesiones de alta calificación intelectual a cambio de honorarios. La acepción académica referida al ejercicio de actividades o profesiones para las que habilita un determinado título. La acepción corporativa, que añade la exigencia de incorporación a un Colegio profesional. Y finalmente la acepción funcional, en relación con la oferta de servicios profesionales en el mercado libre.

Estas caracterizaciones responden al concepto de profesión liberal, pero no incluyen todos aquellos sujetos prestadores de servicios profesionales cuyo ejercicio está limitado por la obligatoriedad de posesión de un título profesional no académico.

Por otra parte, es necesario poner de manifiesto que la utilización del término profesional liberal resulta equívoca, ya que la acepción funcional de éste incluye únicamente la prestación de servicios en régimen de autonomía y por cuenta propia¹⁶², y por ello excluido del ámbito de aplicación de la contratación laboral.

¹⁶¹ DE LA VILLA GIL, L.E.: "Apuntes sobre el concepto de trabajador...", cit., pág. 59 y 60.

¹⁶² DE LA VILLA GIL, L.E.: "Apuntes sobre el concepto de trabajador...", cit., pág. 60: "Si se admite la acepción funcional, no son profesionales libres quienes perteneciendo a una de las profesiones tradicionalmente liberales, incluso con posesión de título académico y

La figura clásica del profesional liberal convive con otros profesionales, que no pueden caracterizarse como titulados universitarios superiores, con los que comparte problemas comunes de regulación.

En efecto, para la contratación de algunos trabajadores es requisito imprescindible la habilitación o autorización administrativa correspondiente, que acredite la existencia de una titulación, y ésta puede ser académica o profesional, esto es, no necesariamente académica ni universitaria. Resulta así insuficiente la caracterización que del profesional se ha realizado habitualmente, identificándolo únicamente con el concepto de profesional liberal.

Pero además conviene también precisar que el acceso a algunas profesiones se realiza desde la posesión de un título, pero en ocasiones también es posible su ejercicio sin la posesión del título académico correspondiente. Me refiero al ejercicio de la profesión periodística, pudiendo realizarse para los profesionales de la información precisiones específicas en torno al acceso a la profesión.

Es por todo ello por lo que resulta preferible la utilización del término profesional, sin añadir ninguna de las calificaciones habituales: liberal, intelectual, libre..., que permite además superar dos obstáculos, el de entender incluidos únicamente a los titulados

adscripción a colegio profesional, celebran contrato de trabajo con un empleador.".

académicamente, y el de aplicar dicho concepto exclusivamente al ejercicio independiente de la profesión.

La caracterización de este profesional vendrá determinada por una serie de factores:

En primer lugar, la posesión de una titulación, concepto amplio que permite incluir los títulos académicos (universitarios o no) así como los títulos profesionales (aquellos que no vienen precedidos de una fase académica previa y que habilitan para el ejercicio de una profesión). Esta exigencia de titulación se configura como requisito de validez del contrato de trabajo, y es una de las formas típicas de intervención normativa en el ejercicio de las profesiones.

En segundo lugar, el ejercicio de estas profesiones tituladas, reguladas o intervenidas, suele ir acompañado de la obligatoriedad de inscripción en el Colegio profesional correspondiente. La ausencia del cumplimiento de esta obligación podrá conllevar una sanción, pero sus efectos sobre la validez/nulidad del contrato de trabajo formalizado dependerá del objeto mismo del contrato, esto es, de las concretas funciones que constituyan la prestación laboral en relación con el ámbito objetivo del Colegio profesional correspondiente.

En tercer lugar, y como consecuencia de la exigencia de una titulación que acredita la posesión de unos conocimientos previos, intelectuales o técnicos, el profesional en el desarrollo de la prestación laboral actuará con una gran dosis de autonomía técnica, que a su

vez convivirá con la dependencia jurídica típica de una relación laboral¹⁶³. Es esta autonomía técnica la que justifica el tratamiento diferenciado principal entre un trabajador ordinario y un trabajador-profesional. Su existencia que derivará de la posesión del título será el fundamento de la posibilidad de admitir la desobediencia del trabajador a órdenes empresariales relativas a la aplicación de los principios técnicos y científicos de la profesión¹⁶⁴. Pero no es ésta la única consecuencia jurídica de relevancia. La autonomía técnica y la dependencia jurídica propia de una relación laboral han de coexistir también con la existencia de una normativa propia de cada profesión regulada, que derivará o bien de las normas internas colegiales (especialmente deontológicas y relativas a honorarios) o bien de la normativa general. Esta normativa propia de las profesiones limita la libertad de ejercicio de la profesión, sea éste autónomo o dependiente. Pero también limita las facultades empresariales derivadas de la situación de dependencia en el caso de existencia de relación laboral.

Sobre los dos primeros factores anotados, determinantes del ejercicio de las profesiones, es

¹⁶³ Lo que BORRAJO DACRUZ, E. ("Sindicatos y Colegios profesionales: notas para su estudio", *Anales de la Cátedra F. Suárez*, n° 22/1982, pág. 72) denomina "la independencia dentro de la subordinación".

¹⁶⁴ En este sentido, OLAVARRÍA IGLESIA, J.: *El ejercicio libre de las profesiones liberales: la transición del ejercicio individual al ejercicio organizado*, ob.cit., págs. 104-105.

necesario efectuar, en este momento, unas referencias iniciales. Sobre la autonomía técnica y sus consecuencias jurídicas me referiré en el Capítulo tercero, por sus repercusiones en el ejercicio del poder directivo empresarial.

2.4.1.- Titulación

Respecto del primero de los elementos característicos del profesional es necesario hacer las siguientes precisiones.

La característica que ha acompañado tradicionalmente a los profesionales liberales, ha sido la realización de una actividad eminentemente intelectual¹⁶⁵, en clara oposición a los trabajadores denominados manuales, circunstancia que, como ya he señalado, dificultó su ingreso en el ámbito del Derecho del Trabajo¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Así, entre otros, se pone de manifiesto por CERVILLA GARZÓN, M^aD.: *La prestación de servicios profesionales*, cit., pág. 25.

¹⁶⁶ En todo caso, debe partirse de la dificultad actual en identificar claramente trabajos intelectuales y trabajos manuales, pues ciertamente ningún trabajo es puramente manual ni intelectual. Así, ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Edersa, Madrid, 1968, pág. 15. Las diferencias entre ambos, además, van difuminándose progresivamente por dos factores principales: las mayores exigencias de especialización técnica y la creciente complejidad de máquinas e instrumentos. En este mismo sentido, TRIGO GARCÍA, M^a B.:

La realización de funciones esencialmente intelectuales que encontramos en el origen de las profesiones liberales ha de ser matizada en la actualidad, ya que, como se sabe, en el actual desarrollo de las prestaciones de servicios la diferenciación entre trabajos manuales e intelectuales dista mucho de ser clara.

En todo caso la intelectualidad de los servicios suele venir medida por la necesidad, impuesta por la legislación vigente, de posesión de unos determinados conocimientos para la realización de determinadas profesiones u oficios, conocimientos que se entienden amparados por la posesión de un título por parte del prestador de servicios. Es necesario señalar en este punto que la posesión de la titulación correspondiente no debe asimilarse a la atribución automática de la condición de profesional al que lo posee. La prestación de servicios profesionales suele ir amparada por la posesión del título, pero no es ésta la característica que en esencia debe atribuirse, con carácter de absoluta, al ejercicio de profesiones tituladas para convertir al poseedor del título en profesional. El profesional debe ejercer las funciones amparadas por el título, pero además debe hacerlo haciendo uso de la autonomía técnica que caracteriza las prestaciones de servicios profesionales, siendo ésta la característica que realmente define al profesional, y que debe derivarse de

la posesión de los conocimientos que avala el título poseído.

Al respecto de las mencionadas titulaciones, el texto constitucional y, también la legislación laboral (Estatuto de los Trabajadores y normas de desarrollo), utilizan el desdoblamiento *titulaciones académicas y profesionales*, lo que conduce a suponer que el ejercicio de las profesiones se puede limitar mediante la imposición de la exigencia de un título, que puede ser académico, o bien puede ser profesional, y que, además, éste último puede no suponer la exigencia de una previa titulación académica.

Este límite en el ejercicio de las profesiones puede verse también como un límite en el acceso a las mismas, y por tanto, como una violación de la libertad de elección de profesión u oficio, consagrada en el artículo 35 de la Constitución. En realidad, en estos casos, la libertad en la elección se mantiene, pues se conserva el derecho a acceder a estas titulaciones y con ello, la libertad de elección de estas concretas profesiones u oficios.

Resulta necesario dotar de significado a los conceptos *titulación académica y profesional*, que evidencian la existencia de titulaciones distintas de la universitaria que actúan como límite en las prestaciones de servicios y, en consecuencia, en la contratación y en el desarrollo de la relación laboral.

La delimitación de los conceptos *titulación académica y profesional* puede efectuarse de dos modos.

La primera de ellas supone entender que cuando la legislación habla de titulación profesional, ésta debe interpretarse exclusivamente como una caracterización añadida a la académica, de tal manera que titulación profesional es la titulación académica que además habilita para el ejercicio de una profesión.

Sin embargo, también es posible determinar ambos términos como conceptos independientes o autónomos, de modo que puede haber titulación profesional, que no requiera una previa fase académica¹⁶⁷, del mismo modo que

¹⁶⁷ En este sentido, puede verse CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: "Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional", en *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, (Dir. Borrajo Dacruz), EDERSA, Madrid, 1994, T.I, V.2º, pág. 242, para quien: "... la ley hace una referencia en modo disyuntivo a las titulaciones académicas o profesionales, lo que hace denotar que puede estarse aludiendo a titulaciones profesionales no calificables como académicas". También CAMPS RUIZ, L.M.: "Promoción profesional en la empresa", *Actualidad Laboral*, nº 7/1994, pág. 100; y MARTÍN PUEBLA, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, pág. 197.

Una interpretación amplia de estos conceptos puede verse en GÁRATE CASTRO, J.: "La movilidad funcional", en AAVV: *El estatuto de los Trabajadores veinte años después*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, tomo I, nº 100, marzo- agosto 2000, tomo I, pág. 844, para el que la expresión incluye no sólo a los títulos de licenciado o diplomado universitario, formación profesional, bachiller, graduado escolar y similares, sino también a los permisos o habilitaciones oficiales y colegiaciones que puedan exigirse.

existen titulaciones académicas que no habilitan para el ejercicio de ninguna profesión¹⁶⁸.

La segunda de las acepciones permite incluir en el concepto de titulación profesional, aquellas titulaciones que en la normativa comunitaria¹⁶⁹ no exigen una fase previa de formación, esto es, lo que denomina certificado de competencia, en las que se tienen en cuenta la valoración de unas cualidades personales, aptitudes o conocimientos.

Y en el concepto de titulación académica se incluirían aquellas titulaciones en las que sí se exige una previa fase de formación académica, sea ésta universitaria o inferior, aunque además habiliten para el ejercicio de una profesión¹⁷⁰. En este sentido, podrían ser consideradas titulaciones académicas y profesionales; y desde luego, a estos efectos, las titulaciones académicas que no habilitan para el ejercicio de una profesión no resultan de interés.

La doctrina judicial laboral ha señalado en este sentido que "por título profesional ha de entenderse todo aquel que habilite para el ejercicio de una determinada

¹⁶⁸ Por ejemplo los títulos derivados de la enseñanza primaria.

¹⁶⁹ Directiva 92/51/CEE.

¹⁷⁰ En este sentido se ha señalado cómo una titulación académica supone una habilitación para un cierto ejercicio profesional. CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: "Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional", cit., pág. 242.

profesión" y que "el concepto de título académico... acredita haber seguido y superado los cursos propios de una determinada clase de enseñanza..."¹⁷¹.

Esta interpretación de ambos conceptos resulta así compatible con las Directivas comunitarias, lo que nos permite a su vez, asumir el concepto de profesión regulada que en las mismas se establece.

Además resulta igualmente compatible con la ruptura que se ha efectuado en nuestro sistema jurídico de la tradicional identificación entre efectos académicos y efectos profesionales, sustituida por una *bifurcación*¹⁷² que se refleja, entre otros, en la propia Constitución (artículo 149.1.30)

Se puede concluir, por tanto, la relación existente en nuestro sistema jurídico entre el término profesional y la necesidad o exigencia de una titulación, aunque no puede asociarse el término profesión a la posesión de una concreta titulación académica.

2.4.1.1.- Situaciones especiales I: el título y los profesionales de la información.

A pesar de la constitución del título como uno de los elementos esenciales a la hora de configurar o

¹⁷¹ STCT de 3 de noviembre de 1987, Ar.23863.

¹⁷² Así lo pone de manifiesto SOUVIRON MORENILLA, J.M^a: *La configuración jurídica de las profesiones tituladas*, cit., pág. 58.

considerar una profesión como profesión liberal, no puede olvidarse que en el ejercicio de la profesión periodística nos encontramos con una excepción a dicha regla. En efecto, para el acceso a esta profesión no se exige la posesión de la titulación superior en periodismo, pese a existir los estudios conducentes a la obtención de dicho título.

Así es posible formar parte de la Redacción de cualquier medio de comunicación, esto es, realizar funciones de redactor, sin la posesión del mencionado título¹⁷³.

De este modo, la profesión de periodista no es una profesión vinculada a la posesión de un título determinado normativamente, sino que en su acceso se admiten diferentes posibilidades: titulados en ciencias de la información, titulados en otras titulaciones e

¹⁷³ Así, como muestra, pueden verse el Estatuto de Redacción de El País, que en su artículo 2 dispone "...se consideran miembros de la Redacción todos los periodistas, al margen de la titulación que posean, que realicen tareas de reacción, adscritos a su plantilla al menos con seis meses de antigüedad. En similares términos también el Estatuto de Redacción de El Mundo, en su artículo 3: "... quedan amparado por él todos los periodistas, al margen de la titulación que posean, siempre que realicen tareas de redacción y pertenezcan a la plantilla de la Empresa".

incluso no titulados, a los que se exige un período de prestación de servicios en medios de comunicación¹⁷⁴.

Lo relevante será su posible consideración como profesionales de la información, ya que si ello es así será posible la atribución al mismo de las garantías constitucionales a su libertad de conciencia¹⁷⁵.

Así un posible acercamiento a la noción de profesional de la información recaudaría las notas de dedicación habitual y como medio de vida a la profesión periodística, así como la prestación de servicios en

¹⁷⁴ Así se reconoció en la XLIV Asamblea de la FAPE, celebrada en Santander en octubre de 1994, en la que se pretendió, mediante este triple reconocimiento de acceso a la profesión, de un lado, fomentar la integración de los licenciados en Ciencias de la Información, pero al mismo tiempo, reconocer a otros licenciados e integrar a todos los profesionales que de hecho trabajan en medios de comunicación. Por ello respecto a los licenciados en otra carrera universitaria se exigen 2 años de ejercicio profesional periodístico, ininterrumpidos, y a los no titulados, cinco años ininterrumpidos de este ejercicio periodístico. Véanse todas estas cuestiones en CARRILLO, M.: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas (Una aproximación al estatuto jurídico de los profesionales de la información)*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Investigació de la Comunicació, ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 80 y ss. También RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. y CALVO GALLEGO, F.J.: "Las relaciones laborales en los medios de comunicación", en AAVV: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, ed. Tecnos, Madrid, 1999, págs. 236 y ss.

¹⁷⁵ Véase en este sentido el Capítulo tercero.

favor de un medio de comunicación, realizando en él una actividad informativa. Igualmente debe establecerse el concepto de actividad informativa. Y así por actividad informativa hemos de entender la actividad dedicada a obtener, elaborar, difundir o comunicar noticias por cualquier medio de difusión¹⁷⁶, incluyéndose, las participaciones en el producto informativo, con palabras o con imágenes¹⁷⁷.

¹⁷⁶ CALVO GALLEGO, F.J.: "Algunas reflexiones obre la nueva Ley de cláusula de conciencia", *Relaciones Laborales*, tomo I/1998, pág. 400.

¹⁷⁷ Más ampliamente, puede verse el *Capítulo tercero*.

2.4.1.2.- Situaciones especiales II: el acceso al título de médico especialista

La normativa reguladora del acceso al título de médico especialista, Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, que configura este título como obligatorio para el ejercicio de la profesión con carácter de especialista, así como para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas en calidad de especialista, exigía junto a la posesión del título de licenciado en Medicina y Cirugía, la realización de una formación en la especialidad correspondiente y la superación de las evaluaciones correspondientes, como única posibilidad de acceso a la mencionada titulación (artículo 2).

Esta formación se adquiriría mediante la prestación de servicios como médicos residentes en Centros y Unidades Docentes acreditadas, mediante la formalización, si se prestaban servicios profesionales, del correspondiente contrato de trabajo (artículo 4)¹⁷⁸.

Sin embargo, la limitación de la capacidad formativa del sistema sanitario en contraste con el número elevado de alumnos de las facultades de medicina determinaron la existencia de una bolsa de médicos sin posibilidades de acceso a la formación especializada oficial, que, sin embargo, realizaron prestaciones de

¹⁷⁸ Sobre la naturaleza jurídica de este contrato véase infra, *Capítulo segundo, epígrafe 1.5.4.*

servicios como especialistas, pero sin alcanzar a obtener una titulación oficial¹⁷⁹.

Para subvenir a las necesidades de titulación de estos médicos, derivadas de las exigencias comunitarias, y ante la presión social causada, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1497/1999, de 24 de septiembre, que de manera excepcional establece un procedimiento para alcanzar el título de médico especialista sin pasar por el procedimiento previsto en el Real Decreto 127/1984, esto es, el de los médicos residentes, que exige una oposición, varios años de formación reglada y la superación de las evaluaciones anuales recogidas en el Real Decreto.

Este procedimiento excepcional del Real Decreto 1497/1999 tiene su explicación en la existencia de estos médicos sin titulación pero con una base de ejercicio profesional especializada amplia, de manera que exige, a diferencia del procedimiento MIR, el previo ejercicio profesional como médico dentro del campo de una especialidad durante un período mínimo equivalente al 170 por 100 del período de formación establecido para la misma en España, así como poseer una formación especializada equivalente a la establecida para esa especialidad, adquirida en centros sanitarios públicos o integrados en el Sistema Nacional de Salud.

¹⁷⁹ Esto es, los conocidos como médicos especialistas sin titulación oficial (MESTOS).

El cumplimiento de los requisitos permitía solicitar directamente la expedición del título de médico especialista, solicitudes que fueron evaluadas por una Comisión que determinó los candidatos que podían acceder al correspondiente procedimiento de evaluación, consistente en una prueba o examen teórico-práctico junto a una valoración curricular (artículo 3).

Pues bien, el Real Decreto 1497/1999, ya citado, que establecía este procedimiento excepcional de acceso al título de médico especialista fue recurrido por entender que el mismo vulneraba el derecho a la igualdad ante la ley, recurso resuelto mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2000¹⁸⁰.

En efecto, la pretensión de los recurrentes se fundamentaba en la vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución en relación con el derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad establecido en el artículo 23.2, ya que en su opinión el Real Decreto 1497/1999, que permite obtener el título de especialista prescindiendo de la oposición de ingreso y de los años de formación reglada, requisito imprescindible hasta ese momento, y a la superación de un examen teórico-práctico y de una valoración curricular, facilita el acceso al título de Médico Especialista a los Médicos Especialistas sin titulación oficial, que han accedido al ejercicio profesional de la especialidad con

¹⁸⁰ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª. Ar.8605.

posterioridad al Real Decreto 127/1984 por la vía de hecho, mediante su contratación discrecional.

Así se pone de manifiesto que los médicos a los que se dirige el Real Decreto 1497/1999 habían accedido a puestos del sistema público de salud por vía de contratación discrecional y directa por parte de la Administración, por necesidad urgente de cobertura interina de puestos en determinados servicios o amparándose en relaciones familiares, de amistad o de confianza con los responsables de determinadas unidades¹⁸¹.

Sin embargo, estas manifestaciones no justifican la existencia de una vulneración del principio de igualdad. En efecto, como manifiesta el Tribunal Supremo precisamente lo que impide el artículo 14 de la Constitución es tratar desigualmente a los iguales, pero no excluye la posibilidad de que se trate igualmente a los desiguales, porque de dicho precepto no puede derivarse ningún derecho subjetivo genérico a un trato normativo desigual, apoyando su argumentación en la doctrina del Tribunal Constitucional.

Así reitera el Tribunal Supremo que el artículo 14 del texto constitucional no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, ni el hipotético derecho a imponer o a exigir diferencias de trato, por

¹⁸¹ Fundamento Jurídico Segundo.

ser ajena al ámbito de tal precepto la llamada discriminación por indiferenciación¹⁸².

En todo caso, debe tenerse presente que el procedimiento del Real Decreto 1497/1999 tenía un declarado carácter coyuntural, de modo que solamente fue posible esa vía de acceso por una única vez, de manera que el procedimiento del Real Decreto 127/1984, esto es, la conocida como vía MIR, es en este momento el único procedimiento de acceso al título de médico especialista.

¹⁸² Fundamento Jurídico Quinto.

2.4.2.- Colegiación

También el requisito de la colegiación requiere unas precisiones previas, sin perjuicio de volver sobre él posteriormente. El objetivo es únicamente reflejar el tratamiento constitucional que se ha dado a las cuestiones más importantes relacionadas con la inscripción de los profesionales en registros específicos, remitiendo a un ulterior tratamiento las concretas intervenciones del Colegio profesional tanto en la formalización de una prestación de servicios (capítulo 2º) como en el efectivo desarrollo de la misma (capítulo 3º).

Se trata, pues, en este apartado, de mencionar cuáles son, a grandes rasgos, los problemas jurídicos que pueden derivarse de la institución colegial.

Sin embargo, es necesario recoger aquí la opinión manifestada en la doctrina en el sentido de que la colegiación como tal no constituye un rasgo definitorio de la prestación de servicios profesionales, sino que se trata de una característica exigida actualmente por el derecho positivo, pero que del mismo modo podría desaparecer¹⁸³.

En cuanto se trata de un requisito exigido para la válida prestación de servicios profesionales debe

¹⁸³ Así lo entienden YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., pág. 13 y CERVILLA GARZÓN, Mª D.: *La prestación de servicios profesionales*, cit., pág. 50.

hacerse mención a él y es en este sentido en el que se recogen las siguientes observaciones.

La naturaleza jurídica de los Colegios profesionales; la reserva de ley contenida en el artículo 36 de la Constitución y los límites a que está sometido el legislador; la posible vulneración del derecho de asociación -en su vertiente negativa- en relación con la colegiación obligatoria y el ámbito de aplicación subjetiva de la obligación de colegiación, han sido cuestiones planteadas y resueltas por el Tribunal Constitucional.

2.4.2.1.- La naturaleza jurídica de los Colegios profesionales, la reserva de ley del artículo 36 de la Constitución y la posible vulneración del derecho de asociación en relación con la colegiación obligatoria

La primera de las materias a las que me referiré es la determinación de la naturaleza de los Colegios.

La cuestión se encuentra directamente relacionada con el análisis del artículo 36 del texto constitucional, ya que resulta necesario determinar qué límites encuentra el legislador ordinario en la Constitución en el momento de determinar la naturaleza jurídica de los registros de profesionales a los que nos referimos.

Las posiciones doctrinales estaban aglutinadas en dos planteamientos divergentes¹⁸⁴: para algunos autores el artículo 36 de la Constitución efectúa una remisión en blanco al legislador ordinario, de modo que el texto constitucional en nada prejuzga la naturaleza de los Colegios¹⁸⁵; en cambio, para algunos otros, esta interpretación permitiría incluso que el legislador hiciera desaparecer la institución, lo que contradice la finalidad del propio artículo 36, que para estos autores supone la consagración constitucional de los Colegios profesionales, de modo tal que su existencia no puede ser desconocida por el legislador ordinario¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Véanse estos planteamientos recogidos en DEL SAZ, S.: *Los Colegios profesionales*, cit., págs. 55 y ss.

¹⁸⁵ MUÑOZ MACHADO/PAREJO ALFONSO/RUILOBA SANTANA: *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, cit., pág.116. También MARÍN LÓPEZ, J.J. en "Comentario a la STS 10 de octubre de 1991", cit., pág.990: "ni prefigura la naturaleza jurídica de los Colegios, ni menos aún los reconoce como defensores exclusivos y excluyentes de los intereses de las profesiones".

¹⁸⁶ ARIÑO ORTIZ/SOUVIRON MORENILLA: *Constitución y Colegios profesionales: una reflexión sobre las corporaciones representativas*, Unión Editorial, Madrid, 1994, pág. 89. Para estos autores la ausencia en el artículo 36 del texto constitucional de una referencia similar a la contenida en los artículos 6 y 7 de la Constitución, en relación con la libertad de creación y ejercicio, evidencia que la Constitución no ha establecido como mandato imperativo para el legislador la libertad de creación de los Colegios profesionales, ob.cit., pág.91.

La posición del Tribunal Constitucional coincide con la primera de las tesis planteadas.

En efecto, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1989, de 11 de mayo¹⁸⁷, señala abiertamente la falta de precisión del artículo 36 respecto a la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales (FJ° 4). El legislador ordinario puede, según ello, determinar libremente la naturaleza jurídica de estos entes, y ha optado por su constitución como Corporaciones de interés público, dirigidos no únicamente a la consecución de fines privados, sino también públicos.

Esta dualidad de fines de los Colegios profesionales permite su distinción de las asociaciones. La actuación del Colegio no debe ir destinada exclusivamente a la defensa de los intereses de los profesionales inscritos, sino también a garantizar el ejercicio de las profesiones, y de esto se derivan sus competencias en materias tales como disciplina profesional y normas deontológicas, de indudable interés público¹⁸⁸.

¹⁸⁷ En la que se resolvía Cuestión de inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 3 de la Ley de Colegios profesionales de 13 de febrero de 1974 (Ley 2/1974).

¹⁸⁸ Posición abiertamente crítica con el papel de los Colegios profesionales en nuestro contexto postconstitucional es la mantenida por GALLEGO MORALES, A.J. ("Profesionalización, desprofesionalización y fórmulas organizativas", cit.), para quien, según señala,

Los límites que encuentra el legislador ordinario en la regulación de los Colegios profesionales son, a juicio del Tribunal Constitucional, los derivados del resto de preceptos de la Constitución y de los derechos fundamentales (STC 42/1986, de 10 de abril), sin olvidar la existencia de las peculiaridades propias de los Colegios profesionales a que hace referencia el artículo 36 del texto constitucional¹⁸⁹.

El interés público que justifica la naturaleza jurídica de los Colegios profesionales como corporaciones de derecho público constituye, además, la justificación de la colegiación como obligatoria, y a su vez es el que determina la creación de un concreto Colegio profesional¹⁹⁰. Al legislador ordinario le corresponde determinar cuándo existen intereses públicos relevantes

estas instituciones ejercitan una función de perfiles difusos, en absoluto diferenciados y que, por tanto, permite la intersección y superposición con las instancias normalizadas (pág. 114), así como que la identificación entre interés grupal e interés público resulta insostenible (pág. 117).

¹⁸⁹ Precisamente, el artículo 36 imposibilita la negación o prohibición de los Colegios profesionales, pero además debe partirse de que la regulación mediante legislación ordinaria deberá preservar peculiaridades propias de los mismos, que los singulariza respecto a sindicatos, organizaciones empresariales y demás organizaciones. En este sentido, OLAVARRÍA IGLESIA, J.: "El artículo 36 de la Constitución: su elaboración en las Cortes Constituyentes", cit., pág. 199.

¹⁹⁰ GALLEGO MORALES, A.J.: *Colegios profesionales y sindicatos. Confluencias y tensiones*, Comares, Granada, 1996, pág. 120.

que hacen obligatoria la colegiación¹⁹¹, y esta circunstancia no vulnera el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución.

Por un lado, la configuración de los Colegios no es subsumible en el sistema general de las asociaciones del artículo 22 de la Constitución, por lo que la adscripción obligatoria no puede vulnerar el derecho de asociación en su vertiente negativa -libertad de no asociarse-¹⁹².

Pero además, como afirma el Tribunal Constitucional (STC 89/1989, FJ° 8°) la adscripción obligatoria no impide en modo alguno que los profesionales colegiados puedan asociarse o sindicarse en

¹⁹¹ Sin embargo, no siempre la existencia de un concreto Colegio profesional responde a un interés público que pueda considerarse indiscutiblemente como relevante o digno de protección. Así por ejemplo en el caso del Colegio Oficial de Profesores y Licenciados en Educación Física, para el que el Tribunal Constitucional (STC 194/1998) considera que el interés público que lo legitima es "la educación física y el deporte", mencionados en el artículo 43.3 de la Constitución. Resulta cuanto menos discutible que éste sea un interés público tan relevante como para establecer una excepción al derecho fundamental de asociación negativa, y ésta es la opinión mantenida en el voto particular formulado a esta sentencia por el Magistrado V. Gimeno Sendra, que considera que de conformidad con la doctrina mantenida en esta sentencia será suficiente la alegación de cualquier bien o interés constitucional para justificar la colegiación obligatoria.

¹⁹² Estas reflexiones se recogen en la ya citada STC 89/1989, y pueden verse también en DEL SAZ, S.: *Los Colegios profesionales*, cit., págs. 69 y ss.

defensa de sus intereses; no existe, por tanto, incompatibilidad entre los artículos 22, 28 y 36 del texto constitucional.

Ello no impide que en STC 194/1998, de 1 de octubre, sea el Tribunal más rotundo al afirmar en su FJ 5º, párrafo 2º: "...la exigencia de adscripción forzosa a un Colegio Profesional supone, de un lado, una limitación al principio general de libertad y, más en concreto, del libre ejercicio de la profesión y de otro, una excepción a la regla general de libertad negativa de asociación que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del artículo 22 de la Constitución.". En definitiva, no existe incompatibilidad entre la obligatoriedad de colegiación y la libertad de sindicación y asociación, pero la primera supone una limitación al libre ejercicio de profesión y oficio, y una excepción a la libertad de asociación en su vertiente negativa o derecho a no asociarse.

2.4.2.2.- El ámbito de aplicación subjetiva de la obligación de colegiación

Finalmente, queda por analizar el punto, de todos los planteados, más relevante a los efectos de este trabajo.

En efecto, es necesario determinar cuál es el ámbito subjetivo de aplicación de la colegiación obligatoria, esto es, será imprescindible precisar si debe venir únicamente referida al ejercicio libre de la

profesión, o también a otras formas de prestaciones de servicios.

Resulta evidente que la mencionada exigencia debe incluir no sólo al profesional independiente o autónomo, sino también al profesional subordinado o inmerso en un contrato de trabajo¹⁹³.

Lo contrario supondría una confusión entre la independencia técnica y la autonomía jurídica¹⁹⁴. La primera concurre en ambos casos, mientras que la segunda sólo puede darse en el profesional independiente. Las funciones públicas atribuidas a los Colegios profesionales, en materia disciplinaria y de control deontológico, deben aplicarse a los profesionales con independencia de la naturaleza de su prestación de servicios. Que la colegiación obligatoria sea de aplicación a los profesionales asalariados no evita que en el desarrollo de sus funciones el Colegio interfiera en la relación laboral. Pero este punto será objeto de un

¹⁹³ En sentido contrario, OJEDA AVILÉS, A.: "Las profesiones liberales y el mercado de trabajo", en *Formación profesional, contratación y mercado de trabajo*, RODRÍGUEZ RAMOS (ed.), Universidad de Sevilla, Sevilla, 1991, pág.85. También GARCÍA MURCIA, J.: "Sindicación y Colegios profesionales en la doctrina del Tribunal Constitucional", *VII Jornadas Universitarias Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 1991, págs. 60-61.

¹⁹⁴ En este sentido, BAYÓN CHACON, G.: "El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo", *Revista de Política Social*, n° 71/1966, pág. 21; también BORRAJO DACRUZ, E.: "Sindicatos y Colegios profesionales: notas para su estudio", cit., pág. 98.

tratamiento específico, y a ese momento hay que hacer ahora una remisión.

Mayores conflictos y distinto planteamiento debe hacerse respecto a la aplicación de este requisito a los profesionales que desarrollan sus funciones en el ámbito de la función pública, puesto que en este caso la cuestión adquiere peculiaridades propias. Ya no se da únicamente la circunstancia de no trabajar de modo autónomo, como ocurre con el profesional laboral, sino que al producirse dicha relación en el ámbito de la Administración Pública, no se justifican del mismo modo las facultades del Colegio, ya que sería la propia Administración la que asumiría la tutela de los fines públicos concurrentes. A ello es necesario añadir la previsión legislativa contenida en el artículo 1.3 de la Ley 2/1974, de Colegios profesionales: *"todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración pública por razón de la relación funcional"*.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en la STC 131/1989, de 19 de julio, en la STC 35/1993, de 8 de febrero y en la STC 194/1998, de 1 de octubre. En los dos primeros casos se plantean recursos de amparo por profesionales que prestan servicios en el ámbito de la Administración pública en profesiones en las que se exige la Colegiación obligatoria¹⁹⁵, incluso para funcionarios. La situación no

¹⁹⁵ En ambos casos se trataba de profesiones sanitarias, para las que los Estatutos generales de la organización médica colegial y del Consejo general de

se plantea del mismo modo respecto a todas las profesiones colegiadas, ya que no todos los Colegios exigen la incorporación obligatoria de este tipo de profesionales¹⁹⁶, por lo que se generan situaciones de desigualdad. Y en este sentido, la tercera de las Sentencias mencionadas¹⁹⁷ resuelve recurso en el que la desigualdad se plantea entre profesionales que prestan sus servicios en centros públicos o privados, ya que sólo en éste último supuesto es obligatoria la colegiación.

Colegios oficiales de médicos exigen como requisito indispensable para su ejercicio la incorporación al Colegio Oficial, aunque no se practique el ejercicio privado o se carezca de instalaciones (art. 35.2).

¹⁹⁶ Así, por ejemplo, ocurre en el caso del ejercicio de las profesiones de abogados y procuradores, en la que se admiten dos vías de acceso a la actividad de asesoramiento jurídico y defensa ante los Tribunales de Justicia: la incorporación a un Colegio de Abogados y el acceso a los cuerpos de abogados de las Administraciones Públicas. Véanse en este sentido el artículo 439 de la LOPJ que establece como excepción a la colegiación obligatoria la actuación al servicio de las Administraciones públicas, así como en el mismo sentido las *Conclusiones del VII Congreso de la Abogacía Española*, celebrado en Sevilla, 1999, Ponencia III: "Ámbito competencial en la Abogacía", publicadas por el Consejo Superior de Colegios de Abogados de la Comunidad Valenciana, Valencia, 1999.

¹⁹⁷ STC 194/1998. El supuesto de hecho originador de la pretendida discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución, tiene su fundamento en el artículo 15 del Estatuto del Colegio Oficial de Profesores y Licenciados de Educación Física que impone a los profesores y licenciados que trabajan en colegios privados la obligación de colegiarse y, simultáneamente, exime de esta obligación a los que lo hacen por cuenta ajena en centros públicos.

El Tribunal Constitucional desestima las pretensiones planteadas, y entiende que la obligatoriedad en la colegiación de los profesionales al servicio de la Administración no afecta ni al derecho de asociación en su vertiente negativa, ni supone discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución el hecho de existir profesiones en las que el ejercicio en la Administración pública está exento del cumplimiento de esta obligación.

Y utiliza para ambas cuestiones la misma argumentación: es el legislador el que en su libertad de configuración determina la obligación de la colegiación. Y así, entiende el TC, resulta indiferente que la actividad profesional se desarrolle en la función pública, pues *esa circunstancia en nada altera la naturaleza de la actividad que, siempre y en todo caso, se dirige a unos mismos destinatarios* (FJ° 4°, STC 131/1989), y que es la tutela del interés general la que justifica esta obligación. El diferente tratamiento entre profesiones no resulta, a juicio del Tribunal, discriminatorio por desigual, pues esta desigualdad responde a las peculiaridades de cada profesión, y se justifica en una legítima decisión del legislador (FJ° 5°, STC 131/1989). La posición del Tribunal Constitucional resulta ciertamente criticable¹⁹⁸. Por un lado, al desarrollarse las funciones en el ámbito de la Administración, ya existe un intervencionismo directo en la relación en tutela del interés público, por lo que las

¹⁹⁸ Una crítica a esta posición constitucional puede verse en DEL SAZ, S.: *Los Colegios profesionales*, cit., págs. 73 y ss.

funciones del Colegio quedarían deslegitimadas. Por otro, la ausencia de intervención de estos sujetos en el mercado supondrá que no le afecten las normas colegiales sobre honorarios o competencia desleal¹⁹⁹.

Pero además las argumentaciones del Tribunal en torno a la inexistencia de discriminación por el diferente tratamiento de los profesionales funcionarios tampoco resultan defendibles. El interés público que justifica la colegiación obligatoria de determinados profesionales, debe aplicarse con el mismo parámetro en las distintas profesiones. Si el Tribunal Constitucional entiende justificado que los profesionales funcionarios de las profesiones sanitarias deban estar obligatoriamente colegiados, debería extenderse dicha interpretación al resto de profesiones en las que se exige la colegiación obligatoria cuando se trata de otras formas de prestación de servicios.

Algunas leyes autonómicas de Colegios profesionales, en concreto las leyes correspondientes a las Comunidades Autónomas de La Rioja, Aragón y País Vasco, se han manifestado también acerca de la obligatoriedad de colegiación del personal al servicio de la Administración Pública. En ellas se excluyen de esta exigencia al personal administrativo y laboral de las Administraciones Públicas, aunque con un tratamiento distinto. En el artículo 16.4 de la LCP de La Rioja únicamente se menciona la no obligatoriedad de

¹⁹⁹ DEL SAZ, S.: *Los Colegios profesionales*, cit., pág. 73.

colegiación para el ejercicio de las funciones propias de la Administración Pública. El artículo 22.4 de la LCP de Aragón distingue si los destinatarios de los actos profesionales son los particulares o la propia Administración. En este segundo caso no será obligatoria la colegiación, pero sí en el primero. La Ley autonómica del País Vasco, en su artículo 30.2 establece la no exigencia de colegiación a los profesionales vinculados a la Administración, excepto para el ejercicio privado de su profesión, si así fuera exigible. No obstante, la Disposición Transitoria 2ª de la ley establece especialidades para los profesionales médicos y de enfermería vinculados con la Administración para los que se requiere, para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.2, previa declaración por el Gobierno mediante decreto.

No parece que las leyes reguladoras del régimen jurídico de los Colegios profesionales sean el instrumento idóneo para determinar la inclusión o no del personal al servicio de la Administración en la obligatoriedad de colegiación.

De acuerdo con la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal Constitucional su inclusión o no dependerá de las *peculiaridades y singularidades propias de cada profesión*, por lo que el instrumento más adecuado para determinarlo es, en mi opinión, el Estatuto General de cada profesión, y no las leyes de Colegios profesionales, que resultan de aplicación a todas las profesiones colegiadas del ámbito territorial correspondiente.

2.4.2.3.- Colegiación y sindicación: ámbitos de actuación coincidentes

Finalmente, requieren un tratamiento particular los conflictos que pueden derivarse entre la obligatoriedad de colegiación y la libertad de sindicación.

El Tribunal Constitucional entiende que la colegiación, legislativamente impuesta como obligatoria, no atenta las libertades de asociación y sindicación²⁰⁰ y, en el mismo sentido, las leyes autonómicas de Colegios profesionales manifiestan que la pertenencia a un colegio profesional no afecta a estos derechos²⁰¹.

Pero el debate puede ampliarse a la coexistencia de estas dos fórmulas asociativas y a la posibilidad de ámbitos de actuación coincidentes.

En efecto, no sólo desde el prisma del profesional asalariado, sino también tras la admisión de la sindicación del profesional autónomo²⁰², Colegios y

²⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1993.

²⁰¹ Artículo 12.4 de la LCP de la Comunidad Valenciana; artículo 9.1 de la LCP de Cataluña; artículo 3.3 de la LCP de Madrid; artículo 16.6 de la LCP de La Rioja, artículo 16.3 de la LCP de Navarra, artículo 24 de la LCP de Aragón, entre otras.

²⁰² El artículo 3 de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, permite la afiliación a organizaciones sindicales constituidas a los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio.

sindicatos se presentan como dos realidades coincidentes²⁰³, con ámbitos competenciales concurrentes.

El colegio profesional tiene encomendadas tres funciones primordiales, según señala el artículo 1.3 de la Ley 2/1974: la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados. Es, precisamente, en este tercer punto en donde pueden plantearse problemas de concurrencia entre la actividad de los Colegios y la de los sindicatos²⁰⁴.

En efecto, las funciones de los Colegios profesionales no se limitan exclusivamente a la defensa de los intereses jurídicos de terceros²⁰⁵, un interés público que justifica la misma creación de la institución colegial, sino incluso la defensa de los intereses de los

²⁰³ BORRAJO DACRUZ, E.: "Sindicatos y Colegios profesionales: notas para su estudio", cit., pág. 71. También en GALLEGO MORALES, A.J.: *Colegios Profesionales y Sindicatos. Confluencias y tensiones*, cit., pág. 164.

²⁰⁴ BORRAJO DACRUZ, E.: "Sindicatos y Colegios profesionales: notas para su estudio", cit., pág. 88.

²⁰⁵ Desde luego si la constitucionalización de los Colegios está justificada es precisamente por su papel en la protección de los ciudadanos en sus relaciones con los profesionales. En este sentido, véase la discusión en el Senado del proyecto de Constitución, en torno a la elaboración del artículo 36, en OLAVARRÍA IGLESIA, J.: "El artículo 36 de la Constitución: su elaboración en las Cortes Constituyentes", en *Derecho Privado y Constitución*, n° 11/1997, págs. 166 y ss.

profesionales²⁰⁶, y en la medida en que éstos también pueden ser asumidos por los sindicatos aparecen ámbitos materiales coincidentes²⁰⁷.

Y ello porque además el ordenamiento no establece un reparto competencial entre ambas instituciones²⁰⁸.

Un supuesto concreto de concurrencia de fines entre sindicato y colegio profesional se resuelve en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10 de octubre de 1991²⁰⁹ en la que se llega a afirmar que lo que no quiere la Constitución es que la pluralidad de esos instrumentos asociativos puedan ser arbitraria e indiscriminadamente utilizados por todos los trabajadores de cualquier signo o circunstancia para evitar el desbarajuste que ello proporcionaría, pues la promiscuidad asociativa engendraría conflictos de

²⁰⁶ En este sentido se habla de que el cometido funcional del Colegios es dual: BORRAJO DACRUZ, E.: "Sindicatos y Colegios profesionales: notas para su estudio", cit., pág.99

²⁰⁷ Los puntos concretos de interferencias pueden verse en GALLEGO MORALES, A.J.: *Colegios Profesionales y Sindicatos. Confluencias y tensiones*, ob.cit., págs. 247 y ss..

²⁰⁸ GALLEGO MORALES, A.J.: *Colegios Profesionales y Sindicatos. Confluencias y tensiones*, cit., pág. 274.

²⁰⁹ Ar.6908. En esta sentencia se desestima recurso de casación interpuesto contra sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 19.6.1989 que estimaba demanda interpuesta por el Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas de Gran Canaria y Consejo General de la Abogacía Española contra el Sindicato de Abogados de Las Palmas.

competencias subjetivas con sus consecuencias de confusión y arbitrio (F.Jº. noveno) ²¹⁰.

La afirmación anterior no resulta compatible con la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, en el sentido ya expresado de entender no vulnerada la libertad de sindicación por la obligatoriedad de colegiación impuesta en nuestro sistema normativo.

En el caso enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo comentada no quedó acreditado que los fundadores del sindicato fueran trabajadores por cuenta ajena, por lo que la posibilidad de fundar sindicatos resultaba vedada.

Pero nada impide que los profesionales que trabajen por cuenta y bajo la dependencia de un empresario funden sindicatos, con independencia de la obligatoriedad de incorporarse al Colegio profesional correspondiente, por lo que difícilmente puede hablarse de *promiscuidad asociativa* en el sentido peyorativo que lo hace el Tribunal Supremo, cuando nos encontramos ante supuestos legalmente permitidos.

Así pues, los posibles conflictos de competencias subjetivas deberán ser resueltos en vía normativa, pero no impidiendo el ejercicio de derechos, que además se han declarado constitucionalmente compatibles.

²¹⁰ Sobre esta sentencia se pronuncia MARÍN LÓPEZ, J.J.: en "Comentario a la STS 10 de octubre de 1991", cit., págs. 981 y ss

Pero además, los Colegios acogen a profesionales que adquieren la condición de empleadores y, en cuanto tales, se plantea su admisión como sujetos legitimados para la negociación colectiva.

El Tribunal Supremo ha tenido también ocasión de manifestarse al respecto, señalando la imposibilidad de considerar al Colegio profesional como sujeto legitimado para negociar un convenio colectivo estatutario²¹¹.

Sin embargo, sí admite la posibilidad de negociación de eficacia personal limitada, configurándose, por tanto, como sujeto negociador de convenios colectivos, en cuanto organización empresarial y no únicamente como empresario directo²¹².

²¹¹ STS 4 mayo 1995 (Ar. 1996/3247). En ella el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Gestores administrativos contra sentencia de la Audiencia Nacional, que declaró carente de eficacia obligatoria general el convenio colectivo negociado por el citado Consejo. La imposibilidad de considerar al Colegio profesional como sujeto hábil para negociar deriva de su falta de legitimación de acuerdo con el artículo 87.3 del Estatuto.

²¹² CALVO GALLEGO/SOTO RIOJA: "Los Colegios profesionales como asociaciones empresariales", *Actualidad Laboral*, n° 20/1998, pág. 431.

**CAPÍTULO SEGUNDO: LA CONTRATACIÓN LABORAL
DE PROFESIONALES**

1.- El acceso al contrato y el ingreso en la empresa

Una vez ha sido reconocida la licitud de contratación asalariada para el ejercicio de funciones propias de las profesiones liberales es el momento de analizar las posibilidades que la legislación vigente ofrece para su ejercicio asalariado. Se tratará así de vislumbrar si el modelo teórico de asalariado que el legislador ha diseñado permite ciertamente su conciliación con profesiones típicamente independientes. En efecto, resulta necesario comprobar si el modelo legal de asalariado contiene instrumentos jurídicos que resulten compatibles con las peculiaridades propias del ejercicio de estas profesiones.

Un primer paso en este sentido se refiere a las cuestiones referidas al propio acceso al contrato de trabajo, ya que no puede obviarse que dicha contratación adquiere peculiaridades por las limitaciones que para el ejercicio de determinadas profesiones establece la legislación con carácter imperativo.

En efecto, como ya se ha puesto de relieve, la libre elección de profesión u oficio, garantizada constitucionalmente en el artículo 35, puede verse restringida en determinadas profesiones por la exigencia legal de posesión de un título¹, académico o profesional.

¹ En este sentido, ALEMÁN PÁEZ, F.: *El encuadramiento profesional*, Ministerio de Trabajo y de

A ello es necesario añadir que, en ocasiones, el ejercicio de profesiones tituladas va acompañado también de la necesidad de que el profesional ejerciente se halle inscrito en un registro colegial. La exigencia de una titulación responde a un interés público de protección de los intereses de los colectivos afectados, pero también se constituye en una garantía de la calidad de los servicios prestados y de la potestad de la Administración Pública en la expedición de títulos.

Sin duda las anteriores exigencias van a alterar el acceso y el desarrollo del contrato de trabajo, afectando a los elementos esenciales del contrato, vinculando el acceso a la relación laboral, modalizando aspectos concretos del pacto contractual, e incluso limitando las facultades organizativas del empresario.

El estudio de estos límites y sus consecuencias en el contrato de trabajo es el objetivo del análisis siguiente.

seguridad Social, Madrid, 1995, pág. 308, señala cómo el título se configura como requisito inexcusable para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas.

1.1.- Introducción: la titulación y la colegiación: límites imperativos a la capacidad del profesional y a la libertad de contratación empresarial

En efecto, como se ha señalado, en nuestro sistema jurídico concurren una serie de normas que regulan el ejercicio de profesiones u oficios², y que resultan de aplicación tanto en el ejercicio libre como en el asalariado.

La justificación de estas limitaciones se ha encontrado en la dificultad, complejidad y responsabilidad que conlleva el ejercicio de determinadas profesiones, que requieren la posesión de amplios conocimientos científicos, humanísticos o académicos, amparados por el título. Así, son razones de orden público las que justifican la existencia de profesiones cuyo ejercicio únicamente es posible si el prestador de los servicios acredita la posesión de una titulación³, que avala la capacidad técnica del profesional.

También la adscripción forzosa al registro colegial supone una limitación al principio general de

² Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, Fundamento Jurídico 3°.

³ Así la Sentencia del Tribunal Supremo 30 de marzo de 1992, Ar. 1887, y las posteriores de 25 de marzo de 1994, Ar. 2638, 27 de enero de 1995, Ar. 521, entre otras.

libertad de ejercicio de profesión u oficio, circunstancia que ha sido amparada por el Tribunal Constitucional⁴, y que encuentra su justificación, en opinión de este Tribunal, en la existencia de una interés público relevante⁵ que motiva la propia creación del Colegio profesional.

El tratamiento queda en manos del legislador ordinario, legitimado, pues, para determinar cuando una profesión deja de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada⁶. El mismo interés público general y relevante que justifica la propia creación del Colegio profesional, fundamenta que el ámbito de aplicación subjetivo de la adscripción obligatoria alcance a todos los profesionales ejercientes, incluyendo, por tanto, a los profesionales asalariados, sobre los que el Colegio ejercerá también sus funciones disciplinarias y deontológicas⁷.

Pues bien, el no cumplimiento o desobediencia de las normas que determinan la necesidad de posesión de título y de colegiación obligatoria, mediante la formalización de un pacto contractual que incluya la realización de funciones para las que se exijan estos

⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional 89/1989 y 194/1998, entre otras.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1986.

⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional 42/1986, 131/1989, 35/1993 y 194/1998.

⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional 131/1989 y 35/1993.

requisitos, tendrá como consecuencia la posible declaración de nulidad del pacto, por tratarse de un acto contrario a normas imperativas y prohibitivas⁸.

De este modo, titulación y adscripción obligatoria al Colegio profesional se configuran como límites para el ejercicio de las profesiones liberales pero no puede olvidarse que suponen también un límite para la libertad empresarial de contratación, que quedará restringida por las exigencias imperativas mencionadas.

En efecto, en estos casos, la capacidad del trabajador para realizar esa prestación de servicios se encuentra vinculada a las condiciones impuestas en la normativa aplicable.

Sin embargo, la afirmación no debe adquirir perfiles absolutos.

Debe tenerse presente en este sentido que la posesión de una titulación y la adscripción obligatoria a un colegio profesional únicamente podrán exigirse cuando el pacto contractual delimite funciones para las que la legislación exija tales requisitos, afectando, por tanto, al objeto mismo del contrato de trabajo.

Así no ante cualquier pacto funcional deberán hacerse vigentes las limitaciones descritas.

⁸ En este sentido, LEGA, C.: *Le libere professioni intelletuali*, A. Giuffré, Milán, 1974, pág. 555.

Lo relevante será pues la concordancia entre la titulación real del trabajador y la prestación laboral comprometida.

En todo caso, antes de comenzar el análisis del efecto que dichos presupuestos producen en el objeto del contrato como elemento esencial del mismo, es necesario precisar que los requisitos mencionados de titulación y de colegiación deben configurarse como elementos necesarios de la capacidad para trabajar de los profesionales y no de la capacidad para contratar.

En efecto, como resulta evidente, no se trata de una limitación de la capacidad general para contratar sino de la capacidad para trabajar en determinadas profesiones en que se exige la posesión de estos requisitos legales, titulación y colegiación obligatoria, de modo que la contratación en que se prevea la realización de funciones directamente vinculadas a la tenencia de estas condiciones se encontrará limitada por las mismas.

Nos situaríamos, por tanto, ante un impedimento para la realización de determinados y concretos actos, de modo que, como se ha afirmado en términos más generales, no se trata de que esté impedida la celebración de un contrato, sino de que el trabajo que se compromete no se puede prestar lícitamente porque la ley lo impide⁹.

⁹ SUAREZ GONZÁLEZ, F.: "Capacidad para contratar. (En torno al artículo 7)" en *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, *Revista Española de*

La razón debe hallarse en la propia formulación de las normas imperativas que imponen estos requisitos y que vienen a limitar el ejercicio de estas profesiones sin el cumplimiento de los elementos necesarios de titulación y colegiación. Así la dicción del artículo 403 del Código penal¹⁰ y del 3 de la Ley de Colegios profesionales¹¹ no dejan lugar a dudas¹².

Por tanto, la capacidad general del profesional para formalizar contratos no queda afectada; únicamente adquirirá relevancia cuando el pacto de funciones entre en el ámbito de exigencia de las normas imperativas, y no en caso contrario.

Derecho del Trabajo, tomo I, n° 100, marzo-agosto 2000, pág. 312.

¹⁰ Artículo 403 del Código Penal: "El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses. Si el culpable además se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años".

¹¹ Artículo 3.2: LCP: "Es requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas hallarse incorporado al Colegio correspondiente ...".

¹² Como pone de manifiesto ALONSO PÉREZ, M^a.T.: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 252.

Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, exige en su artículo 439.2 la colegiación de abogados y procuradores para su actuación ante la Administración de Justicia¹³. Si el pacto de funciones del contrato de trabajo entre un abogado o procurador y un empresario incluye la actuación jurídica ante la Administración de Justicia, deberá cumplirse el requisito de colegiación del mencionado profesional. En caso contrario, esto es, si el pacto incluye otro tipo de funciones, pero no la asistencia jurídica ante órganos judiciales, no se exigirá la inscripción colegial del profesional.

En todo caso, también debe tenerse presente que la perspectiva del título como límite en el ejercicio de determinadas profesiones y, en consecuencia, como límite a la libertad empresarial de contratación presenta un ámbito más amplio que el referido a los profesionales liberales.

¹³ Con la excepción del personal funcionario o laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

1.2.- La titulación y la colegiación obligatoria en relación con el consentimiento en el contrato de trabajo

Como se sabe uno de los requisitos esenciales del contrato, en cuanto negocio jurídico bilateral, es el consentimiento de los contratantes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1261 del Código civil, lo que supone que la ausencia del mismo generará la nulidad del contrato¹⁴. Del mismo modo, el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo determinará su nulidad (artículo 1265) y, en consecuencia, también la del negocio jurídico.

Pues bien, la necesaria presencia de la titulación y la colegiación obligatoria para la realización de los servicios objeto del contrato acentúa la relevancia que la persona del trabajador tiene en el contrato de trabajo¹⁵.

¹⁴ El consentimiento representa el acuerdo de dos voluntades distintas y contrapuestas que se unifican en el contrato. La necesidad de que exista una doble voluntad exige que en ambas se den los requisitos propios de toda declaración de voluntad, es decir, ausencia de vicios y coincidencia entre la voluntad y su manifestación. ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español, Obligaciones y contratos*, Vol. III, EDERSA, Madrid, 1975, pág. 367.

¹⁵ También la falta de autorización administrativa para desempeñar determinadas profesiones produce los mismos efectos de nulidad del contrato. En estos casos (por ejemplo los guías o guías-intérpretes de turismo) pese a que se sujeta el ejercicio de la

Las características y capacidades del profesional-trabajador se intensifican, de modo que el consentimiento prestado en la contratación de trabajadores titulados engloba el conocimiento de la posesión de la titulación necesaria para prestar las funciones contratadas, por lo que dicho consentimiento se encontrará viciado si, prestado en la creencia de que se poseen los requisitos legales exigidos, en realidad esta circunstancia no concurre.

Dicho vicio puede tener su origen en el error¹⁶, que invalidará el consentimiento cuando recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo para celebrarlo. Igualmente, el error sobre la persona invalidará el contrato cuando la

actividad a determinadas condiciones o cumplimiento de determinados requisitos (como la previa obtención de una autorización o licencia administrativa o la superación de ciertas pruebas) no se está ante una profesión titulada, según ha declarado el Tribunal Constitucional (en Sentencia número 122/1989), pues ninguna norma con rango de ley las ha configurado como tales. Tampoco tiene esta consideración, de profesión titulada, la de gestor administrativo, según doctrina reflejada en Sentencias del Tribunal Constitucional 130/1997, 219/1997 y 142/1999.

¹⁶ El error debe ser entendido como el *conocimiento falso de una cosa o de un hecho*, según definición dada por CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, 14ª ed., ed. Reus, Madrid, 1986, pág. 515.

consideración a ella hubiera sido la causa principal del mismo¹⁷.

El error en la titulación del trabajador contratado originará la aplicación del artículo 1266 del Código civil por lo que invalidará el contrato, al suponer un error en la persona del trabajador de carácter sustancial¹⁸.

En este sentido ha manifestado la jurisprudencia¹⁹ y la doctrina judicial laboral que el vicio en la formación del consentimiento provoca la nulidad del contrato y la consiguiente ausencia de eficacia²⁰, entendiéndose producido dicho vicio en el consentimiento cuando se produce error en la persona del trabajador que no ostenta la titulación exigida para la realización de las funciones contratadas, por tratarse de error en cuanto a la identidad de la parte contratada²¹ y

¹⁷ De acuerdo con el texto del artículo 1266 del Código civil.

¹⁸ Sobre esta cuestión, véase ORTÍZ LALLANA, M^aC.: "Periodo de prueba, titulación y error en la contratación", *Actualidad Laboral*, n° 7/1999, pág. 603 y ss.

¹⁹ STS (ud) de 26 de enero de 1998, Ar. 1064.

²⁰ STSJ de Andalucía-Málaga de 6 de noviembre de 1998, AS 4734, y de Andalucía-Granada de 6 de julio de 1999, AS 4071, de Andalucía-Málaga de 24 de marzo de 2000, AS 670 y de 7 de septiembre de 2000, AS 3505.

²¹ La razón se halla en la naturaleza *intuitu personae* del pacto: STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 1999, AS 3365,

recaer el error sobre las condiciones de la contratación que hubiesen dado motivo a celebrarla²², por lo que resultaría de aplicación el artículo 1266.2 del Código civil²³.

Para apreciar el error invalidante del consentimiento se requiere que sea esencial e inexcusable, circunstancia ésta última que viene a suponer que no se haya producido exclusivamente por culpa grave del que lo sufrió²⁴.

También existen pronunciamientos judiciales que encuentran en el dolo del trabajador el origen del vicio del consentimiento²⁵. De acuerdo con el Código civil hay dolo cuando, *con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho* (artículo 1269); produciéndose la nulidad de los contratos cuando sea grave, sea obra de uno de los contratantes y no de un tercero²⁶, y no haya sido

²² STSJ Andalucía-Málaga de 21 de abril de 1992, AS 2219, y de 17 de noviembre de 1997, AS 4102.

²³ En este sentido STSJ de Galicia de 18 de abril de 1996, AS 1271, y de Andalucía-Málaga de 17 de julio de 1998, AS 3560.

²⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de octubre de 1995, AS 3872.

²⁵ STSJ de Andalucía-Málaga de 26 de febrero de 1999, AS 5569 y de 13 de octubre de 1999, AS 3519, entre otras.

²⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, cit., pág. 522.

empleado por las dos partes contratantes (artículo 1270), porque en este caso se compensa el de cada una de las partes con el de su contrario²⁷.

Estas circunstancias se dan cuando se produce la presentación de un título profesional falso a fin de formalizar una contratación o cuando se oculta una circunstancia personal que hubiera determinado la no celebración del negocio jurídico²⁸.

Otros vicios del consentimiento pueden tener su origen en la violencia (coacción física) o intimidación (coacción moral), cuyos conceptos se recogen en el artículo 1267, párrafos 1º y 2º del Código civil. Para que la violencia invalide el consentimiento se requiere que sea irresistible. En el caso de la intimidación los requisitos que deben concurrir son existencia de un miedo racional y fundado ante una amenaza de mal inminente y grave; que la amenaza sea injusta o ilícita, pues en caso contrario se estaría ante el ejercicio de un derecho y, finalmente, que esa amenaza determine la declaración de voluntad, esto es, que exista un nexo de causalidad entre la intimididad y el consentimiento²⁹.

²⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, cit., pág. 523.

²⁸ STSJ de Galicia de 26 de abril de 1996, AS 1281.

²⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, cit., págs. 523-525.

1.3.- El título y la colegiación obligatoria en relación con el objeto del contrato de trabajo

La vinculación establecida entre la exigencia de una titulación y la capacidad del trabajador para prestar esos servicios se encuentra especialmente relacionada con el objeto que sea materia del contrato. En efecto, la designación contractual de las funciones a realizar por el trabajador forma parte de la determinación misma del objeto del contrato³⁰, y en su concreción es necesario tener presente los requisitos legales impuestos para la realización de las mismas.

La imposibilidad de determinar como objeto del contrato la realización de funciones para las que se carece de los requisitos legales puede afrontarse desde dos puntos de vista: el impedimento legal de que sean objeto del contrato los servicios contrarios a las leyes (artículo 1271 del Código civil) y la imposibilidad de determinar como objeto del contrato las cosas o servicios imposibles (artículo 1272 Código civil) en los que cabe incluir los servicios imposibles por causas que afectan a la persona del deudor del trabajo.

En primer lugar, debe tenerse presente que resulta de inaccesible acuerdo como objeto del contrato

³⁰ Véase en este sentido, ROMÁN DE LA TORRE, M^a. D.: "Clasificación profesional y movilidad funcional", en *La reforma del mercado de trabajo*, Dir. Valdés Dal-Re, ed. Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 179.

los servicios que sean contrarios a las leyes, según impone el artículo 1271 del Código civil. Cuando el contrato haga referencia a un contenido obligacional para el cual el trabajador se encuentra incapacitado, por el no cumplimiento, parcial o total, de los requisitos exigidos legalmente para su realización³¹, estaremos en presencia de un servicio contrario a las leyes, por lo que será de aplicación el artículo 6.3 del Código civil, según el cual los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho³².

En segundo lugar, como se sabe, no pueden ser objeto del contrato las cosas o servicios imposibles (artículo 1272 Código Civil), debiendo señalarse que la imposibilidad puede ser de naturaleza objetiva o subjetiva.

En el caso de imposibilidad de carácter objetivo el servicio resulta inejecutable con independencia del sujeto obligado a la prestación de servicios.

Pero la imposibilidad puede tener un origen subjetivo, esto es puede venir determinada por las cualidades personales del sujeto obligado a realizar el objeto del contrato. En este caso, el objeto resulta de

³¹ VALDÉS DE LA VEGA, B.: *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, ed. Trotta, Madrid, 1997, pág. 208.

³² SsTSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de octubre de 1996, AS 2996, y de Asturias de 20 de junio de 1997, AS 1940.

imposible realización por la incapacidad de la persona en realizarlo. El servicio en sí es de posible realización pero para el obligado resulta imposible³³. Por consiguiente, en la determinación del objeto del contrato se ha de atender también a las capacidades subjetivas necesarias para su realización, esto es, a la aptitud profesional del trabajador, que actuarán como criterio de determinación de la posibilidad del objeto del contrato³⁴.

Así pues, la vinculación entre el ejercicio de una profesión o la realización de unos determinados actos profesionales, y la exigencia de una titulación y/o de la colegiación obligatoria se encuentran establecidos como límites insoslayables en el acceso al mercado laboral, y en nuestro caso específico, al contrato de trabajo³⁵.

Esta particularidad se encuentra específicamente presente en el ejercicio asalariado de profesiones liberales, resultando por ello necesario poner de

³³ En este sentido ALONSO PÉREZ, M^a. T.: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, cit., pág. 379.

³⁴ VALDÉS DE LA VEGA, B.: *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, cit., pág. 62.

³⁵ Al respecto véase la STSJ de Andalucía-Málaga de 11 de mayo de 2001 (AL/1485/2001), en la que el Tribunal se pronuncia sobre despido de trabajador por incumplimiento de su obligación de colegiación, y afirma "colegiación que resultaba de todo punto necesaria para el pleno desarrollo de las funciones de Graduado Social", por lo que el incumplimiento del trabajador legitimaba la actuación empresarial.

manifiesto la estrecha vinculación entre la concreta actividad objeto del contrato y la necesidad o no de cumplimiento de estos requisitos legales. En efecto, la capacidad del trabajador estará siempre presente en la determinación de la posibilidad del objeto del contrato, pero será éste el que vendrá a concretar si resulta vinculante o no la posesión de esas aptitudes profesionales. Así, dependiendo de cuál sea el objeto de la obligación, esto es, el contenido de la prestación, serán necesarias unas determinadas capacidades del trabajador.

En este sentido es necesario distinguir entre aquellos actos profesionales prestados habitualmente por el mismo colectivo de profesionales, pero que ninguna ley les ha conferido la calificación de profesión regulada o intervenida, por lo que continúa siendo una profesión libre, y aquellas profesiones para las que, por el contrario, sí existe intervención normativa, por lo que su ejercicio se encuentra limitado por la norma. Como ejemplo de ello se puede mencionar la profesión de abogado. Esta denominación pertenece en exclusiva al *licenciado en derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico*, según determina el vigente Estatuto General de la Abogacía³⁶, en su artículo 6; añadiendo su artículo 9.1 que son *abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los*

³⁶ Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados, de modo que corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado a quienes lo sean de acuerdo con la precedente definición (artículo 9.2).

Así pues para la prestación de estas funciones la contratación deberá efectuarse necesariamente con un trabajador que cumpla los requisitos mencionados en este Estatuto General: la titulación en Derecho y su colegiación. En cambio, otro tipo de funciones podrán ser realizadas por un abogado colegiado o por otro tipo de profesional.

Esta imposibilidad de acceso al contrato de trabajo por carencia de la titulación requerida para la realización de las funciones propias de aquella deberá tenerse en cuenta en el momento del acuerdo del objeto del contrato, con la subsiguiente imposibilidad de *clasificar* al trabajador en categoría o grupo profesional para las que no se encuentra cualificado, como se analiza más adelante³⁷.

³⁷ Vide infra epígrafe 2.1 de este capítulo.

1.4.- El título en el período de prueba

Uno de los instrumentos jurídicos laborales en los que desempeña un papel la titulación del trabajador contratado es el período de prueba, ya que, como se sabe, el régimen legal de duración del período de prueba que determina el artículo 14 del Estatuto, de aplicación en aquellos supuestos en los que la negociación colectiva no haya optado por su regulación, establece la posibilidad de pactar períodos de duración diferente si estamos ante un trabajador técnico titulado, pudiéndose alcanzar en este caso una duración sustancialmente superior³⁸.

En efecto, sólo en defecto de pacto convencional podrá aplicarse el régimen legal³⁹, esto es, la duración

³⁸ Como se sabe la redacción vigente tiene su origen en la reforma del año 1994 (Ley 11/1994, de 19 de mayo). La anterior regulación del período de prueba efectuaba una triple distinción en trabajadores cualificados (técnicos titulados), no cualificados y demás trabajadores. Esta triple distinción todavía se repite en muchos Convenios Colectivos. Véase, por todos, el Convenio Colectivo Estatal de Mantenimiento y Conservación de Instalaciones Acuáticas aprobado por Resolución de 30 mayo de 2001 (BOE 19 junio 2001).

³⁹ Aunque también es frecuente que el propio Convenio reitere el régimen legal de duración del período de prueba; así en V Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Consejo General del Poder Judicial, Resolución de 6 de abril de 2000, (BOE 25 abril 2000). O el mismo régimen legal pero con correcciones para los contratos temporales de corta duración, por ejemplo Convenio colectivo de ámbito estatal para el sector de desinfección, desinsectación y desratización (2000-2001),

máxima legal es perfectamente disponible para el convenio colectivo, de modo que éste puede establecer períodos de prueba más largos y desfavorables para el trabajador⁴⁰.

La duración no es, sin embargo, disponible para el contrato de trabajo, que no podrá establecer cláusulas

aprobado por Resolución de 7 de marzo de 2001 (BOE 27 marzo 2001): artículo 19: "... sin que, en cualquier caso, dicho período de prueba pueda exceder del 50 por 100 del tiempo de duración del contrato de trabajo". O que se establezca como supletorio para, por ejemplo, los contratos indefinidos. Así en III Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, Resolución de 19 de octubre de 2000, (BOE 10 noviembre 2000), cuyo artículo 18 establece un régimen de duraciones del período de prueba entre las empresas de trabajo temporal y los trabajadores contratados, que no podrá exceder de cuatro meses para los técnicos titulados ni de cuarenta y cinco días para los demás trabajadores, excepto para los no cualificados cuyo período de prueba no excederá de quince días laborables; estableciéndose la posibilidad de reducción a la mitad de los tiempos marcados cuando la vigencia del contrato de trabajo suscrito entre la empresa de trabajo temporal y el personal contratado para su puesta a disposición a una empresa usuaria fuera igual o inferior a la duración máxima del período de prueba, para finalmente determinar la aplicación del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores para los trabajadores contratados por tiempo indefinido.

⁴⁰ En este sentido, STSJ de Baleares de 22 de mayo de 2000, AS 2526. Como ejemplo véase el Convenio Colectivo General de Ámbito Estatal para las Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo, aprobado por Resolución de 2 de marzo de 2001, (BOE 21 marzo 2001), en cuyo artículo 16 establece diferentes duraciones del período de prueba distinguiendo por Grupos profesionales. El máximo de duración llega a los 12 meses para aquellos trabajadores del Grupo 0, según clasificación profesional del convenio.

de duración menos favorables para el trabajador que las contenidas en el convenio de aplicación⁴¹.

La particularidad esencial del régimen jurídico del período de prueba reconocida jurisprudencial y doctrinalmente es la posibilidad de desistimiento de la relación por cualquiera de las partes sin necesidad de exigencias causales⁴², siendo, según ello, suficiente la voluntad de empresario o trabajador.

Así, para que el desistimiento sea válido únicamente será preciso que el período de prueba se encuentre vigente, que haya sido formalizado adecuadamente y que no haya sido pactado en fraude de ley o se haga un uso abusivo del mismo⁴³. En este sentido puede afirmarse que el elemento esencial del período de prueba es la liberalización del régimen de despido durante el mismo, característica que identifica este período respecto al resto del desarrollo del contrato de trabajo⁴⁴.

⁴¹ Así en STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 1999, AS 3347.

⁴² Bastando el mero y libre convencimiento empresarial de la ineptitud del empleado para el puesto de trabajo para el que fue contratado. En este sentido STSJ de Murcia de 27 de abril de 1999, AS 1424.

⁴³ En este sentido, entre otras, STSJ de Andalucía-Málaga de 12 de mayo de 2000, AS 2691.

⁴⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "El período de prueba", en AAVV: *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, Revista Española de Derecho del Trabajo, tomo I, n° 100/2000, pág. 466.

Sin embargo, muy interesante resulta la propuesta de MARTÍN VALVERDE⁴⁵ que cuestiona precisamente esta falta de elemento causal en la extinción durante el período de prueba. En efecto, según defiende MARTÍN VALVERDE ha de plantearse si debe tratarse de un despido causal o no, esto es, si la extinción durante el período de prueba ha de estar fundada en motivo suficiente o si basta la sola voluntad de una de las partes.

En su opinión la obligación del empleador de realizar las experiencias objeto de la prueba no resulta coherente con la admisión de una valoración incontrolable de las mismas⁴⁶. Y así, considera más apropiada la tesis de la causalidad del despido por resultado insatisfactorio de la prueba, más acorde con el principio de estabilidad en el empleo. La causa que justificaría el despido sería la falta de aptitud y/o de adaptación del trabajador al trabajo contratado, por realización defectuosa de la prestación de trabajo, o por una disminución del rendimiento promedio de otros trabajadores⁴⁷.

Esta interpretación no ha sido, pese a su indudable vocación *pro operario*, asumida por la

⁴⁵ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo, Madrid, 1976, págs. 274 y ss.

⁴⁶ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, cit., pág. 276 y ss.

⁴⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, cit., pág. 279 y 280.

jurisprudencia, ni por la doctrina judicial, ni siquiera por la doctrina laboralista.

El Estatuto contiene además dos regulaciones alternativas a este régimen general de duración del período de prueba⁴⁸, supletorio al convencional aplicable en cada caso.

Me refiero, en primer lugar, a las previsiones para las empresas de menos de 25 trabajadores, para las que el Estatuto establece que el período de prueba no puede exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados. En este punto el convenio no goza de las posibilidades dispositivas de que goza cuando el número de trabajadores en la empresa sea superior, sino que podrá establecer duraciones del período de prueba pero respetando el principio de jerarquía normativa⁴⁹.

Y en segundo lugar, al contrato en prácticas, ya que cuando de lo que se trate es de formalizar un contrato formativo de este tipo, es necesario tener en

⁴⁸ Junto a ellas es preciso mencionar el tratamiento normativo específico que algunas relaciones especiales de trabajo poseen del período de prueba. Véase BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 27 y 28, y 67 y ss. También DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 107 y ss.

⁴⁹ Sobre esta cuestión STSJ de Madrid de 19 de junio de 2000, AS 3257.

cuenta los presupuestos estatutarios. En efecto, el artículo 11.1.d. contiene otras previsiones en cuanto a duraciones máximas, siempre a salvo de posibles previsiones convencionales, distinguiendo entre los contratados con título de grado medio y los que posean título de grado superior. En el primer caso, la duración máxima del período de prueba será de un mes, y de dos cuando el contrato en prácticas se formalice con un titulado superior. Las previsiones en cuanto a la duración contenidas en el precepto legal serán aplicables en defecto de pacto convencional que delimite otras duraciones específicas para el contrato en prácticas, es decir, que no resultarán aplicables las previsiones de duración máxima del convenio efectuadas para los contratos con carácter general. Solamente serán de aplicación las duraciones máximas convencionales cuando se determinen expresamente para el contrato en prácticas. En caso contrario deberemos necesariamente aplicar las previsiones específicas del artículo 11 del Estatuto⁵⁰.

Pues bien, junto a las anteriores manifestaciones generales, es necesario poner en evidencia con algo más de intensidad algunas cuestiones relacionadas con esta delimitación legal del período de prueba en relación con el personal titulado.

⁵⁰ DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, cit., pág. 96.

1.4.1.- La titulación comprometida por el trabajador y la titulación real del trabajador

Y la primera de las cuestiones que deben clarificarse es la determinación de la titulación que deviene relevante en el momento del establecimiento del período de prueba. Es decir, si la titulación determinante para incluir en el pacto contractual un período de prueba cuya duración supere la del resto de trabajadores no titulados es la titulación poseída por el trabajador, o por el contrario, la única que resulta efectiva es la comprometida en el contrato de trabajo.

Y ésta segunda parece que debe ser la respuesta más coherente, ya que el período de prueba resulta de este modo acorde con las funciones comprometidas por el trabajador, y como se sabe, la finalidad inmediata del período de prueba es comprobar la aptitud del trabajador para la realización de esas funciones. Será así el pacto funcional, el objeto del contrato, el que vinculará la duración del potencial período de prueba.

Así, se ha manifestado en la doctrina judicial que la titulación, como elemento determinante de la duración del período de prueba, es un suceso contractual, y como tal ajeno a los bienes jurídicos no comprometidos en el pacto⁵¹.

⁵¹ STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 1998, Fundamento de derecho 2º, AS 3365. Sobre esta sentencia véase ORTIZ LALLANA, MªC.: "Período de prueba, titulación y error en la contratación", cit., págs. 603 y ss.

Pues bien, si ello es así no importa la titulación real que ostente el trabajador sino la titulación comprometida con la otra parte contratante⁵², de modo que será ésta la que determine la duración del período de prueba, y no los títulos poseídos no exteriorizados en el pacto contractual⁵³.

1.4.2.- Trabajador técnico titulado

La literalidad del artículo 14 del Estatuto vincula la duración superior del período de prueba a los trabajadores técnicos titulados, concepto que no aparece determinado legalmente y por tanto, necesita de concreción jurisprudencial o convencional.

Parece evidente que existirá vinculación entre el período de prueba de 6 meses de duración (o el establecido convencionalmente, si existe y se vincula a los técnicos titulados) y el ejercicio de aquellas profesiones que exigen la posesión de un título, imposición imperativa derivada de la ley.

También debe entenderse incluido en el concepto de técnico titulado aquellas otras categorías a las que la ley no exige titulación pero sí lo ha hecho el

⁵² STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 1998, Fundamento de derecho 2º, AS 3365.

⁵³ Así en Sentencia del TSJ de Galicia de 24 de febrero de 1993, AS 766, respecto a licenciado contratado como auxiliar administrativo en entidad bancaria.

convenio colectivo de aplicación, de modo que también las categorías determinadas como tituladas en el convenio podrán vincularse a un período de prueba de duración específica y superior. Deberá, por tanto, entenderse vinculado al sistema de clasificación profesional que efectúe el convenio aplicable en la empresa.

Lo que no parece, sin embargo, que pueda hacerse es una interpretación extensiva del concepto de técnico titulado de modo que llegue a abarcar también aquellas otras categorías para las que no se exige la posesión de titulación, ni legal ni convencionalmente, pero que a juicio del interprete lleven asimilado idéntico nivel de responsabilidad⁵⁴, pues el único criterio al que se refiere el artículo 14 es al de la posesión y compromiso de una titulación.

Sí debe, en cambio, resultar vinculante la definición que el convenio incluya de lo que entiende por personal titulado, de modo que el período de 6 meses (o el correspondiente establecido en el convenio) quedará

⁵⁴ Así sorprende la solución a la que se llega en STSJ de Madrid de 30 de octubre de 1997, AS 3756, en la que alegando la necesidad de interpretar coherentemente el período de prueba con el sistema de clasificación profesional establecido en el convenio considera válido un período de prueba de 6 meses de duración pactado con quien no poseía titulación alguna, y que ocupaba categoría profesional para la que tampoco se exigía titulación, pero que el juzgador considera de similar responsabilidad a otras en las que sí se exigía y que justifica, en consecuencia, la legalidad del período de duración superior.

ineludiblemente unido al concepto dado⁵⁵, y así el período probatorio puede abarcar su duración máxima, aunque no estemos en presencia de un título habilitante para el ejercicio de una profesión según determinación legal⁵⁶. En el supuesto contrario, como resulta lógico, no siendo el trabajador personal titulado no cabe vincularlo a la duración del período de prueba de este tipo de trabajadores⁵⁷.

1.4.3.- Período de prueba y pacto de permanencia en la empresa

La existencia del período de prueba permite a trabajador y empresario rescindir unilateralmente el

⁵⁵ Un ejemplo en el XII Convenio Colectivo Nacional de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable, suscrito en fecha 22 de junio de 2000 (BOE 29 de septiembre de 2000), que incluye un elaborado concepto de personal titulado, en su artículo 15, entendiéndose por tal *aquel que se halla en posesión de un título o diploma oficial de Grado Superior o Medio que está unido a la empresa por un vínculo de relación laboral concertado en razón del título que posee, para ejercer funciones específicas para las que el mismo le habilita y siempre que preste sus servicios en la empresa con carácter exclusivo o preferente por un sueldo o tanto alzado sin sujeción a la escala habitual de honorarios de su profesión.*

⁵⁶ STSJ de Madrid de 23 de diciembre de 1996, AS 4700.

⁵⁷ Aunque se trate de trabajadores cualificados, pero no titulados. En este sentido, STSJ de Madrid de 18 de noviembre de 1999, AS 7403.

contrato sin necesidad de alegar causa alguna, siendo suficiente el no transcurso del tiempo que marque el pacto del período de prueba, y la existencia de un válido período de prueba.

Esta posibilidad, como se sabe, permanece para el trabajador, que siempre conserva la facultad de rescindir unilateralmente su contrato de trabajo. No así para el empresario que únicamente conserva esta posibilidad durante el período de prueba.

Así, pese a que en teoría el período de prueba esté establecido en beneficio de ambas partes, en la práctica satisface solamente los intereses empresariales⁵⁸.

Las afirmaciones precedentes resultan válidas únicamente para el supuesto en que las partes no hayan incluido en el pacto contractual el denominado pacto de permanencia en la empresa. En efecto, en el caso en que acuerden la permanencia del trabajador en la empresa tras haber recibido éste una especialización profesional con cargo al empresario, con los requisitos y formalidades previstos en el artículo 21.4 del Estatuto, el trabajador vincula sus facultades de desistimiento a la indemnización por los daños soportados por el empresario.

En efecto, la introducción de esta cláusula de permanencia en la empresa, cuya utilización se centra

⁵⁸ En este sentido, DURÁN LÓPEZ, F.: "El período de prueba", en *Relaciones Laborales*, tomo I/1988, pág. 1313.

especialmente en los trabajadores cualificados, condiciona la dimisión del trabajador, de modo que ésta no podrá producirse ni siquiera durante el período de prueba a no ser que indemnice a la empresa por los daños y perjuicios sufridos, que habitualmente incluyen los gastos invertidos en la formación del trabajador.

Únicamente tendría sentido el período de prueba para el trabajador si éste fuera efectivo aún vigente el pacto de permanencia en la empresa, en que su libertad de dimisión sí se encuentra limitada, y no en el resto de casos⁵⁹. Pero, siendo la finalidad del mismo garantizar el mantenimiento del vínculo contractual tras la inversión formativa de la empresa⁶⁰, el período de prueba insertado en estos contratos carece absolutamente de virtualidad para el trabajador.

De este modo se introduce una desigualdad en el desarrollo del contrato de trabajo, ya que el empresario puede hacer uso de su facultad de renunciar al contrato de un modo gratuito, mientras que en el trabajador la posibilidad de extinción llevará siempre el lastre de la indemnización por la formación recibida, no sólo durante el período de prueba sino durante todo el período de duración del pacto de permanencia, que puede alcanzar los dos años, lo que, sin lugar a dudas, supondrá un obstáculo desequilibrador de la relación.

⁵⁹ DURÁN LÓPEZ, F.: "El período de prueba", cit. pág. 1314.

No es ésta la opción por la que se inclinan los Tribunales, sino que, por el contrario, manifiestan su opinión por la no existencia de situación de hegemonía abusiva por parte de la empresa en la contratación, de modo que el pacto de permanencia *no se considera abusivo ni contrario a derecho*⁶¹, argumento que encuentra justificación en la inversión realizada en la formación del trabajador.

Sin embargo, la existencia del pacto de permanencia ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, de tal modo que no toda cláusula contractual que simplemente establezca unos plazos de preaviso para la dimisión del trabajador, o la imposición al trabajador de una indemnización en caso de incumplimiento de los mismos debe ser considerado como un pacto de permanencia.

Éste únicamente existirá cuando se haya recibido una formación a cargo de la empresa, para poner en funcionamiento proyectos o trabajos determinados, y con una duración temporal determinada que no podrá ser superior a los dos años. En caso contrario, como es lógico, no cabrá la aplicación de las normas reguladoras del pacto de permanencia⁶².

⁶⁰ DURÁN LÓPEZ, F.: "El período de prueba", cit. pág. 1314.

⁶¹ STSJ de Andalucía-Sevilla de 26 de octubre de 1999, AS 4416.

⁶² Sobre esta cuestión, STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de mayo de 2000, AS 1949.

1.4.4.- Justificación objetiva de las diferentes duraciones del período de prueba

La diferente posible duración del período de prueba estatutaria distinguiendo si el trabajador compromete o no un título obedece a una objetiva razón de ser.

Como resulta lógico, la finalidad perseguida por el período de prueba, consistente en el conocimiento de las aptitudes profesionales del trabajador para la realización de las funciones objeto del contrato⁶³, o en otros términos, la comprobación de la adecuación del trabajador al puesto de trabajo y a la organización productiva sin necesidad de afrontar los costes de un proceso de despido⁶⁴, es más accesible para el empresario en puestos de trabajo no cualificados, de modo que en éstos se produce más rápidamente la comprobación de la concurrencia o no de estas aptitudes.

⁶³ Aunque en la doctrina judicial es posible encontrar otras explicaciones en torno a la finalidad del período de prueba, como *el mutuo conocimiento de las partes, no sólo en el aspecto laboral, sino también en el estrictamente personal o humano*. Así en STSJ de Galicia de 3 de marzo de 1999, AS 213. O bien, *la actitud ante el propio trabajo o ante los compañeros o superiores, la puntualidad u otras muchas circunstancias que influyen en una relación tan compleja como puede ser la laboral*; estas manifestaciones en la Sentencia del TSJ de Extremadura de 15 de noviembre de 1993, AS 4810.

⁶⁴ Así en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "El período de prueba", cit., pág. 466.

Por el contrario, cuanto mayor sea la complejidad de los trabajos contratados mayor puede ser el tiempo empleado para la realización de las experiencias que constituyan el objeto de la prueba⁶⁵, esto es, a mayor complejidad de las actividades desarrolladas mayor dificultad en constatar la habilidad del trabajador⁶⁶, por lo que queda justificada la distinción que efectúa el Estatuto, en el artículo 14.1 en función de la mayor o menor cualificación del trabajo⁶⁷.

Pues bien, ello nos ha de llevar incluso a afirmar que el período de prueba tiene mayor razón de ser en el caso del personal cualificado y de dirección, que en caso de trabajadores no cualificados, ya que en aquéllos, la verificación de aptitudes y el proceso de adaptación resultan más difíciles de verificar⁶⁸. Además las experiencias que constituyen el objeto de la prueba, que se obligan a realizar empresario y trabajador, también pueden abarcar un período temporal mayor.

⁶⁵ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "El período de prueba", cit., pág. 473.

⁶⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, cit., pág. 22.

⁶⁷ DURÁN LÓPEZ, F.: "El período de prueba", cit. pág. 1322.

⁶⁸ MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, cit., pág. 167.

En el caso del trabajador contratado en prácticas, las duraciones máximas previstas normativamente en el artículo 11 son sustancialmente inferiores, y la razón debe encontrarse en la causa del propio contrato, la finalidad formativa inherente al contrato en prácticas, de modo que el contrato ya parte de la inexistencia de habilidades profesionales⁶⁹.

Ahora bien, podemos cuestionar la lógica de la distinción que el régimen legal vigente establece respecto a empresas con más o con menos de 25 trabajadores. Recordemos que para las empresas de escasas dimensiones el régimen legal establece una duración máxima para los técnicos no titulados superior a la establecida con carácter general (tres meses frente a los dos del resto de empresas).

La razón que se ha encontrado en la mayor importancia que el factor personal encuentra en las pequeñas empresas, según manifestación del legislador⁷⁰, creo que quedaría compensado precisamente por el mayor acercamiento físico existente en estas empresas, de modo que se permite un mayor control, durante el período de prueba, de las habilidades profesionales y personales del trabajador.

⁶⁹ Así, BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, cit., pág. 22.

⁷⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, cit., pág. 24.

La verdadera causa de este diferente tratamiento normativo creo que, en realidad, es otra, que se aproxima más a razonamientos económicos que de otro tipo. En efecto, como se ha afirmado acertadamente⁷¹, lo pretendido es lograr un abaratamiento de costes facilitando el desistimiento empresarial en esta fase inicial del contrato, de manera que el empresario puede disponer de un mayor plazo de tiempo para verificar la idoneidad del trabajador.

⁷¹ FITA ORTEGA, F.: *La pequeña y mediana empresa ante el ordenamiento jurídico-laboral*, Comité Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana, Valencia, 1997, pág. 156.

1.5.- El título y la contratación laboral en prácticas

Si existe un instrumento jurídico que combine finalidad formativa y prestación de servicios laborales es sin duda la contratación mediante las fórmulas de inserción de trabajadores jóvenes que en la regulación vigente se denominan contratos para la formación y en prácticas.

Se trata de contratos en los que se combina el objetivo formativo con la política de empleo destinada a favorecer el acceso a la ocupación del sector más joven de la población laboral⁷².

⁷² Aunque tras la reforma del año 2001 (Ley 12/2001, de 9 de julio) el contrato para la formación acoge más colectivos que los jóvenes de 16 a 21 años a los que anteriormente iba dirigido. El objetivo es dotar al contrato de una función de política de empleo. Sobre la cuestión véase GOERLICH PESET, J.M.: "La reforma de la contratación laboral: tiempo parcial y contratos de duración determinada", en ALBIOL MONTESINOS /CAMPS RUIZ/ GOERLICH PESET: *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. Se vuelve, de este modo, a su configuración como contratos de inserción temporal de colectivos con dificultades de acceso al mercado de trabajo, perdiendo su naturaleza de contratos formativos. En este sentido, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001", en *Relaciones Laborales*, n° 10/2001, pág. 109.

La conjunción de las dimensiones formativa y de inserción se plantean como objetivos complementarios⁷³, ya que mediante estos contratos se adquiere una formación profesional destinada al fomento del empleo, de manera que es la inserción el modo de adquisición de esa formación.

Es el contrato en prácticas el que interesa al objeto de este estudio, pues es ésta la modalidad contractual que se vincula a la previa existencia de un título habilitante, siendo así el cauce para la inserción de trabajadores titulados.

El título se configura en el contrato en prácticas como requisito subjetivo al servicio de la validez del contrato, pero al tiempo condiciona el propio objeto del contrato, ya que los servicios comprometidos por el trabajador deben ser adecuados a la formación previa del mismo⁷⁴.

⁷³ En torno a la combinación de las finalidades formativas y de inserción puede verse ROJO TORRECILLA, E.: "¿Formación o inserción? El elemento objetivo en los contratos de formación y de aprendizaje", en *Política de empleo y protección social, Segundas Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social*, coord. MARTÍNEZ ABASCAL, V., Facultad de Ciencias Jurídicas, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 1995, págs. 291 a 304. Sobre esta cuestión MARTÍN PUEBLA, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, págs. 222 y ss. También MIRÓN HERNÁNDEZ, M.: *El derecho a la formación profesional del trabajador*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pág. 91.

⁷⁴ MARTÍN PUEBLA, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, cit., pág. 291.

Así pues no puede menospreciarse la importancia del título en esta modalidad contractual, y en torno a su relevancia en diferentes elementos del régimen jurídico girará el estudio del contrato en prácticas que se propone.

1.5.1.- El título habilitante para la celebración del contrato en prácticas

La válida celebración de un contrato en prácticas exige la concurrencia en la persona del trabajador de un determinado nivel de cualificación. Nivel de cualificación que viene medido por la posesión de uno de los títulos determinados en la normativa vigente.

En efecto, el artículo 11.1.a del Estatuto y el artículo 1 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, exigen al trabajador estar en posesión de uno de los títulos que el legislador ha determinado como habilitantes para el acceso válido al contrato de trabajo en prácticas.

Así de acuerdo con las normas legales mencionadas son títulos hábiles para la celebración del contrato los de Diplomado Universitario, Ingeniero Técnico, Arquitecto Técnico, Licenciado Universitario, Ingeniero, Arquitecto, y Técnico o Técnico Superior de la formación profesional específica, así como los títulos oficialmente reconocidos

como equivalentes que habiliten para el ejercicio profesional⁷⁵.

Mediante esta delimitación se deja fuera del concepto otros títulos como son el título de bachiller⁷⁶, que se había incluido expresamente en anteriores regulaciones del contrato en prácticas⁷⁷, el título de doctor y otros títulos de postgrado como los masters⁷⁸. Igualmente debe excluirse del concepto de título habilitante los nombramientos o autorizaciones administrativas que se exigen para la realización de funciones de guarda jurado o vigilante de seguridad.

Para que esta exigencia pueda ser verificada se introducen en la normativa una serie de garantías: así,

⁷⁵ Lo determinante a estos efectos será el reconocimiento oficial de los títulos como equivalentes a los previamente mencionados. En torno a las diferentes titulaciones en su regulación tras la reforma de 1994, puede verse SÁNCHEZ ICART/TORRES GOSALBEZ: "El contrato de trabajo en prácticas y su titulación en el nuevo Estatuto de los Trabajadores (RDL 1/1995, de 24 de marzo)", en *Política de empleo y protección social, Segundas Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 1995, págs. 305 a 313.

⁷⁶ Tampoco es título idóneo el COU: STSJ de Cataluña de 28 de junio de 1996, AS 3397.

⁷⁷ MARTÍN PUEBLA, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, cit., pág. 292-293.

⁷⁸ En sentido contrario STSJ de Madrid de 18 de septiembre de 1995, AS 3325, que entiende que si dichos títulos habilitan para el ejercicio de una determinada profesión o actividad profesional no existirán razones para rechazarlos.

recae sobre el trabajador la obligación de hacer entrega al empresario de una fotocopia compulsada del título o certificación de terminación de los estudios⁷⁹; y además, en el contrato, que debe formalizarse siempre por escrito, debe constar expresamente la titulación del trabajador⁸⁰.

Por su parte, se establecen además mecanismos de garantía del cumplimiento de la finalidad formativa del contrato en prácticas, ya que no resulta posible su celebración en los casos en que ya se han realizado estas funciones en la empresa, pues ésta ya tiene constancia de los conocimientos del trabajador en la tarea que se le encomienda⁸¹.

Por último no debe desdeñarse la posibilidad de considerar fraude de ley⁸² el incumplimiento de los requisitos mencionados, y en consecuencia, presumir que se trata de un contrato indefinido ordinario⁸³.

⁷⁹ Artículo 1.4 del Real Decreto 488/1988.

⁸⁰ Artículo 3 del Real Decreto 488/1988.

⁸¹ En este sentido, STS de 15 de marzo de 1996, Ar. 2073.

⁸² SALA FRANCO, T.: "Los contratos formativos", en AAVV: *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, tomo I, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 100, marzo-agosto 2000, pág. 411.

⁸³ Artículo 22.3 del Real Decreto 488/1988.

1.5.1.1.- Contrato en prácticas y vigilantes de seguridad

La válida celebración de un contrato en prácticas para la realización de funciones de vigilancia y seguridad ha sido origen de conflictos laborales que se han reflejado en la jurisprudencia⁸⁴, en la doctrina judicial⁸⁵, y que han sido recogidos por la doctrina laboralista⁸⁶.

La cuestión principal a debatir es si resulta fraudulenta la celebración de un contrato en prácticas en virtud de la autorización necesaria para la realización de estas funciones.

En efecto, se debate la válida formalización del contrato teniendo presente que la finalidad del mismo es facilitar el ejercicio profesional, esto es, que los conocimientos adquiridos por el trabajador en la

⁸⁴ SsTS de 7 de febrero de 1990, Ar. 841, de 26 de marzo de 1990, Ar. 2343, de 13 de mayo de 1992, Ar. 3549, de 14 de mayo de 1992, Ar. 3557, de 10 de julio de 1992, Ar. 5603, de 1 de octubre de 1992, Ar. 7594, de 26 de octubre de 1992, Art. 7843, de 20 de noviembre de 1992, Ar. 10480, y de 9 de diciembre de 1992, Ar. 10482.

⁸⁵ SsTSJ de Castilla y León-Burgos de 3 de diciembre de 1993, AS 5176; de Madrid de 11 de abril de 1995, AS 1658; de Cataluña de 23 de octubre de 1995, AS 4013 y de 12 de marzo de 1999, AS 5752; de Andalucía-Sevilla de 2 de diciembre de 1997, AS 5232.

⁸⁶ Por todos, BORRAJO DACRUZ, E.: "Contrato de trabajo en prácticas y titulación de vigilante de seguridad", en *Actualidad Laboral*, tomo 2/1991. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: "Titulación habilitante para la celebración de un contrato en

obtención del título lleguen a su propia perfección con tal ejercicio, ya que no se trata en él de adquirir una experiencia con el trabajo, sino de que ésta refluya en los estudios cursados⁸⁷.

La finalidad esencial que persigue el contrato de trabajo en prácticas es una finalidad formativa, pues con él se pretende, ante todo, que los conocimientos adquiridos con anterioridad por el interesado se apliquen en la práctica, consiguiendo con ello su consolidación y perfeccionamiento. Esta indiscutible finalidad formativa emana de la propia definición, naturaleza y caracteres de este particular contrato⁸⁸, de modo que se afirma que cualquier título, carné o licencia que no acredite la realización de unos estudios o la recepción por el interesado de unas determinadas enseñanzas, no puede considerarse como título hábil o adecuado para concertar un contrato de trabajo en prácticas⁸⁹.

Desde este punto de vista sólo justifican un contrato laboral en prácticas aquellos títulos para cuya obtención se exija la adquisición de unos conocimientos teóricos que habiliten para el desempeño de una profesión para cuyo ejercicio se requiera una capacitación previa.

prácticas (A propósito de la STS de 26 de marzo de 1990)", *Actualidad Laboral*, tomo 1991-2.

⁸⁷ SsTS de 26 de marzo de 1990, Ar. 2343, de 14 de mayo de 1992, Ar. 3557 y de 10 de julio de 1992, Ar. 5603, y STSJ Cataluña de 12 de marzo de 1999, AS 5752.

⁸⁸ STS de 1 de octubre de 1992, Ar. 7594.

⁸⁹ STS de 1 de octubre de 1992, Ar. 7594.

Y estas condiciones no concurren en el título o nombramiento de vigilante jurado de seguridad, que está configurado más como un acto administrativo de control sobre quienes han de ejercer una actividad que incide en el orden público que como el reconocimiento oficial de la superación de unos estudios que capaciten para el ejercicio de una profesión⁹⁰.

En efecto, es evidente que no es una titulación académica ni un título de formación profesional. El denominado título de vigilantes jurados de seguridad se configura por tanto como un acto administrativo de control de una aptitud personal que no se vincula a ninguna modalidad previa de estudios definida⁹¹.

Así se viene a admitir que en estas condiciones la posibilidad de un contrato en prácticas puede suponer una ampliación excesiva de esta figura⁹².

En definitiva, no se aprecia la existencia de una titulación específica claramente vinculada a la previa realización de estudios que justifique un contrato en prácticas, sino más bien una autorización de carácter

⁹⁰ SsTSJ de Andalucía-Sevilla de 2 de diciembre de 1997, AS 5232, de Cataluña de 12 de marzo de 1999, AS 5752.

⁹¹ STS de 7 de febrero de 1990, Ar. 841 y de 10 de julio de 1992, Ar. 5603.

⁹² STS de 7 de febrero de 1990, Ar. 841.

gubernativo para ejercer una profesión que incide en el orden público⁹³.

Sin embargo, es necesario efectuar una distinción entre los que se considera son dos supuestos contrapuestos, ya que del análisis jurisprudencial se desprende que no todos los contratos en prácticas formalizados con vigilantes jurados se efectuaban en virtud del nombramiento administrativo que les autoriza para realizar esas funciones. Así, el primero de los supuestos se refería a cuando el trabajador simplemente ostenta el nombramiento de Vigilante Jurado y el segundo cuando la titulación referida había sido expedida por el Instituto Nacional de Empleo o por cualquiera de sus Centros colaboradores en favor de quienes habían superado cursos de Formación Ocupacional⁹⁴.

En el primero de los supuestos el nombramiento o autorización administrativa no habilitaba para suscribir un contrato de trabajo en prácticas, pues no estaríamos

⁹³ STS de 26 de marzo de 1990, Ar. 2343 y de 14 de mayo de 1992, Ar. 3557. Ello es así porque los vigilantes jurados en el posterior cumplimiento de su cometido profesional van a usar armas y van a tener carácter de agentes de la autoridad, de modo que la Administración, por razones de orden público y de seguridad ciudadana, arbitra la regulación de la oportuna autorización para el desempeño de dicho cargo, y por eso el Departamento encargado de ello es el de Interior, (...) . STS (UD) de 13 de mayo de 1992, Ar. 3549.

⁹⁴ SsTSJ de Castilla y León-Burgos de 3 de diciembre de 1993, AS 5176; de Madrid de 11 de abril de 1995, AS 1658; de Cataluña de 23 de octubre de 1995, AS 4013.

ante un verdadero título, sino solamente ante un autorización requerida para desempeñar dicho cargo.

Por el contrario los Tribunales vienen estimando que se deberá considerar como suficiente para concertar un contrato de trabajo en prácticas, el título expedido por el INEM o por cualquiera de sus centros colaboradores⁹⁵.

1.5.1.2.- La validez de los títulos expedidos por el INEM

Resulta así que debe igualmente establecerse una precisión en torno a la validez de los títulos expedidos por el INEM para la formalización de un contrato en prácticas.

En este sentido, la jurisprudencia alcanzó a afirmar que la titulación laboral expedida por el INEM facultaba para la celebración de contratos en prácticas, lo que se justificaba por una política de fomento del empleo que tendía a la creación de puestos de trabajo y a la inserción laboral de los jóvenes trabajadores⁹⁶.

⁹⁵ SsTS de 15 septiembre 1992, Ar.6788, de 18 febrero 1993, Ar. 1208, de 21 abril 1993, Ar.3343, de 26 abril 1993, Ar. 3369, de 30 noviembre 1993, Ar.9094, de 17 diciembre 1993, Ar. 9964, de 26 enero 1994, Ar.378, de 19 febrero 1994, Ar. 1066 y Ar. 6537, de 13 junio 1994, Ar.4756, de 3 octubre de 1994, Ar.7739 y de 19 octubre 1994, Ar.8059.

⁹⁶ SsTS de 19 febrero 1994, Ar. 6537, de 3 octubre de 1994, Ar.7739 y de 19 de octubre de 1994, Ar. 8059.

La anterior afirmación encontraba su justificación en la Orden de 2 de abril de 1982 por la que se aprobó el Acuerdo General sobre el programa de contratación en prácticas y de formación laboral suscrito entre el INEM y la CEOE, ya que en dicho acuerdo se legitimaba la titulación laboral expedida por el INEM, a los fines de la celebración del contrato en prácticas, y en la Orden de 31 de julio de 1985 que determinó, en su artículo 23, que "el Instituto Nacional de Empleo expedirá a los alumnos que superen los cursos de Formación Profesional ocupacional, impartidos por él o por sus Centros Colaboradores, titulaciones de profesionalidad con los efectos que, en cuanto a titulaciones laborales, prevé el artículo 1.º del Real Decreto 1992/1984, de 31 octubre"⁹⁷.

En definitiva, según la normativa mencionada los diplomas o certificados de aprovechamiento otorgados por el INEM en los cursos de servicio de vigilancia y seguridad eran titulaciones laborales suficientes para suscribir un contrato en prácticas.

Las conclusiones pueden además extenderse a otros supuestos ya que las resoluciones del Tribunal Supremo no se refieren únicamente a las relacionadas con las

⁹⁷ SsTS de 13 junio 1994, Ar.4756 y de 3 octubre de 1994, Ar.7739.

funciones de vigilancia y seguridad, sino también respecto a otros títulos expedidos por el INEM⁹⁸.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta la evolución de la normativa aplicable. Así la Orden de 31 de julio de 1985 fue sustituida por la de 20 de febrero de 1986, que también se refería a las titulaciones de profesionalidad con idénticos efectos, al igual que la Orden de 4 de abril de 1989 que contiene idéntica previsión en su artículo 31. Pese a que también cabe encontrar norma análoga a la reproducida en el artículo 35 del Real Decreto 1618/1990, de 14 diciembre, finalmente es el Real Decreto 631/1993, de 3 mayo⁹⁹, que deroga las disposiciones del Real Decreto 1618/1990, de 14 de diciembre¹⁰⁰, el que modifica el panorama descrito. En

⁹⁸ SsTS de 15 septiembre 1992, Ar.6788, de 17 diciembre 1993, Ar. 9964 y de 28 enero 1994, Ar. 388 (montador de sistemas de telefonía).

⁹⁹ Que aprobó el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, reorganizando las acciones de formación profesional ocupacional dirigidas a los trabajadores desempleados con el doble y combinado objetivo de proporcionarles las cualificaciones requeridas por el sistema productivo con vistas a su inserción en el mercado de trabajo. Véase VALDÉS DAL-RE, F.: "La formación profesional continua, entre el dialogo social y la negociación colectiva", en *Relaciones Laborales*, n° 9/2001, pág. 1.

¹⁰⁰ No en vano el Real Decreto 631/1993, de 3 mayo, tiene la finalidad, expresada en su Exposición de Motivos, de introducir modificaciones en el actual marco normativo del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, con el fin de asegurar la transparencia, efectividad, igualdad de oportunidades, y adecuada asignación de recursos públicos destinados a la

efecto, este Real Decreto de 1993 no se refiere ya a las titulaciones a las que la anterior normativa hacía referencia, ni establece su validez a los efectos del contrato en prácticas, aunque sí se refiere a los denominados certificados de profesionalidad que regula en los siguientes términos:

"Artículo 18.1. Con el fin de mejorar la transparencia del mercado de trabajo y facilitar la libre circulación de trabajadores a nivel comunitario, el Gobierno establecerá los itinerarios formativos y los conocimientos mínimos en cada especialidad que conduzcan al certificado de profesionalidad, que, con carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, será expedido por las Administraciones laborales competentes para gestionar las acciones del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, a los alumnos que hayan superado las evaluaciones correspondientes al respectivo nivel profesional. 2. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social elaborará un Repertorio Nacional de Certificados de Profesionalidad, en coordinación con el Catálogo de Títulos Profesionales del Ministerio de Educación y Ciencia, a efectos de establecer el sistema de correspondencias y convalidaciones entre las enseñanzas de formación profesional reglada y los conocimientos adquiridos en la formación profesional ocupacional y en la experiencia laboral."

cualificación profesional, de modo que pretende una reordenación de las acciones de formación ocupacional.

Así los denominados *certificados de profesionalidad* actuales son susceptibles de ser convalidados con los títulos derivados de la formación profesional reglada, y en la medida en que así sea, serán susceptibles de amparar la legalidad de un contrato en prácticas, pues a los títulos de Técnico y Técnico Superior de la formación profesional se refiere expresamente el artículo 1 del Real Decreto 488/1988, de 27 de marzo¹⁰¹.

1.5.1.3.- Tiempo hábil para la celebración del contrato en prácticas

La posesión de título habilitante no resulta, sin embargo, suficiente. La exigencia de titulación habilitante va unida a un requisito temporal, ya que la formalización del contrato debe hacerse, con carácter general, en un tiempo no superior a cuatro años desde la obtención del título¹⁰².

Excepciones a esta regla general son la celebración del contrato con trabajadores minusválidos, que permite que se formalice en un período de tiempo más

¹⁰¹ A favor de la validez de las certificaciones profesionales para la formalización del contrato en prácticas, SALA FRANCO, T.: "Los contratos formativos", cit., pág. 410.

¹⁰² El periodo debe computarse desde la fecha de emisión del título presentado en la empresa, no desde la finalización de los estudios necesarios para su obtención. STSJ de Madrid de 22 de junio de 1995, AS 2682.

dilatado, ya que se amplía a seis el tiempo hábil para la celebración del contrato¹⁰³; la realización del servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria durante este período que interrumpe el cómputo del tiempo de celebración previsto¹⁰⁴; y la homologación de estudios efectuados en el extranjero que inicia el cómputo del período de referencia¹⁰⁵.

La celebración del contrato transcurridos los plazos señalados deberá suponer su consideración como contrato indefinido¹⁰⁶.

¹⁰³ Como consecuencia de la política destinada procurar el empleo de personas afectadas por minusvalías en atención a sus dificultades de inserción laboral. En este sentido, MARTÍN PUEBLA, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, cit., pág. 297.

¹⁰⁴ Artículo 1.3 del Real Decreto 488/1998.

¹⁰⁵ Artículo 1.2 del Real Decreto 488/1998.

¹⁰⁶ STSJ de Castilla y León-Burgos de 18 de enero de 1995, AS 41. El fundamento debe hallarse en la consideración del mismo como celebrado en fraude de ley, por lo que resultaría aplicable el artículo 22.3 del Real Decreto 488/1988, de 27 de marzo. Véase respecto a la consideración como indefinidos de estos contratos ante incumplimientos de los requisitos exigidos legalmente, CAMPS RUIZ, L.M.: *La reforma del mercado de trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 41. Del mismo autor, *la nueva regulación del mercado de trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 98.

1.5.2.- La adecuación entre la prestación efectuada y el título que habilita la celebración del contrato

La válida celebración del contrato en prácticas exige, además de la posesión de un título válido y de su celebración en el plazo determinado legalmente, que el objeto del mismo se adecue a la titulación que lo origina, ya que se exige que el puesto de trabajo permita obtener la práctica adecuada al nivel de estudios cursados¹⁰⁷.

La interpretación de la exigencia legal de existencia de una práctica ajustada a la titulación del trabajador, debe llevar a afirmar que en caso de no darse esta adecuación nos encontraríamos ante un evidente fraude de ley, ya que la contratación en prácticas responde a una causa formativa, y en caso de desajuste se burla la finalidad contractual pactada¹⁰⁸.

Debe recordarse que, como señala la jurisprudencia¹⁰⁹, la finalidad del contrato en prácticas es facilitar el ejercicio profesional, esto es, que los conocimientos adquiridos por el trabajador en la

¹⁰⁷ Artículo 11.1.a ET.

¹⁰⁸ SsTSJ de Castilla y León-Valladolid de 16 de enero de 1996, AS 714, de Madrid de 25 de septiembre de 1997, AS 3001, de Cataluña de 6 de julio de 1998, AS 3626, del País Vasco de 31 de marzo de 1998, AS 5460, de Galicia de 29 de marzo de 1999, AS 963.

¹⁰⁹ STS de 29 de diciembre de 2000, Ar.1889.

obtención del título adquieran una perfección propia con tal ejercicio. No se trata, por tanto, únicamente de adquirir experiencia en un trabajo determinado, sino que el objetivo es también proveer de la formación profesional práctica a quienes solamente tienen conocimientos teóricos, adquiridos mediante la obtención de un título habilitante para el ejercicio de determinada profesión, por cuya razón el artículo 11.1.a del Estatuto de los Trabajadores dispone que el puesto de trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados.

En efecto, lo que se trata de lograr no es la comprobación por el empresario de la idoneidad profesional del trabajador, sino la adquisición por el contratado de una práctica profesional que mejore su nivel formativo y su posición en el mercado de trabajo¹¹⁰.

De este modo, la exigencia de adecuación funciona como garantía de la finalidad formativa del contrato, limitando o condicionando el pacto de funciones y la asignación de categoría que las partes efectúan en el momento de la contratación¹¹¹. Pero no debe funcionar únicamente en este momento sino que posteriores modificaciones del contrato también deben respetar las limitaciones legales en la determinación del contenido de la obligación.

¹¹⁰ STS de 29 octubre 1996, Ar. 8182.

¹¹¹ MARTÍN PUEBLA, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, cit., pág. 299.

En efecto, también una posible movilidad funcional del trabajador en prácticas ha de tener en cuenta la necesidad de respetar el objeto formativo del contrato, y así deberá efectuarse teniendo en cuenta éste y no sólo posibles necesidades organizativas del empresario¹¹².

El análisis jurisprudencial en la materia resulta un poco decepcionante. Efectivamente el precepto sufre, en mi opinión, una interpretación judicial demasiado flexible, debilitándose la imperatividad del criterio.

Así, en algunos supuestos los Tribunales interpretan que la correspondencia titulación y prestación no ha de ser absoluta, sino que basta la posible realización de alguna de las enseñanzas teóricas acreditadas por la titulación¹¹³.

Esta interpretación flexible de la norma, que tiene como finalidad la promoción del empleo, no debe llevar sin embargo a la permisión de contratos en prácticas si no existe ninguna relación entre los estudios cursados y el puesto en que es contratado el

¹¹² MARTÍN PUEBLA, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, cit., pág. 300.

¹¹³ SsTSJ de Castilla y León-Valladolid, de 28 de enero de 1997, AS 48, de Cataluña de 4 de marzo de 1997, AS 1050, de Baleares de 30 de junio de 1998, AS 2947, de Cantabria de 20 de abril de 1998, AS 2037, de Cataluña de 21 de junio de 2000, AS 3060.

trabajador o si la relación es mínima o insignificante¹¹⁴.

En cambio, sí se estima procedente en la doctrina judicial la realización de algunas tareas que no guardan relación con la aplicación práctica de los conocimientos derivados del título que ampara la contratación en prácticas, pero siempre que tengan carácter residual y esporádico y constituyan únicamente una mínima parte de la actividad realizada¹¹⁵.

Pues bien, de acuerdo con lo determinado en la jurisprudencia y en la doctrina judicial el criterio será la exigencia de que la prestación laboral se desarrolle en el sector profesional correspondiente a los estudios realizados, pero también que se ajuste al nivel alcanzado, aunque no exista una absoluta equivalencia técnica entre el puesto de trabajo y la titulación¹¹⁶.

La solución aportada al menos se separa de las tesis más desvinculantes del criterio legal, aunque sería deseable una correspondencia incondicional entre el

¹¹⁴ SsTSJ de 28 de junio de 1996, AS 3397, de Andalucía-Málaga de 3 de diciembre de 1999, AS 6821, de Castilla y León (Valladolid) de 9 de mayo de 2000, AS 2612. No resulta así válida, por ejemplo, la celebración del contrato en prácticas con un licenciado para realizar funciones de administrativo en entidad bancaria: STSJ de Murcia de 10 de abril de 2000, AS 5222.

¹¹⁵ STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 1995, AS 3555.

¹¹⁶ STSJ de Castilla y León-Valladolid de 9 de mayo de 2000, AS 2612.

objeto de la obligación y la titulación del trabajador, no sólo en cuanto al objeto de los estudios sino también al nivel alcanzado en los mismos. Sólo de este modo se estará garantizando la finalidad formativa que se encuentra en la causa de este contrato.

1.5.3.- Finalidad formativa y ejercicio de profesiones liberales

No puede abandonarse el estudio del contrato en prácticas sin mencionar el enorme beneficio que el recurso a este contrato podría derivar para el inicio en el ejercicio de profesiones liberales.

Como se sabe, el ingreso en el ejercicio de las profesiones liberales, al menos en las jurídicas, se efectúa en condiciones ciertamente precarias, fundamentalmente bajo el pretexto de tratarse de profesionales en formación cuya actividad se reduce a adquirir conocimientos sobre la realidad práctica del ejercicio profesional y no a prestar servicios por cuenta de nadie. Sin embargo, no es preciso extenderse en constatar que la realidad dista mucho de esta presunta finalidad formativa de la relación.

Pero aunque así fuera, el ordenamiento jurídico ofrece instrumentos para hacer frente a estas situaciones formativas, que aúnan el interés del profesional en su propia formación práctica con una previa cualificación

teórica, esto es, con la posesión de una titulación académica.

No se explica el porqué de estas reticencias más que en la clásica visión de las profesiones liberales como ajenas al mundo del trabajo asalariado, si prescindimos, claro está, de posibles intereses económicos, ya que la otra opción resulta, las más de las veces, más económica para el profesional titular.

En fin, el legislador ha previsto fórmulas formativas de inserción de trabajadores titulados, de evidente vinculación temporal, que sin duda ampararían estas situaciones, que, por el contrario, habitualmente se sitúan extramuros de la laboralidad¹¹⁷.

1.5.4.- Contrato en prácticas y médicos residentes

La situación es diferente en el ejercicio de la medicina, en el que está previsto en la legislación el acceso al título de médico especialista mediante el

¹¹⁷ Sobre estas relaciones véase infra epígrafe 3.2 de este Capítulo.

ejercicio profesional en centros y hospitales públicos, acudiendo a la figura del médico residente¹¹⁸.

Así son médicos residentes aquellos que, para obtener su título de Médico Especialista, permanecen en los Centros y en las Unidades Docentes acreditadas un período, limitado en el tiempo, de práctica profesional programada y supervisada, a fin de alcanzar, de forma progresiva, los conocimientos y la responsabilidad profesional necesarios para ejercer la especialidad de modo eficiente¹¹⁹.

En este sentido, no tiene duda la jurisprudencia acerca del carácter laboral de la relación que une a los Médicos Residentes con su Hospital¹²⁰. En reiteradas ocasiones se manifiesta acerca de la naturaleza

¹¹⁸ Con la excepción prevista en el Real Decreto 1497/1999, de 24 de septiembre, Ar. 2433, a la que ya se ha hecho mención *supra* en el *Capítulo primero*, epígrafe 2.4.1.2.

¹¹⁹ Artículo 4 del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, que regula la obtención de títulos de especialistas.

¹²⁰ SsTS de 31 julio 1991 Ar.6413 y de 15 febrero 1999, Ar. 1800. En la doctrina judicial, SsTSJ de Madrid de 3 marzo 1992, AS 1572, de Madrid de 7 febrero 1992, AS 971, de Cataluña de 29 julio 1992, AS 4090, de Cataluña de 30 septiembre 1994, AS 3535, de Extremadura de 27 febrero 1996, AS 378, de Canarias-Santa Cruz de Tenerife 4 marzo 1996, AS 490, de Andalucía-Granada de 10 diciembre 1996, AS 4099, de la Comunidad Valenciana 25 febrero 1997, AS 266 y de 3 noviembre 1998, AS 4863, de Canarias-Santa Cruz de Tenerife de 29 marzo 1999, AS 1305, de Murcia de 23 febrero 1999, AS 1686 y de Madrid de 29 febrero 2000, AS 1488.

asalariada de su prestación de servicios a la que resulta de aplicación el Estatuto de los Trabajadores¹²¹.

Sin duda la opción jurisprudencial se encuentra apoyada en la normativa que expresamente se refiere a la celebración de un contrato de trabajo cuando la formación médica especializada implique la prestación de servicios profesionales en Centros hospitalarios o extrahospitalarios públicos¹²².

El problema se plantea por ser una norma reglamentaria la que determina la naturaleza laboral de esa relación. Sin embargo, el problema no es tal. Dado el carácter declarativo del enunciado, ya que los médicos residentes prestan sus servicios cumpliendo todas las notas de laboralidad que se derivan del artículo 1 del Estatuto, y a falta de una ley que declare la relación como funcionarial o estatutaria, es incuestionable la naturaleza asalariada de su prestación de servicios¹²³.

¹²¹ A diferencia de los médicos de la Seguridad Social, cuya relación jurídica es de naturaleza estatutaria, de configuración más próxima a la función pública que a la contratación laboral. Sobre éstos GOERLICH PESET, JM.: "El personal estatutario al servicio de Instituciones Sanitarias", en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Volumen II, Madrid, 2001, págs. 305 y ss.

¹²² Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, artículo 4.1.b.

¹²³ GOERLICH PESET, J.M.: "Los Médicos residentes: un supuesto "especial" de contrato de trabajo en

Pues bien. Tratándose de un contrato laboral y presentándose una combinación de prestación de servicios y formación las anteriores afirmaciones deberían conducir hacia el contrato de trabajo en prácticas del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores.

Que se trata de un contrato formativo lo confirma el propio Real Decreto 127/1984, artículo 4º.1.a., cuando se refiere a una práctica profesional programada y supervisada, a fin de alcanzar, los conocimientos y la responsabilidad profesional necesarios para el ejercicio eficiente de la especialidad.

Ahora bien, lo que, por el contrario, no se admite es la identificación del contrato formativo de los Médicos Residentes con los contratos formativos del artículo 11, ni siquiera con el contrato en prácticas, previsto, como hemos visto, para los trabajadores titulados.

En efecto, afirma el Tribunal Supremo, se trata de un contrato de formación *muy característico*¹²⁴, y no, por consiguiente, del contrato en prácticas del Estatuto¹²⁵.

prácticas", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 45/1991, pág. 53.

¹²⁴ STS de 15 febrero 1999, Ar. 1800.

¹²⁵ Tampoco en la doctrina, que los considera excluidos del ámbito de este contrato. En este sentido, SALA FRANCO, T.: "Los contratos formativos", cit., pág. 410.

La inadecuación del contrato en prácticas¹²⁶ para la prestación de servicios de los médicos residentes deriva de los siguientes extremos.

En primer lugar, el contrato en prácticas no está pensado para la obtención de título alguno, mientras que la prestación de servicios de los médicos residentes culmina con la obtención del título de especialista, y está destinada precisamente a la obtención de la formación necesaria para ello.

Precisamente por ello está prevista la intervención de una Comisión de Evaluación que determina, al término de cada año, la aptitud del médico residente, teniendo en cuenta el cumplimiento satisfactorio de un programa previamente establecido, así como los informes de los responsables de las unidades docentes¹²⁷.

En segundo lugar, las previsiones normativas del contrato en prácticas exigen que éste se formalice como máximo hasta cuatro años después de haber finalizado los estudios. Esta limitación no sólo no se encuentra en la normativa relativa a los médicos residentes, sino que además impediría a determinados licenciados en medicina

¹²⁶ GOERLICH PESET, J.M.: "Los Médicos residentes: un supuesto "especial" de contrato de trabajo en prácticas", cit., pág. 56 y ss., para quien nada impide en teoría la contratación de médicos residentes a través del contrato en prácticas, aunque advierte de la existencia de disfuncionalidades significativas, que conducen a la inaplicabilidad de las reglas de este contrato.

¹²⁷ Artículo 8.1.a. del Real Decreto 127/1984.

el acceso al título de especialista sin razón alguna¹²⁸, y derivando posiblemente en una actuación discriminatoria¹²⁹.

Así pues, debe concluirse la aplicación de las normas laborales del contrato de trabajo ordinario, aunque sin olvidar las especialidades que se imponen por la finalidad formativa del contrato y que se justifican por la obtención del título de especialista a la que el contrato está destinado¹³⁰.

¹²⁸ Ya que no tendría sentido en este caso hablar de fomento del empleo de jóvenes titulados; el objetivo es la formación y la obtención del título de especialista y no otro.

¹²⁹ En este sentido, GOERLICH PESET, J.M.: "Los Médicos residentes: un supuesto "especial" de contrato de trabajo en prácticas", cit., pág. 57.

¹³⁰ En la doctrina, GOERLICH PESET, J.M.: "Los Médicos residentes: un supuesto "especial" de contrato de trabajo en prácticas", cit., pág. 59. En la jurisprudencia y en la doctrina judicial véanse las sentencias ya citadas en notas anteriores.

2º.- Poder organizativo del empresario: funciones y profesional titulado

Mediante las siguientes consideraciones se pretende efectuar una aproximación a los problemas que para la clasificación profesional de los trabajadores presenta la realización de determinadas funciones, para las que las normas vienen exigiendo la posesión de una titulación.

Las peculiaridades se plantean tanto en el momento de la contratación, en que debe efectuarse la clasificación profesional de manera adecuada y coherente al pacto de funciones que constituye el objeto del contrato de trabajo, como en el desarrollo de la relación laboral en el que puede surgir la necesidad o el propósito de modificar esas funciones inicialmente pactadas.

En ambos momentos la exigencia del cumplimiento de requisitos como la posesión de una titulación o la colegiación se configuran como límites a los poderes empresariales de organización y dirección.

En efecto, el mantenimiento de las necesidades de orden público que justifican el intervencionismo normativo en el ejercicio de determinadas profesiones así como el control colegial de las mismas se mantienen en la contratación laboral, lo que, sin lugar a dudas, supondrá

límites a las facultades empresariales en la relación laboral con el profesional, lo que configurará un intercambio de servicios con peculiaridades específicas.

Consecuentemente, incluso podemos encontrar una mención normativa específica al respecto que el poder directivo del empresario debe a las titulaciones del trabajador, ya que en el momento de modificación de sus funciones a tenor del artículo 39 del Estatuto, el empresario ha de prestar atención a las titulaciones académicas o profesionales. El mencionado requisito debe ser interpretado en el sentido de incluir, junto a la clásica tenencia de título, aquellas otras limitaciones necesarias para ejercer algunos servicios, tales como permisos, habilitaciones y colegiaciones¹³¹.

¹³¹ GÁRATE CASTRO, J.: "La movilidad funcional", en AAVV: *El estatuto de los Trabajadores veinte años después*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, tomo I, n° 100, marzo-agosto, 2000, pág. 844.

2.1.- Funciones, clasificación profesional inicial y título

De acuerdo con las disposiciones del Código civil no hay contrato si no concurre un objeto cierto (artículo 1261) y determinado en cuanto a su especie (artículo 1273). El objeto del contrato de trabajo está constituido por las obligaciones recíprocas de trabajar y de retribuir dicho trabajo. Sin embargo, resulta necesario, para la verdadera determinación del objeto del contrato de trabajo, precisar concretamente el contenido de la obligación de trabajar, ya que, como se sabe, el trabajador no está genéricamente obligado a trabajar sino a la prestación de una determinada clase de trabajo¹³².

La determinación inicial de las funciones objeto del contrato se encuentra directamente relacionada con la clasificación del trabajador en la categoría profesional correspondiente, lo que a su vez, vendrá a precisar el régimen normativo aplicable.

La importancia de la correcta clasificación profesional del trabajador desplegará sus efectos a lo largo de toda la vigencia de la relación laboral. A partir de esta inicial clasificación profesional será posible determinar si se cumple el derecho a la ocupación efectiva y, posteriormente, resultará necesaria para la

¹³² PALOMEQUE LÓPEZ, C.: "El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional", en *Revista de Política Social*, n° 95/1972, págs. 79-81.

concreción del mecanismo para la promoción del trabajador en la empresa y el sistema de movilidad funcional aplicable¹³³.

En efecto, la identificación inicial de las funciones a realizar por el trabajador, esto es, del contenido de la obligación, que de acuerdo con el artículo 22.5 del Estatuto debe efectuarse por acuerdo entre trabajador y empresario, puede realizarse de dos modos: bien concretando en el pacto contractual el contenido de la prestación laboral mediante una descripción pormenorizada de las tareas a realizar, que pueden incluir todas las de una categoría o grupo profesional, sólo algunas de ellas, o las de más de una categoría o grupo¹³⁴, bien estableciendo la determinación de las funciones mediante una remisión al sistema de clasificación previsto en el convenio colectivo¹³⁵.

¹³³ De este modo se pone de manifiesto por APARICIO TOVAR, J.: "La profesionalidad del trabajador (En torno a los artículos 22, 23, 24 y 25)", en AAVV: *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, Revista Española de Derecho del Trabajo, tomo I, n° 100, marzo-agosto 2000, pág. 604.

¹³⁴ En este caso, sólo serán exigibles las tareas así delimitadas, como señala ROMÁN DE LA TORRE, M^a. D.: "Clasificación profesional y movilidad funcional", cit., pág. 180. Además el contenido de la prestación pactada marcará el límite del poder directivo de carácter ordinario, como pone de manifiesto GÁRATE CASTRO, J.: "La movilidad funcional", en AAVV: *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, cit., pág. 834.

¹³⁵ GOERLICH PESET, J.M.: "Comentario al artículo 16 del Estatuto", en *El Estatuto de los Trabajadores y Leyes Complementarias*, UGT, Valencia, 1994, pág.40.

En cualquiera de las dos modalidades de determinación de funciones resulta necesario asimismo la equiparación a una categoría, grupo profesional o nivel retributivo¹³⁶ de los previstos en el convenio. La equiparación tiene una función específica prevista en el artículo 22.5 del Estatuto, que se concreta en la atribución de los efectos normativos correspondientes¹³⁷, pero es necesario señalar que la operación no queda a la voluntad libre de las partes, sino que ha de efectuarse con correspondencia a la prestación funcional pactada (artículo 22.5 del Estatuto).

Es lo que podemos definir como CLASIFICACIÓN PROFESIONAL, esto es, la operación de subsumir o proyectar una determinada función o cometido laboral del

¹³⁶ Referencia criticada doctrinalmente, pues la remisión al nivel retributivo no solventa la determinación de la prestación de trabajo sino únicamente la remuneración del trabajador. ROMÁN DE LA TORRE, M^a. D.: "Clasificación profesional y movilidad funcional", cit., pág. 180.

¹³⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, C.: "El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional", cit., pág.88; SALA FRANCO, T.: "El ingreso al trabajo, la clasificación profesional y la ordenación del trabajo en la empresa", en DURÁN LÓPEZ/MONTOYA MELGAR/SALA FRANCO, *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de la voluntad de las partes y a las facultades del empresario*, Madrid, 1987, pág. 48; del mismo autor: "Movilidad funcional", en *Comentarios a las leyes laborales, El Estatuto de los Trabajadores*, tomo VIII, 2^a ed., EDERSA, Madrid, 1988, pág. 18 en relación con pág. 15; ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., pág. 144-145; VALDÉS DE LA VEGA, B.: *La profesionalidad del trabajador en el contrato de trabajo*, cit., pág. 82 y 97.

trabajador en una categoría profesional previamente establecida y definida por una norma¹³⁸; pero también, en dicho concepto debe incluirse el encuadramiento del trabajador dentro del organigrama de la empresa y la atribución de un régimen normativo correspondiente al trabajador clasificado¹³⁹.

Pues bien, en esta labor de clasificación deben tenerse en cuenta las cualificaciones, aptitudes y titulaciones que el trabajador compromete en la prestación de sus funciones. En efecto, estas condiciones personales del trabajador serán relevantes en la operación de clasificación, pero únicamente cuando encuentren una equiparación con las funciones a prestar¹⁴⁰, por lo que serán éstas las determinantes de la clasificación, con independencia de la verdadera cualificación personal del trabajador, que podrá ser diferente o superior a la correspondiente a las funciones pactadas, pero que no han sido valoradas en el momento de la contratación.

¹³⁸ Definición tomada de PALOMEQUE LÓPEZ, C.: "El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional", cit., pág. 86.

¹³⁹ VALDÉS DE LA VEGA, B.: *La profesionalidad del trabajador en el contrato de trabajo*, cit., pág. 82.

¹⁴⁰ En el mismo sentido, PALOMEQUE LÓPEZ, C.: "El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional", cit., pág. 87, señala: "La cualificación o competencia del trabajador (...) será relevante para la clasificación profesional cuando se manifiesta en la función cuya realización se exige contractualmente por el empresario."

Lo relevante no será la categoría subjetiva o capacidad del trabajador, sino la categoría contratada¹⁴¹.

No cabe así encontrar dificultad para la contratación de un trabajador que posee un alto nivel de cualificación para la realización de funciones correspondientes a una categoría inferior a la que pudiera corresponderle¹⁴², ya que no existe una relación directa entre la cualificación personal del trabajador y las funciones que vayan a realizarse¹⁴³.

En efecto, en el contrato se atiende a la titulación o cualificación del trabajador para la determinación de las funciones a realizar, y, por consiguiente para conferir la categoría correspondiente. Lo que no cabe pretender es que las tareas se valoren por la titulación personal de quien las realiza, sino que han de serlo por la categoría profesional a la que están encomendadas¹⁴⁴.

¹⁴¹ SALA FRANCO, T.: "La movilidad funcional", cit., pág. 27.

¹⁴² CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: "Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional", en *La reforma del Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a las leyes laborales*, dir. Borrajo Dacruz, tomo I, Vol. 2º, EDERSA, Madrid, 1994, pág. 169.

¹⁴³ ALEMÁN PÁEZ, F.: *El encuadramiento profesional*, cit., pág. 110.

¹⁴⁴ Así lo reconoce la jurisprudencia laboral, como puede comprobarse en las SSTS (ud) de 5 de febrero de 1998, Fundamento Jurídico 3º, Ar.1639, y de 17 de junio de 1998, Ar. 5404.

En definitiva, la cualificación tomada en consideración para la determinación del objeto del contrato podrá ser toda o parte de la poseída por el trabajador¹⁴⁵, ya que no tiene porqué existir coincidencia entre los conocimientos y habilidades poseídas por el trabajador y las necesarias para la realización de las funciones contratadas. La capacidad del título para producir efectos en la clasificación del trabajador dependerá de su relación directa con las funciones que efectivamente vayan a desempeñarse¹⁴⁶.

Así el pacto de funciones de nivel inferior a las que autoriza la titulación poseída por el trabajador tendrá dos consecuencias inmediatas: de un lado, el trabajador no tiene derecho a remuneración diferente a la que corresponde al puesto para el que ha sido contratado; pero de otro, su titulación superior tampoco dará derecho al empresario a exigirle otra actividad que la que, como contenido de la prestación se haya establecido en el contrato¹⁴⁷.

La ausencia del título exigido por normas imperativas para la realización de una concreta

¹⁴⁵ VALDÉS DE LA VEGA, B.: *La profesionalidad del trabajador en el contrato de trabajo*, cit., pág. 81.

¹⁴⁶ ALEMÁN PÁEZ, F.: *El encuadramiento profesional*, cit., pág. 132.

¹⁴⁷ En este sentido, SALA FRANCO, T.: "La movilidad funcional", cit., pág. 27. En la jurisprudencia, véase, entre otras, la STS (ud) de 5 de febrero de 1998, Ar. 1639, Fundamento Jurídico 4°.

prestación profesional determina la nulidad del pacto funcional en que se incluyan las mismas, debido a la imposibilidad de que se configuren como objeto del contrato los servicios contrarios a las leyes (artículo 1271 del Código civil). En estos casos, la imposibilidad tiene su origen en la falta de capacidad legal del obligado a realizar esos concretos servicios o funciones.

Además, debe tenerse en cuenta que, la vinculación entre título y categoría o grupo profesional, derivada de su relación con las funciones contratadas, puede tener un origen legal, en cuyo caso resulta inexcusable, pero también puede resultar de una imposición del convenio colectivo, en cuyo caso la posición jurisprudencial varía sustancialmente, habiendo declarado que en tales supuestos resulta, en cierta medida, excusable, al menos respecto a los efectos económicos que resulten de la realización de las funciones de categoría superior¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Sobre la cuestión véase infra epígrafes 2.3.2 y 2.3.3 de este capítulo.

2.2.- La polivalencia funcional

2.2.1.- Polivalencia funcional inicial

Como ya he señalado cabe establecer el contenido de la prestación mediante la referencia explícita a las funciones a realizar por el trabajador. Dichas funciones pueden resultar incluidas en una de las categorías profesionales aplicables, siendo, de este modo, exigibles sólo las expresamente referenciadas en el contrato de trabajo. Pero cabe también que las funciones expresamente recogidas como contenido de la prestación correspondan a más de una de las categorías profesionales, en cuyo caso, estaremos ante un pacto de polivalencia funcional. En efecto, la polivalencia funcional hace referencia a la *situación jurídica a través de la que al trabajador le son exigibles por el empresario funciones no solo de las correspondientes en sentido estricto a la categoría profesional conforme a la que se le ha clasificado en el contrato, sino funciones propias también de otras categorías*¹⁴⁹.

Debe así entenderse que cuando el artículo 22.5 *in fine* del Estatuto de los Trabajadores establece la disyuntiva entre el acuerdo de polivalencia funcional y el de realización de funciones propias de dos o más categorías, grupos o niveles, está efectuando una errónea

¹⁴⁹ ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.: "Clasificación profesional y movilidad funcional", cit., pág. 181.

diferenciación, pues debe partirse de la asimilación entre ambos términos¹⁵⁰.

El régimen jurídico previsto en el recién mencionado precepto del Estatuto implica que, en este caso, se ha de optar por aplicar la equiparación en virtud de las funciones que resulten prevalentes, es decir, las que ocupen más tiempo de la jornada¹⁵¹, frente al criterio de la preeminencia, de acuerdo con la categoría o grupo profesional superior¹⁵².

¹⁵⁰ ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.: "Clasificación profesional y movilidad funcional", cit., pág. 183. En el mismo sentido, MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: "La reforma de la movilidad funcional en la Ley 11/1994, de 19 de mayo", en *La nueva regulación de las relaciones laborales, Primeras Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social*, coord. MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., Facultad de Ciencias Jurídicas, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 1994, pág. 330.

¹⁵¹ SALA FRANCO, T.: "Los puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional", en *Puntos críticos de la reforma laboral*, dir. Martínez Emperador, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1996, pág. 97.

¹⁵² Criterio al que anteriormente acudían en ocasiones Reglamentaciones y Ordenanzas Laborales, como señala SALA FRANCO, T.: "Los puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional", cit., pág. 97. También CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: "Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional", cit., pág. 180.

Y que la jurisprudencia había admitido cuando las actividades eran autónomas entre sí, aplicando el de la prevalencia únicamente cuando eran complementarias. En este sentido, ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., pág. 175.

La opción legislativa por el carácter prevalente de las funciones para la equiparación del trabajador no debe, sin embargo, alterar el régimen imperativo que las normas estatales establecen con respecto a las titulaciones y otros requisitos tales como la colegiación, que se imponen para el ejercicio de determinadas profesiones.

En efecto, el pacto de polivalencia funcional no podrá suponer una vía de escape a dichas limitaciones, ya que la inclusión de alguna de las funciones que exigen la titulación y/o la colegiación, aunque no sean prevalentes y, en consecuencia, no vayan a suponer la clasificación del trabajador en la categoría "titulada", no puede implicar la ausencia del cumplimiento de dichos requisitos legales, pues, como ya ha quedado establecido, es la efectiva realización de las funciones la que viene limitada por la posesión de los requisitos, y no la categoría o grupo profesional asignado.

En definitiva, las posibilidades amplísimas que otorga la Ley permiten la existencia de un pacto funcional que incluya funciones para las que no se exige título alguno (ni colegiación profesional) junto con otras que sí exigirían el cumplimiento de estos requisitos. El carácter residual de dichas funciones no impide que la licitud del pacto se encuentre sometida al cumplimiento de los mismos requisitos.

La polivalencia funcional supondrá al tiempo una ampliación de las exigencias de cualificaciones en el

trabajador, ya que efectivamente se exige al mismo una mayor amplitud de sus aptitudes profesionales¹⁵³.

2.2.2.- Polivalencia funcional posterior

El pacto inicial de polivalencia funcional se encuentra expresamente previsto en el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores. No ocurre lo mismo con respecto a la posibilidad de movilizar funcionalmente al trabajador en un momento temporal posterior, de modo que pase a realizar funciones correspondientes a más de una categoría o grupo profesional como consecuencia de una movilidad parcial¹⁵⁴.

En caso de que dicha polivalencia posterior sea resultado de un acuerdo entre empresario y trabajador cabrá aplicar las mismas reglas establecidas anteriormente para la polivalencia inicial, por lo que se aplicará el criterio de la prevalencia sin dejar de lado las limitaciones imperativas que para la contratación de profesionales titulados establece la legislación imperativa.

¹⁵³ En este sentido, APARICIO TOVAR, J.: "La profesionalidad del trabajador (En torno a los artículos 22, 23, 24 y 25)", cit., pág. 606.

¹⁵⁴ SALA FRANCO, T.: "Los puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional", cit., pág. 105.

Cuando, por el contrario, dicha polivalencia funcional tenga su origen en la voluntad unilateral del empresario no cabrá aplicar los criterios del artículo 22, sino que estaremos ante una movilidad funcional fuera de grupo o categoría profesional equivalente, por lo que será necesario aplicar las reglas generales de la movilidad funcional¹⁵⁵. En este caso, pueden plantearse problemas con respecto a la titulación exigida al trabajador, que podrá estar o no capacitado para la realización de esas nuevas funciones, pero las soluciones aplicables serán las mismas que las establecidas para la movilidad funcional total¹⁵⁶.

¹⁵⁵ SALA FRANCO, T.: "Los puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional", cit., pág. 105.

¹⁵⁶ Véase infra epígrafe 2.3 de este Capítulo.

2.3.- Conflictos clasificatorios posteriores en relación con la capacidad legal del trabajador

La mencionada incapacidad legal para realización de funciones, vinculada al cumplimiento de requisitos como la titulación y la colegiación de profesionales liberales, no afecta únicamente al momento de celebración del contrato.

En efecto, la determinación inicial del contenido de la prestación laboral no puede alcanzar de manera indefinida las obligaciones a que se compromete el trabajador, de manera que la legislación permite al empresario especificar posteriormente las obligaciones a cumplir por aquél, mediante el ejercicio del poder directivo a través de las órdenes e instrucciones que configuran la facultad de especificación, pero también mediante la introducción de modificaciones en la prestación, sustanciales o no sustanciales¹⁵⁷.

También posteriormente pueden surgir conflictos cuyo origen hay que situar en la movilidad funcional del trabajador y que encuentran su límite en la necesidad de posesión del título exigido para la realización de

¹⁵⁷ MONTOYA MELGAR, A: "El poder de dirección del empresario", en *El Estatuto de los Trabajadores, veinte años después*, tomo I, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100, marzo-agosto 2000, págs. 584 y 585.

funciones determinadas¹⁵⁸. Así, en el posterior desarrollo del contrato es necesario tener presente la limitación que para la movilidad funcional del trabajador suponen las titulaciones académicas o profesionales. El conflicto surgirá cuando exista una falta de correspondencia entre las funciones efectivamente realizadas y la categoría profesional asignada, pues, como se sabe, es la función efectivamente desarrollada por el trabajador la que determina la clasificación¹⁵⁹. Es necesario recordar en este punto que como consecuencia de la clasificación del trabajador queda definido el ámbito de la movilidad funcional, ya que se determina la disponibilidad del trabajador por el empresario¹⁶⁰.

El artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores determina el régimen jurídico aplicable a la facultad empresarial de exigir al trabajador la realización de unas funciones que difieren de las habitualmente

¹⁵⁸ La necesidad de poseer las titulaciones precisas para la realización de la prestación profesional jugará como límite que tutela no sólo al trabajador, sino también debe configurarse como garantía del interés público. En este sentido, CAMPS RUIZ, L.M.: *La nueva regulación del mercado de trabajo*, cit., pág. 184.

¹⁵⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, C.: "El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional", cit., pág. 89.

¹⁶⁰ CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: "Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional", cit., pág. 169.

realizadas por el trabajador¹⁶¹, configurando esta facultad como de especificación del objeto de la prestación laboral inserta en el poder directivo empresarial¹⁶². Sin embargo el propio artículo 39 determina una serie de límites legales al ejercicio de esta facultad empresarial¹⁶³, que pueden concretarse en la pertenencia al grupo profesional (o en su defecto, realizarse entre categorías equivalentes), las titulaciones académicas o profesionales, y el respeto a los derechos profesionales y económicos de los trabajadores afectados. Así pues, la Ley referencia expresamente las titulaciones como límite a la movilidad funcional, pero también lo hace indirectamente al configurar como límite la pertenencia al grupo profesional, que, como se sabe, agrupa unitariamente aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación (artículo 22.2 del Estatuto). Se trata desde luego de dos límites diferentes, pues, pese a que la titulación sea uno de los elementos tenidos en cuenta para la delimitación de las categorías, dentro de un

¹⁶¹ GOERLICH PESET, J.M^a.: "Comentario al artículo 39", en *El Estatuto de los Trabajadores y Leyes complementarias*", cit., pág. 78.

¹⁶² SALA FRANCO, T.: "La movilidad funcional", cit., pág. 9.

¹⁶³ Aunque no debe olvidarse que el artículo 39 establece diferentes supuestos de movilidad funcional de gravedad ascendente, a los que deben añadirse otros límites a la facultad empresarial. En cualquier caso, el respeto a las titulaciones del trabajador puede configurarse como un límite genérico, esto es, de aplicación a los diferentes tipos de movilidad funcional.

grupo profesional pueden coexistir dos titulaciones diferentes¹⁶⁴.

Los supuestos que pueden dar origen a conflictos clasificatorios, una vez iniciada la relación laboral, relacionados con la capacidad técnica del trabajador, objetivada en la posesión de una titulación determinada, son los siguientes:

- Movilidad funcional a categoría profesional que exige titulación diferente de la comprometida pero poseída por el trabajador.

- Movilidad funcional, por decisión unilateral empresarial, a un puesto de trabajo que exige titulación diferente de la contratada y no poseída por el trabajador.

- Movilidad funcional a iniciativa del empresario a categoría profesional que el convenio colectivo establece como titulada.

¹⁶⁴ En este sentido, SALA FRANCO, T.: "La movilidad funcional", cit., pág. 27. También MARTÍNEZ ABASCAL, V.: *La nueva regulación de la movilidad funcional*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 116.

2.3.1.- Movilidad funcional a categoría profesional que exige titulación diferente de la comprometida pero poseída por el trabajador

El supuesto planteado es aquel en que la movilidad funcional, efectuada por decisión unilateral del empresario, tuviera como puesto de destino uno en que se exige titulación diferente a la que se exige en el puesto de origen, pero el trabajador estuviese capacitado para la realización de las funciones correspondientes a ambos puestos. Debe considerarse al respecto que la titulación necesaria para la categoría de destino no fue comprometida en el contrato de trabajo. Se trata de una capacidad subjetiva del trabajador pero no comprometida en la relación laboral.

Al tratarse de titulación no comprometida en el pacto inicial de funciones, ni en posteriores novaciones del mismo, entiendo que el empresario no puede exigir la realización de funciones correspondientes a la misma mediante el ejercicio del *ius variandi* o poder de modificación ordinario.

Así para que pueda llevarse a cabo dicha modificación nos encontramos ante dos opciones.

O bien es necesario el consentimiento del trabajador en el cambio¹⁶⁵, de modo que nos encontraríamos

¹⁶⁵ En este sentido, SALA FRANCO, T.: "La movilidad funcional", cit., pág. 27.

ante una modificación bilateral o por acuerdo, aunque a iniciativa del empresario¹⁶⁶.

Pero también se ha planteado la posibilidad de acudir a la modificación sustancial de las funciones¹⁶⁷, excediéndose así de las facultades de variación unilateral ordinaria de las funciones del trabajador.

En definitiva, no puede admitirse este tipo de movilidad funcional mediante la decisión unilateral del empresario, sino que debe exigirse la concurrencia del consentimiento del trabajador.

2.3.2.- Movilidad funcional, por decisión unilateral empresarial, a un puesto de trabajo que exige titulación diferente de la contratada y no poseída por el trabajador

Como ya he señalado, la caracterización de las profesiones liberales como profesiones tituladas viene a suponer un límite a la libertad de ejercicio profesional, por la necesidad impuesta por los poderes públicos de posesión de título. Este ineludible presupuesto para la efectiva realización de las funciones propias de una profesión deriva en estos casos de normas imperativas. A ello es necesario añadir que, en estos casos, el título

¹⁶⁶ Ésta ha sido la solución adoptada por la jurisprudencia. Así en SsTS de 5 de febrero de 1998, Ar. 1639, y de 17 de junio de 1998, Ar. 5404.

¹⁶⁷ MIRÓN HERNÁNDEZ, M.: *El derecho a la formación profesional del trabajador*, cit., pág. 260.

supone también un obstáculo legal a la adquisición de una categoría profesional¹⁶⁸.

En efecto, es necesario afirmar en primer lugar que la carencia del título necesario para ostentar una determinada categoría profesional supone la imposibilidad de realización de funciones de la categoría mencionada, diferente a la asignada inicialmente para la que sí se posee la capacidad técnica exigida, ni siquiera con carácter esporádico¹⁶⁹.

Sin embargo, si efectivamente se realizasen las funciones de categoría para la que no se ostentan los requisitos exigidos legalmente, los tribunales atribuyen dos consecuencias inmediatas: no reconocimiento del derecho al ascenso a la categoría superior a la ostentada, pero tampoco los derechos derivados de la asignación de esa categoría superior, fundamentalmente, el derecho a la retribución de la categoría a la que corresponden las funciones efectuadas¹⁷⁰.

¹⁶⁸ ALEMÁN PAEZ, F.: *El encuadramiento profesional*, cit., pág. 308.

¹⁶⁹ STS de 20 de enero de 1994, Ar. 357.

¹⁷⁰ SsTS de 30 de marzo de 1992, Ar. 1887; de 25 de marzo de 1994, Ar. 2638; de 27 de enero de 1995, Ar. 521; de 12 de junio de 1996, Ar.5066; de 12 de febrero de 1997, Ar. 1261; de 17 de mayo de 1997, Ar.4099; de 5 de febrero de 1998, Ar.1639, y de 17 de junio de 1998, Ar. 5404, entre otras. También la doctrina judicial adopta esta posición, pueden verse, por ejemplo, las siguientes: SsTSJ del País Vasco de 10 de junio de 1997, AS 2176; de Aragón de 29 de octubre de 1997, AS 3853; de la Comunidad Valenciana de 15 de octubre de 1998, AS

En efecto, en caso de que el trabajador realizase funciones de categoría superior los tribunales no reconocen el derecho a las diferencias salariales en caso de ausencia del título exigido, llevando las consecuencias de la realización de funciones más allá de la imposibilidad de clasificación profesional adecuada.

Así constituye doctrina reiterada que en el caso de exigencia de título derivada de normas generales que impiden el ejercicio de profesiones sin el cumplimiento de ese requisito, las consecuencias jurídicas en caso de su realización son la imposibilidad de acceso a la categoría profesional correspondiente e incluso la imposibilidad de realización, ni siquiera de modo accidental, de las funciones correspondientes, por lo que no puede accederse tampoco a las diferencias retributivas entre categorías cuando dicha realización de funciones superiores se haya producido.

En todo caso, la posición jurisprudencial respecto a la imposibilidad de acceso a la categoría superior pese a la efectiva realización de las funciones correspondientes a la misma, durante períodos de tiempo determinados, resulta acertada. Debe admitirse así que la consolidación de la categoría superior dependerá no únicamente de la efectiva realización de las funciones correspondientes sino también de la concurrencia en el

3980, y de 10 de diciembre de 1998, AS 4893; de 27 de enero de 1999, AS 247; de Galicia de 8 de abril de 1999, AS 849; de la Comunidad Valenciana de 27 de abril de 1999, AS 2259; de Castilla y León-Burgos de 7 de febrero de 2000, AS 223.

trabajador de las condiciones exigidas para acceder a esa categoría¹⁷¹, entre las que debe incluirse la posesión de las titulaciones académicas o profesionales exigidas legal o convencionalmente.

Sin embargo, no creo que deba tener la misma favorable acogida la no retribución de la realización de esas funciones superiores, ya que, entiendo, que aunque en su origen el pacto de funciones o la movilidad unilateral del empresario hacia funciones superiores resulte nulo, ello no puede afectar a la retribución correspondiente a las funciones ya realizadas.

En efecto, la posición respecto de la imposibilidad de percibir las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente realizadas, en el caso de existencia de norma legal que impide el ejercicio de las mismas sin título, resulta ciertamente criticable.

Debe admitirse que la realización de funciones resulta prohibida por la norma que impone la necesaria posesión del título.

Sin embargo, efectivamente realizadas por decisión unilateral del empresario la consecuencia jurídica es, desde luego, la imposibilidad de acceso a la categoría profesional pero no puede admitirse que ello conlleve necesariamente la imposibilidad de percibo de

¹⁷¹ PALOMEQUE LÓPEZ, C.: "El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional", cit., pág. 103-105.

las retribuciones correspondientes, ya que se está favoreciendo un enriquecimiento injusto del empresario, que se beneficia de la declaración de nulidad¹⁷².

El argumento utilizado en la jurisprudencia de que no han podido realizarse en forma adecuada las funciones propias de esa categoría al no poseerse las titulaciones habilitantes no justifica la utilización abusiva del poder directivo empresarial y el enriquecimiento consecuente, ya que se trata de un estudio de las capacidades del trabajador en abstracto, valorando únicamente la posesión o no de las titulaciones necesarias. Este análisis deviene innecesario, ya que se posean o no las capacidades necesarias, si no se está en posesión del título no se pueden realizar las funciones, por tanto no cabe valorar en abstracto si se realizan de forma adecuada o no las funciones.

El supuesto debería asemejarse a las consecuencias que el propio Estatuto de los Trabajadores, otorga a los contratos nulos en el artículo 9.2. En los contratos nulos, como se sabe, el trabajador puede exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido. Si el pacto contractual incluye la realización de funciones para las que el trabajador no se encuentra capacitado, por la carencia de título, el contrato deviene nulo, pero

¹⁷² En este sentido, LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 674.

el trabajador puede exigir las retribuciones correspondientes a un contrato válido.

En cambio, si siendo válido el contrato de trabajo, ya que se pactan unas funciones para las que si se encuentra capacitado el trabajador, se produce una modificación del mismo, de modo que efectivamente se realizan funciones distintas de las pactadas, el pacto deviene nulo, pero, en este caso, el trabajador, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial ya mencionada, no tiene derecho a las retribuciones por el trabajo ya realizado. La falta de congruencia entre ambos supuestos resulta patente, por lo que debe imponerse un cambio de la doctrina jurisprudencial.

La extensión de la aplicación del artículo 9 del Estatuto evitaría los efectos negativos que, para el trabajador, tiene la posición jurisprudencial, y al mismo tiempo permitiría una asimilación al tratamiento que la misma jurisprudencia otorga a estos supuestos cuando el origen del límite de la titulación se encuentra en el convenio colectivo y no en la Ley¹⁷³.

La posible aplicación del artículo 9.2 del ET a estos supuestos se defiende también desde la perspectiva tuitiva que a este precepto se otorga, de modo que se entiende que puede convertirse en una guía en el análisis y determinación de los efectos de la nulidad derivada del

¹⁷³ En el mismo sentido, LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, cit., págs. 673-674.

incumplimiento de cualquier tipo de norma de orden público¹⁷⁴.

2.3.3.- Movilidad funcional, a iniciativa del empresario, a categoría profesional que el convenio colectivo establece como titulada

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, en ocasiones, también los convenios colectivos imponen la posesión de título como requisito imprescindible para la clasificación de los trabajadores en determinadas categorías profesionales, de modo que, el incumplimiento de esta condición limitará también, de algún modo, la realización de esas funciones en el ámbito de ese convenio colectivo.

Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina judicial no interpretan del mismo modo este tipo de exigencia, otorgando un mayor valor imperativo a las normas legales que a las derivadas del convenio. En el primer caso la protección del orden público justifican la intervención normativa que limita el libre ejercicio de una profesión, pero en el caso de tratarse de intervención normativa convencional el interés que se trate de garantizar ha de ser necesariamente otro. Éste ha sido identificado con la protección del sistema de

¹⁷⁴ CUENCA ALARCÓN, M.: "Titulación académica y derechos económicos: ¿Términos irreconciliables? (Comentario a la STS 4 junio 2001)", *Relaciones Laborales*, nº 5/2001, pág. 51.

promoción profesional¹⁷⁵, pero en la jurisprudencia cabe encontrar la afirmación de que cuando el título viene impuesto por convenio colectivo, tiene el designio de mantener el nivel cultural y técnico adecuado para una actividad profesional determinada, o la finalidad de mejorar el perfil o preparación de los trabajadores o responde a necesidades organizativas de la empresa¹⁷⁶.

Por ello, cuando el título deriva de una exigencia convencional se mantiene la imposibilidad de acceder a la categoría profesional, pero no la de percibir, en caso de realización de esas funciones, las diferencias salariales correspondientes¹⁷⁷.

¹⁷⁵ LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, cit., pág. 180.

¹⁷⁶ Así pueden verse las SsTS de 20 de enero de 1994, Ar. 357; de 21 de febrero de 1994, Ar. 1218; de 7 de marzo de 1994, Ar.2211; de 25 de marzo de 1994, Ar. 2638; de 27 de diciembre de 1994, Ar. 10710; de 19 de abril de 1996, Ar. 3327; de 26 de octubre de 1999, Ar. 8408, de 16 de noviembre de 1999, Ar. 4423, de 8 de febrero de 2000, Ar. 1742, de 15 de mayo de 2000, Ar. 4636, de 21 de junio de 2000, Ar. 5963, de 24 de julio de 2000, Ar. 8200, de 15 de noviembre de 2000, Ar. 10290. También los TSJ recogen esta línea, como puede comprobarse, entre otras muchas, en las siguientes resoluciones: SsTSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de mayo de 1998, AS 2646; de Cataluña de 10 de noviembre de 1998, AS 6911; de Madrid de 28 de abril de 1999, AS 1573; de Andalucía-Sevilla de 16 de noviembre de 1999, AS. 4423, de Murcia de 26 de junio de 2000, AS 1974.

¹⁷⁷ Véanse las resoluciones citadas en la nota anterior.

Así pues, la efectiva realización de funciones sin la posesión de título tendrá diferentes efectos para el trabajador si esa imposición del título viene determinada en una ley, que convierte una determinada profesión de libre en regulada, que si dicha obligatoriedad deriva de las disposiciones de un convenio colectivo.

En el primer caso, existe prohibición imperativa de realización de funciones, mandato al que la jurisprudencia enlaza la imposibilidad de percibir las retribuciones correspondientes a la categoría que no puede ostentarse por la no posesión del título.

En cambio, cuando dicho mandato imperativo deriva del convenio colectivo solamente alcanza al no acceso a la categoría pero no al percibo de las diferencias salariales correspondientes, que vienen reiteradamente siendo admitidas por la jurisprudencia y la doctrina judicial.

De este modo, al estimar el percibo de las diferencias retributivas se está admitiendo la posibilidad de realización de funciones sin el título exigido en convenio colectivo, ya que se permite la aplicación del régimen normativo correspondiente a la categoría superior. El único efecto que tiene así el título es que impide el acceso a la categoría superior, pero de hecho se permite la atribución de su régimen normativo por la sola realización de las funciones correspondientes, aunque no se posean las titulaciones necesarias para su realización.

2.4.- Promoción profesional en la empresa y titulación del trabajador

2.4.1.- Introducción

Las necesidades de formación y renovación de conocimientos de los trabajadores se acrecientan desde la introducción en el ciclo productivo de nuevas tecnologías que, por un lado, reducen la proporción de trabajo manual en las empresas y, por otro, y en consecuencia, producen un cambio en las fórmulas de organización empresarial y aumentan las necesidades de trabajadores cualificados¹⁷⁸.

La formación se convierte de este modo en un elemento necesario y constante en la carrera profesional de los trabajadores. Desde este punto de vista, se trata de la formación en la empresa como medio o instrumento para la promoción a través del trabajo, esto es, tras haberse producido el acceso a la condición de trabajador¹⁷⁹.

¹⁷⁸ En este sentido, véase ampliamente MARTÍN PUEBLA, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, cit., págs. 25 y ss. También MIRÓN HERNÁNDEZ, M.: *El derecho a la formación profesional del trabajador*, cit., págs. 130 y ss.

¹⁷⁹ Se descarta conscientemente el estudio de la formación previa al acceso al mercado de trabajo, así como la formación de los desempleados como medio de reinserción en el ámbito laboral. Igualmente no se analiza la formación como causa del contrato de trabajo, objeto de estudio en otro epígrafe de este capítulo.

Pero no es la promoción el único objetivo de la formación de los trabajadores, sino que ésta es necesaria también como elemento para el mantenimiento del puesto de trabajo y la adaptación del trabajador a las innovaciones técnicas y productivas¹⁸⁰.

Desde esta perspectiva el propósito de este estudio es el análisis de las posibilidades que ofrece la legislación estatal para la obtención de los conocimientos y habilidades necesarios para la mencionada promoción en la empresa, pues, como se ha afirmado, la adquisición de capacidades o conocimientos suele encontrarse muy unida a las expectativas de promoción dentro de la estructura profesional¹⁸¹.

2.4.2.- Marco constitucional y legal

Para ello debe comenzarse por reconocer en los artículos 35.1 y 40.2 de la Constitución una herramienta para la protección de la profesionalidad¹⁸², aunque a través de dos instrumentos de distinta naturaleza.

¹⁸⁰ MARTÍN PUEBLA, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, cit., pág. 82.

¹⁸¹ VALDÉS DE LA VEGA, B.: *La profesionalidad del trabajador en el contrato de trabajo*, cit., pág. 212.

¹⁸² Entendiendo por profesionalidad del trabajador el cúmulo de conocimientos, habilidad, experiencia práctica o esfuerzo físico específico necesario para realizar un tipo de actividad determinada. En este sentido, VALDÉS DE LA VEGA, B.: *La profesionalidad del*

En efecto, el artículo 40.2 al encomendar a los poderes públicos el fomento de una política de garantía de la formación y readaptación profesionales no reconoce a los trabajadores un derecho con contenido concreto, debido a su ubicación entre los principios rectores de política social y económica, aunque sí es un elemento para el control de la constitucionalidad de las leyes¹⁸³, y una garantía para la efectividad del derecho a la promoción y formación del trabajador¹⁸⁴.

En cambio, al incluir en el artículo 35.1 del texto constitucional el derecho a la promoción a través del trabajo se está instituyendo un auténtico derecho fundamental¹⁸⁵.

El reflejo que de las previsiones constitucionales podemos hallar en la legislación ordinaria pasa por el artículo 4.2.b del Estatuto de los Trabajadores que reconoce en la relación de trabajo el derecho de los trabajadores a la promoción y formación profesional y nos lleva hasta Sección 3ª del Capítulo II

trabajador en el contrato de trabajo, cit., pág. 18. En el mismo sentido, APARICIO TOVAR, J.: "La profesionalidad del trabajador", en *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, cit., pág. 597.

¹⁸³ APARICIO TOVAR, J.: "La profesionalidad del trabajador", en *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, cit., pág. 599.

¹⁸⁴ MIRÓN HERNÁNDEZ, M.: *El derecho a la formación profesional del trabajador*, cit., págs. 51-52.

del Título I del mismo texto legal dedicado a la *Clasificación profesional y promoción en el trabajo*.

De esta Sección centraremos la atención en el artículo 23 que propone una serie de derechos en torno a la *Promoción y formación profesional en el trabajo*, esto es, pone a disposición del trabajador mecanismos para la obtención de la promoción profesional a través de la formación.

En efecto, el artículo 23 del Estatuto describe una serie de dispositivos para la mejora de la profesionalidad del trabajador a través de mecanismos que tienen como objetivo la obtención de una mayor cualificación de los trabajadores mediante la realización de estudios con posterioridad a su inserción en el mercado de trabajo y vigente la relación laboral.

2.4.3.- La discutida naturaleza jurídica del artículo 23 del ET

Pues bien, antes de analizar el contenido del artículo 23 del Estatuto conviene señalar que se trata de un precepto cuya naturaleza jurídica ha sido analizada doctrinalmente, alcanzándose posiciones dispares.

En efecto, la cuestión que se trata de dilucidar es si se trata de un precepto que goza de eficacia

¹⁸⁵ APARICIO TOVAR, J.: "La profesionalidad del trabajador", en *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, cit., pág. 600.

inmediata o por el contrario contiene únicamente un mandato a la negociación colectiva en orden a dar un verdadero contenido a los derechos que reconoce.

El origen de la controversia se halla en la redacción del precepto, que remite a la negociación colectiva la determinación del modo de ejercicio de los derechos reconocidos en el mismo. Así será el pacto colectivo el que declare los términos en que deben ejercitarse los derechos, expresión susceptible de diversas interpretaciones.

No nos encontramos ante una cuestión sin relevancia, pues la indeterminación del precepto legal convierte en cuestionables materias tales como la duración de los permisos, su retribución o no, su carácter imperativo e incondicionado, o por el contrario, flexible y necesariamente compatible con las necesidades organizativas del empresario.

Las posiciones pueden concretarse en las siguientes.

Un sector considera que puede tratarse de un precepto programático e inexigible a falta de desarrollo convencional, esto es, inaplicable en ausencia de convenio colectivo¹⁸⁶.

¹⁸⁶ ALFONSO MELLADO, C.L./GARCÍA ORTEGA, J.: *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 83-84 mantienen la dificultad de defender la eficacia directa del número 2 del artículo 23, por su redacción tras la reforma de

Se trataría de este modo de un precepto de naturaleza mediata y dependiente de la actuación de la negociación¹⁸⁷. A esta posición concede una ayuda apreciable la actual redacción del artículo 23.2, producto de la reforma del año 1994. En efecto, en el anterior artículo 22 se utilizaba la remisión a la negociación colectiva con carácter facultativo, mientras que la actual redacción resulta mucho más conminatoria, acentuando la necesidad de su regulación¹⁸⁸.

En cambio, también se ha defendido que pese a tratarse de un precepto de defectuosa técnica, cabe su aplicación directa aún en ausencia de regulación convencional, acudiendo en este caso al acuerdo

1994. Pese a ello afirman no encontrar totalmente cerrada la posibilidad contraria, entendiendo que una interpretación posible es mantener que el posible pacto sobre los derechos reconocidos deberá efectuarse en la negociación colectiva, pero que ello no condiciona que en su ausencia puedan ejercitarse los derechos. MONREAL BRINGSVAERD, E.: "Los derechos de promoción y formación profesional en el trabajo. Análisis de la negociación colectiva posterior a la reforma laboral de 1994", en *Actualidad Laboral* 27/1997, pág. 721. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. et al: *Curso de Derecho del Trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 393.

¹⁸⁷ MONREAL BRINGSVAERD, E.: "Los derechos de promoción y formación profesional en el trabajo. Análisis de la negociación colectiva posterior a la reforma laboral de 1994", cit., pág. 721.

¹⁸⁸ En este sentido, MONREAL BRINGSVAERD, E.: "Los derechos de promoción y formación profesional en el trabajo. Análisis de la negociación colectiva posterior a la reforma laboral de 1994", cit., pág. 720.

individual¹⁸⁹, respetando la exigencia de buena fe¹⁹⁰. En este sentido, el mandato a la negociación colectiva se presenta como prescindible en orden al ejercicio de los derechos reconocidos, aunque, sin duda, conveniente y necesario.

El precepto legal contendría de este modo únicamente unos instrumentos mínimos con la intención de promocionar la compatibilidad de la vida laboral y la formación, que evidentemente precisan de un desarrollo o complemento¹⁹¹. Desarrollo que podrá efectuarse vía negociación colectiva, pero también mediante el acuerdo individual, o en su defecto, en sede judicial¹⁹².

Ésta es sin duda la interpretación más acorde con la pretendida finalidad del precepto. La determinación de

¹⁸⁹ GARCÍA MURCIA, J.: "Promoción y formación profesional en el trabajo", en BORRAJO Dacruz, E.: *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo V, EDESA, Madrid, 1985, pág. 262. Al respecto CAMPS RUIZ, L.M.: "Promoción profesional en la empresa", en *Actualidad Laboral*, n° 7/1994, pág. 100, mantiene la necesidad de examinar en cada caso la existencia de un mandato normativo completo, esto es, autosuficiente, para la declaración de su eficacia inmediata o no.

¹⁹⁰ MARTÍN PUEBLA, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, cit., pág. 195. También LÓPEZ GANDÍA, J., en AAVV: *Derecho del Trabajo. tomo II. Contrato Individual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 406.

¹⁹¹ GARCÍA MURCIA, J.: "Promoción y formación profesional en el trabajo", cit., pág. 262.

¹⁹² CAMPS RUIZ, L.M.: "Promoción profesional en la empresa", cit., pág. 101.

los derechos reconocidos en el artículo 23 se puede considerar bastante concreta, y por ello no puede derivarse de la remisión efectuada en el párrafo segundo una cláusula que deja vacío de contenido el primer párrafo.

Al contrario, el precepto efectúa una descripción de derechos que otorgan unas garantías al trabajador en orden a la protección de sus posibilidades para compatibilizar la formación con la actividad laboral, garantías que el mandato a la negociación colectiva no puede vaciar de contenido.

Así si la negociación colectiva no ha procedido a determinar los *términos* en que podrán hacerse efectivos los derechos reconocidos, las partes podrán acordar el modo de hacerlos efectivos.

Esta técnica legislativa permite la adaptabilidad de estos derechos a cada sector de producción al conceder un amplio margen de maniobra a la negociación colectiva. Pero también debe permitir que en ausencia de regulación colectiva el pacto individual o, en caso de discrepancias, la decisión judicial determinen los extremos en que podrán disfrutarse de estas garantías.

En efecto, el precepto es origen de conflictos judiciales en orden a su aplicabilidad, motivados por la

interpretación que de los preceptos convencionales debe hacerse ante la parca regulación legislativa¹⁹³.

2.4.4.- El contenido del artículo 23

Más que localizar una delimitación detallada y precisa del contenido del artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores, el objetivo se sitúa en determinar si los derechos y garantías que en él se contienen se pueden configurar como suficientes al objetivo pretendido. Esto es, se trata de efectuar una visión más crítica que descriptiva del precepto.

Pero antes es necesario recordar que el artículo 23 es el camino elegido por nuestro legislador para hacer efectivo el Convenio número 140 de la OIT¹⁹⁴ que introduce

¹⁹³ Como muestra pueden verse las siguientes resoluciones: SsTS de 19 de diciembre de 1989, Ar. 9050, y de 15 de julio 1998, Ar. 6208; SsTSJ de Cantabria de 30 de julio de 1994, AS 2991, de Castilla La Mancha de 14 de noviembre de 1994, AS 4406, de castilla y León-Burgos de 3 de febrero de 1997, AS 522, de Castilla La Mancha de 8 de mayo de 1997, AS 2517, de la Comunidad Valenciana de 16 de septiembre de 1997, AS 3298, de Galicia de 6 de noviembre de 1997, AS 3797, de Castilla La Mancha de 12 de septiembre de 1997, AS 3898 y de 22 de mayo de 1998, AS 2527, de la Comunidad Valenciana de 7 de julio de 1998, AS 6489, de Aragón de 21 de julio de 1999, AS 2445, de 4 de octubre de 1999, AS 6419, y de 21 de diciembre de 2000, AS 3962.

¹⁹⁴ Sobre el marco internacional y comunitario de la formación profesional puede verse MIRÓN HERNÁNDEZ, M.: *El derecho a la formación profesional del trabajador*, cit., págs. 60 y ss.

la obligación de los Estados firmantes de regular en su derecho interno un permiso retribuido de estudios para fomentar la formación profesional del trabajador y la educación general social y cívica (artículo 2)¹⁹⁵, y es a la luz de esta norma como debe interpretarse.

El contenido del artículo 23 hace referencia a cuatro derechos que pretenden la compatibilidad de las obligaciones laborales y las académicas.

En primer lugar la norma concede al trabajador el disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como la elección de turno si existiera este sistema de organización de trabajo en la empresa. Se trata de derechos que se vinculan a la realización de estudios para la obtención de un título académico o profesional¹⁹⁶. Debe además tenerse en cuenta que ha de existir incompatibilidad entre el horario en que se realizan los estudios y el de trabajo, única situación que admite la concesión del cambio¹⁹⁷.

Nada especifica el artículo 23 sobre la duración del permiso para exámenes. El análisis judicial del

¹⁹⁵ GARCÍA MURCIA, J.: "Promoción y formación profesional en el trabajo", cit., págs. 224 y 225.

¹⁹⁶ Además los estudios se han de cursar de manera regular, lo que puede hacer referencia a dos realidades: la duración en el tiempo de los estudios, y la constancia subjetiva, es decir, la actitud del trabajador ante los estudios. En este sentido, MARTÍN PUEBLA, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, cit., pág. 196.

¹⁹⁷ CAMPS RUIZ, L.M.: "Promoción profesional en la empresa", cit., pág. 106.

precepto vincula esta cuestión a la especificación que del mismo se haya hecho en la negociación colectiva, de modo que resulta admisible, a juicio de los Tribunales, tanto la concesión del permiso estrictamente durante las horas de realización del examen¹⁹⁸, como, por supuesto, la concesión de todo el día en que haya de efectuarse¹⁹⁹.

La elección de turno, por otra parte, puede suponer una colisión con los intereses y derechos del resto de los trabajadores, y además se habrá de coherencia con las reglas que el propio Estatuto determina para la aplicación del sistema de rotación (artículo 36.3). La existencia de un conflicto entre ambos implicará que el derecho a la promoción del trabajador deberá ceder ante la protección de los bienes protegidos en el artículo 36.3²⁰⁰.

Junto a los anteriores el artículo 23 establece medidas para facilitar el acceso de los trabajadores a la formación profesional. Así se refiere al derecho de los trabajadores a la adaptación de jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación, así

¹⁹⁸ STS de 15 de julio de 1998, Ar. 6208.

¹⁹⁹ Sentencia de la AN de 30 de Junio de 1997, AS 2401; SsTSJ de Castilla y León-Burgos de 3 de febrero de 1997, AS 522, de Castilla-La Mancha de 8 de mayo de 1997, AS 2517 y de 22 de mayo de 1997, AS 2527, de Aragón de 21 de julio de 1999, AS 2445.

²⁰⁰ GARCÍA MURCIA, J.: "Promoción y formación profesional en el trabajo", cit., pág. 249.

como al permiso de formación o perfeccionamiento profesional con reserva de puesto de trabajo.

Con respecto a éste último es necesario referirse a los Acuerdos Nacionales de Formación Continua (ANFC, en adelante)²⁰¹. Se trata de acuerdos bilaterales sindicatos-patronal, referidos a una materia específica, de naturaleza interprofesional, que afectan a todos los sectores productivos y que contienen una serie de reglas respecto a las acciones formativas desarrolladas por las empresas, los trabajadores o sus respectivas Organizaciones²⁰². Estas acciones persiguen la compatibilidad de dos objetivos: la mayor competitividad de las empresas y la formación individual y la promoción profesional de los trabajadores²⁰³.

²⁰¹ EL I ANFC fue suscrito el 16 de diciembre de 1992 por CEOE y CEPYME, de una parte y UGT y CCOO de otra, adhiriéndose posteriormente CIG, inscrito y publicado por Resolución de 25 de febrero de 1993, (BOE 10 de marzo). El II ANFC fue suscrito el 19 de diciembre de 1996 por CEOE y CEPYME de una parte y UGT, CCOO y CIG de otra, y publicado por Resolución de 14 de enero de 1997 (BOE de 1 de febrero). El III ANFC fue suscrito el 9 de diciembre de 2000 por CEOE y CEPYME de una parte y UGT, CCOO y CIG de otra, y publicado por Resolución de 2 de febrero de 2001 (BOE de 23 de febrero de 2001).

²⁰² Sobre los ANFC véase MIRÓN HERNÁNDEZ, M.: *El derecho a la formación profesional del trabajador*, cit., págs. 326 y ss. Sobre el III Acuerdo véase LUJÁN ALCARÁZ, J.: "El III Acuerdo Nacional de Formación Continua", *Aranzadi Social*, n° 11/2001.

²⁰³ LUJÁN ALCARÁZ, J.: "El III Acuerdo Nacional de Formación Continua", cit., pág. 12.

La adaptación de la jornada puede efectuarse recurriendo a una variedad de fórmulas, no concretadas en el precepto legal, y que por tanto deberán ser objeto de la regulación convencional, aunque sobre todo deberán serlo del pacto individual. Resulta lógico que ello sea así, pues dependiendo de cuáles sean las necesidades, diferentes serán las medidas para adaptar la jornada de trabajo.

Será así posible reducir la jornada diaria o semanal, cambiar el horario de trabajo, elegir el turno de trabajo²⁰⁴, determinar un horario flexible, o modificar el tiempo de disfrute de las vacaciones²⁰⁵. Se tratará de una modificación de las condiciones de trabajo a iniciativa del trabajador, cuyos términos concretos deberán ser objeto del pacto trabajador-empresario.

Respecto a la segunda de las posibilidades, la solicitud de un permiso para la asistencia a cursos de formación²⁰⁶, se plantea si resulta accesible la reducción

²⁰⁴ Sobre esta opción STSJ de Galicia de 6 de noviembre de 1997, AS 3797.

²⁰⁵ Todas estas posibilidades en GARCÍA MURCIA, J.: "Promoción y formación profesional en el trabajo", cit., págs. 251 y ss.

²⁰⁶ De los permisos individuales de formación se ocupa el Capítulo II del III ANFC. La duración máxima de los permisos queda establecida en 200 horas de jornada; como requisito subjetivo se requiere un año de antigüedad en la empresa, y la acción formativa puede ir destinada al desarrollo o adaptación de sus cualificaciones técnico-profesionales y/o a su formación personal, reconocida por una titulación oficial. Es necesaria la

de las posibilidades reales del mismo al condicionarlo a la aprobación por la empresa, y que ésta quede condicionada a la relación entre el contenido de la formación y el trabajo realizado por el solicitante o a su categoría profesional²⁰⁷. Igualmente los Tribunales se plantean la posibilidad de su denegación por necesidades organizativas de la empresa²⁰⁸. Estas opciones resultan viables con la posibilidad de regulación convencional establecida y que será la vía en que queden determinadas.

La primera impresión que se deriva de esta regulación es su parquedad e insuficiencia. Pero es necesario cuestionarse si debe ser la ley el instrumento que determine exactamente las herramientas que habiliten la compatibilidad de los derechos académicos y laborales

correspondiente autorización empresarial en el marco de la convocatoria que establezca esta clase de acciones. La autorización permite al trabajador acudir a la Fundación Tripartita para solicitar el denominado Permiso Individual de Formación y en caso de aceptación percibir con cargo a sus fondos una cantidad igual a su salario y las cotizaciones a la Seguridad Social. La Fundación Tripartita estará constituida por los agentes sociales y la Administración.

²⁰⁷ Negando esta posibilidad STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de septiembre de 1997, AS 3898. Sobre el tema también la STSJ de Aragón de 21 de diciembre de 2000, AS 3962.

²⁰⁸ Sobre esta cuestión STSJ Aragón de 4 de octubre de 1999, AS 6419. También STSJ de Cantabria de 30 de julio de 1994, AS 2991, en la que se afirma la inexistencia de un derecho incondicionado frente a cualquier limitación organizativa o de interés empresarial.

o resulta más adecuado el recurso a otras fuentes jurídicas.

En mi opinión la fórmula legal debe permitir su aplicación directa en caso de ausencia de regulación más detallada de los derechos en el precepto concedidos, pero al tiempo debe permitir la ordenación de un régimen más acorde con las necesidades que se susciten en cada situación. De este modo la normativa estatal debería configurarse como un mínimo, una garantía mejorable mediante la negociación colectiva, pero sobre todo mediante la autonomía individual, fuente que permite un mayor acercamiento a la concreta situación conflictiva.

En efecto, si la finalidad del precepto es facilitar la formación general del trabajador, esto es, facilitar el acceso o la continuación de unos estudios²⁰⁹, el régimen legal que se instaure debe efectuarse con la mayor flexibilidad posible, de manera que pueda adecuarse a cada momento y a cada situación subjetiva, de modo que el establecimiento de unas condiciones mínimas sean únicamente una fórmula de establecimiento de una garantía del derecho del trabajador frente a las facultades organizativas del empresario.

De acuerdo con esto la remisión a la negociación colectiva que efectúa el artículo 23.2 y que debe entenderse como una delegación en cuanto a la forma de ejercicio de los derechos reconocidos, esto es, del

²⁰⁹ MARTÍN PUEBLA, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, cit., pág. 199.

procedimiento para hacerlos efectivos, de las reglas que lo hacen posible, podría valorarse positivamente. Sin embargo, su ausencia no debería en ningún caso impedir el ejercicio de los derechos. Primero por el necesario carácter vinculante del precepto. Y segundo porque el acuerdo individual debe poder cubrir la ausencia de regulación convencional.

Desde esta perspectiva debe entenderse que la remisión del artículo 23.2 puede no responder exactamente a este propósito, y por ello se han generado dudas en su interpretación. Además sería deseable una mayor concreción en el primer párrafo del precepto, de manera que se convirtiese en efectivamente aplicable y garantista de los derechos de los trabajadores a compatibilizar los estudios con las obligaciones laborales.

Cuestiones como el procedimiento de solicitud y las posibilidades de denegación empresarial en caso de preponderancia de necesidades organizativas, o la duración del permiso para exámenes, o la necesidad de adecuar el curso de formación y la labor efectuada por el trabajador, o la fórmula para adaptar la jornada de trabajo a las necesidades formativas del trabajador, pueden quedar delegadas a su regulación por la negociación colectiva.

En cambio resulta llamativo el silencio que el precepto guarda en torno a otras cuestiones sobre las que parece conveniente que se pronunciara. Así puede mencionarse la necesidad de que el precepto determine el carácter retribuido o no del permiso para acudir a

exámenes²¹⁰. De este silencio parece derivarse la no retribución del mismo, ya que en los supuestos similares en que el trabajador mantiene el derecho a percibir el salario el Estatuto se manifiesta expresamente²¹¹. Además el Convenio 140 de la OIT al que antes se hacía referencia se refiere a la licencia de estudios y no al concreto permiso para acudir al examen²¹². Queda pues en manos de la negociación colectiva el conceder el derecho al salario.

²¹⁰ MARTÍN PUEBLA, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, cit., pág. 204-205.

²¹¹ GARCÍA MURCIA, J.: "Promoción y formación profesional en el trabajo", cit., págs. 246 y ss.

²¹² MARTÍN PUEBLA, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, cit., pág. 205.

3º.- Zonas grises en la contratación de profesionales

El objetivo del presente epígrafe es resaltar la existencia de una serie de prestaciones de servicios que habitualmente se sitúan en las fronteras de la laboralidad pese a concurrir en los mismos indicios o datos que pueden derivarlas hacia su calificación como asalariadas.

Resulta ocioso afirmar que en cada una de ellas, como en cualquier calificación contractual, debe analizarse la concurrencia de las notas de laboralidad, esto es, debe efectuarse el análisis de la presencia o ausencia de dependencia y ajenidad tal y como deben mostrarse para la posible delimitación laboral de una prestación de servicios. Y también debe señalarse que cada una de las posibles prestaciones sometidas a análisis puede derivar en una calificación contractual diferente al poseer frecuentemente perfiles propios e individuales, por lo que se acentúa la dificultad para establecer criterios uniformes de calificación. Como se ha puesto de manifiesto, en la mayoría de los casos se trata únicamente de diferencias de grado, especialmente visibles en el modo de organización de los servicios²¹³.

²¹³ LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 81.

Pese a ello se señalan una serie de situaciones jurídicas en las que es posible encontrar vínculos que las pueden aproximar a la laboralidad, y que resultan por ello destacables como zonas grises en la contratación de profesionales liberales.

Se trata así de las agrupaciones de profesionales, de las relaciones formativas en despachos de abogados, relación que puede darse también en otros colectivos de profesionales, de las peculiaridades de las prestaciones de servicios en los medios de comunicación, de la contratación en la Administración Pública, del ejercicio docente por profesionales liberales y de las relaciones entre el personal sanitario y las entidades aseguradoras.

3.1.- El ejercicio en grupo de profesiones liberales

3.1.1.- La agrupación de profesionales: un fenómeno en expansión

La agrupación de profesionales para el ejercicio conjunto de actividades resulta un fenómeno cada vez más habitual, debido principalmente a razones no sólo de especialización técnica sino también como respuesta a motivos económicos²¹⁴.

²¹⁴ Pese a que en la actualidad la agrupación de profesionales presenta una fase de auge, su existencia ya había sido puesta de manifiesto anteriormente. En efecto, como ya afirmara LEGA, C: *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, A. Giuffré, Milán, 1974, pág. 587, las transformaciones económico-sociales y científicas determinan un cambio en el modo de ejercicio de las profesiones liberales que, del tradicional individualismo han pasado a la realización del mismo mediante fórmulas agrupadas en "estudios profesionales".

Más recientemente CAPILLA RONCERO, F.: "Sociedades profesionales liberales. Cuestiones sobre su admisibilidad", en AAVV: *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Universidad de Granada, Granada, 1993, pág. 209, pone de manifiesto la necesidad de contar "con una organización, a veces compleja, de medios humanos y materiales, de elevado o elevadísimo costo ..." y, por otro lado, como la especialización de los conocimientos técnicos y científicos provoca la restricción del ámbito de actuación del profesional a un sector específico.

En el mismo sentido, MONTOYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A.: *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 26. MONTOYA MELGAR,

El desarrollo de las actividades mediante la agrupación de profesionales, dedicados a la misma o a diferentes profesiones se encuadra en una creciente evolución de la prestación de servicios profesionales²¹⁵; evolución que resulta apreciable en el contexto social y económico pero que no encuentra un reflejo parejo en la realidad jurídica.

Sin embargo comienzan a desarrollarse fórmulas jurídicas para el desarrollo de actividades profesionales de forma conjunta. Al respecto cabe señalar la existencia de una Proposición de Ley, presentada por el Parlamento de Cataluña, sobre la regulación de las sociedades

A. y CÁMARA BOTÍA, A.: *Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 27. Igualmente, LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, pág. 462.

²¹⁵ Esta evolución permite señalar una larga serie de formas de ejercicio, que conviven junto al ejercicio libre e individual de la profesión. Así, junto a éste, aparecen las fórmulas de ejercicio asociado con otros profesionales de la misma o distinta profesión. Además las fórmulas asalariadas, en las que es posible distinguir aquellos supuestos en que el empresario también realiza una actividad profesional de aquellos otros en que esta circunstancia no concurre. Y finalmente se ha señalado la existencia de lo que se denomina ejercicio mixto, en el que se combinan ejercicio libre y asalariado. Esta delimitación en OLAVARRÍA IGLESIA, J.: *El ejercicio libre de las profesiones liberales: la transición del ejercicio individual al ejercicio organizado*, Tesis Doctoral inédita, Valencia, 1992, págs. 319 a 325.

civiles de actividades entre profesionales²¹⁶. En la Exposición de Motivos de la mencionada Proposición de Ley se reconoce la existencia actual de dos modos de ejercicio de actividades profesionales: el ejercicio individual y el colectivo, distinguiéndose en el ejercicio colectivo diferentes situaciones de colaboración o niveles de integración, ya que se parte desde situaciones en las que únicamente se establece una participación en gastos hasta otras en las que, por el contrario, además, existe una comunicación o colaboración en los resultados, de manera que se comparte el riesgo en ganancias o pérdidas.

Además resulta preciso mencionar las previsiones contenidas en el Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio²¹⁷.

En efecto, como respuesta a la tendencia expansiva de la agrupación de profesionales el Consejo General de la Abogacía Española adoptó mediante la Circular 80/99 las Normas de ordenación de la actividad profesional de los abogados, en las cuales se establecen criterios tanto para el ejercicio individual como para el colectivo, diferenciándose en éste según se trate de agrupación exclusivamente de abogados en ejercicio o bien ejercicio de la abogacía en colaboración con otros

²¹⁶ Publicada en el BOCG, Serie B, nº 3-1, de 19 de abril de 2000.

²¹⁷ BOE 10 de julio de 2001.

profesionales. La misma distinción se recogió posteriormente en los artículos 27 y ss del reciente Estatuto General de la Abogacía Española.

También resulta necesario resaltar que en el Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto, que regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea, se contienen previsiones específicas sobre el ejercicio de la profesión en grupo. En efecto, los artículos 15 Y 16 de este Real Decreto se dedican al establecimiento de reglas específicas para los abogados con título profesional de origen para ejercer en grupo la profesión, normas que deberán añadirse a las normas, modalidades, prohibiciones y limitaciones establecidas para los abogados con título español. Las normas se refieren al ejercicio de la profesión en España de abogados que sean miembros de un grupo en el Estado de origen. En estos casos la normativa española sobre ejercicio en grupo de la profesión será de aplicación cuando las normas fundamentales por las que se rija dicho grupo en el Estado de origen sean incompatibles con la norma española. El Real Decreto establece además la obligación de los Colegios de Abogados de velar por el cumplimiento de estas normas, así como la necesidad de los abogados de hacer pública tanto su pertenencia a un grupo, como la denominación del mismo, su forma jurídica y los nombres de sus miembros que ejerzan en España.

3.1.2.- Las relaciones entre profesionales: naturaleza jurídica

La inexistencia de una fórmula asociativa específica para estas agrupaciones de profesionales genera el recurso a una gran variedad de instrumentos jurídicos, en los cuales se reflejan diferentes fórmulas de cooperación y/o integración de sus miembros²¹⁸.

En lo que aquí más puede interesar, es necesario señalar que la presencia de estas agrupaciones no se manifiesta habitualmente bajo la apariencia de una relación de laboralidad entre los profesionales que forman parte de la agrupación, sino que lo frecuente es el establecimiento de uniones societarias. Sin embargo, las posibilidades de relaciones a las que pueden dar lugar no deben excluir plenamente la posibilidad de que se generen vínculos de dependencia y ajenidad, esencia de las relaciones de laboralidad; y aún más, cabe afirmar el posible encubrimiento de este tipo de relaciones mediante el recurso a fórmulas societarias.

Con carácter previo debe manifestarse que el punto de estudio que se plantea hace referencia a las relaciones entre los profesionales que son miembros de las agrupaciones de profesionales, y no los posibles clientes, vínculos respecto a los cuales no es el momento de apreciar su naturaleza jurídica, pues respecto a este tipo de relaciones resulta indiferente la integración del

²¹⁸ Véase ampliamente CAPILLA RONCERO, F.: "Sociedades profesionales liberales. Cuestiones sobre su admisibilidad", en AAVV: *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, cit., págs. 214 y ss.

profesional en una agrupación. Y tampoco, evidentemente, se plantea la posibilidad de que la agrupación establezca, en cuanto tal, relaciones laborales con personal a su servicio, hipótesis respecto a la que no cabe establecer ningún genero de dudas.

En cambio, si debe plantearse como punto de análisis la naturaleza jurídica de las relaciones entre los profesionales pertenecientes a una agrupación, por tratarse de relaciones que pese a la apariencia de inexistencia de laboralidad pueden encubrir, como ya se ha anunciado, posibles vínculos dependientes.

Para ello debe, en principio, distinguirse entre unas agrupaciones y otras, pues no en todas ellas cabe descifrar la existencia de estos posibles vínculos laborales.

En efecto, en aquellos supuestos en que un grupo de profesionales se asocia a fin de compartir una infraestructura material o personal, esto es, unos medios o instrumentos de trabajo o incluso un personal a su servicio, pero se mantiene el ejercicio individual de sus profesiones sin ninguna interferencia en este ámbito entre ellos, las relaciones que mantendrán nunca podrán incluir vínculos de dependencia entre ellos, y en consecuencia, la relación se mantendrá ajena a la laboralidad²¹⁹.

²¹⁹ En estos casos el fundamento de la agrupación se centra en criterios de rentabilidad económica, como pone de relieve LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación*

La dificultad estribará en la delimitación de fronteras en la zona intermedia existente entre estos supuestos y aquellos otros en que, por el contrario, la situación entre los profesionales denota una clara relación de dependencia y ajenidad propia de los vínculos laborales. Es en esta zona intermedia en la que pueden aparecer relaciones en apariencia societarias pero que, en realidad, se aproximan a la laboralidad.

En efecto, la situación varía si, por ejemplo, en lugar del ejercicio individual por cada profesional aparecen otros factores que pueden implicar el establecimiento de vínculos relacionales de otra naturaleza.

3.1.3.- Criterios para la búsqueda de elementos de laboralidad

Los elementos que deben tenerse en cuenta en esta delimitación contractual pueden concretarse en los siguientes:

- El establecimiento de criterios conjuntos de actuación, mediante coordinación de los servicios o mediante subordinación entre los miembros. Así, debe derivarse un indicio relevante de laboralidad la existencia de un socio que asuma las funciones de dirección del resto, de manera que establezca los criterios de actuación, dictamine mediante órdenes e

privada de servicios y el contrato de trabajo, cit., pág. 462.

instrucciones al resto sobre el modo en que deben efectuar sus funciones, sobre el cuándo y el dónde, limitando la autonomía profesional de los socios, ejerciendo, en suma, las facultades propias del poder directivo empresarial. La diferencia radicaría, entonces, en la existencia de criterios de coordinación o, por el contrario, de subordinación.

- En este mismo sentido, pueden concurrir limitaciones en la capacidad de aceptación o rechazo de clientes/asuntos/encargos²²⁰, limitaciones que no responden a una voluntad conjunta de todos los socios, sino a la decisión unilateral de uno de ellos o de una parte de los mismos, circunstancias que también deben vincular la declaración de laboralidad.

- Igualmente puede observarse la relación que mantienen los "socios" con el personal auxiliar al servicio de los profesionales. El personal auxiliar mantiene una relación laboral con la sociedad y, por consiguiente, queda sometido a los poderes de organización, de dirección y disciplinario de la misma, que podrá ser ejercido por los socios. Si los que jurídicamente tienen atribuida la condición de socios no pueden, en el desarrollo de su relación con el personal auxiliar, ejercer los poderes de organización, directivos

²²⁰ Así puede verse en STS de 21 de mayo de 1990, Ar. 4993, en la que se evalúa como uno de los elementos decisorios para declarar la laboralidad que el médico titular de la consulta médica era quien asignaba los pacientes al médico colaborador.

y disciplinarios puede plantearse una duda sobre el verdadero carácter de socios de los mismos.

- En otro orden de cosas, debe también analizarse la concurrencia o ausencia de comunicación de ingresos y pérdidas (de riesgos, en definitiva) entre todos los socios, existiendo o no algunos que se presenten como impermeables a los mismos. En efecto, en este punto es en el que reside precisamente la diferencia fundamental entre el contrato de sociedad y el contrato de trabajo. En aquél el socio asume junto al resto de socios el riesgo societario, mientras que en el contrato de trabajo éste sólo es asumido por el empresario, quedando el trabajador al margen del mismo, no pudiendo quedar su salario absolutamente vinculado a la existencia o no de beneficios empresariales.

Sin embargo, tal y como se ha manifestado²²¹, esta diferencia entre contrato de sociedad y contrato de trabajo, que es necesario efectuar en el caso de agrupaciones de profesionales, puede no quedar alterada por la concurrencia de indicios tales como la existencia de un reparto no igual de beneficios entre los socios, de modo que entre ellos se establezcan porcentajes distintos, o por la percepción mensual de anticipos a cuenta de beneficios, pero sin duda tales indicios deberán efectivamente acreditar que no estamos ante

²²¹ Dictamen y Asesoría SA: "Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas: el caso de los bufetes de abogados", en *Revista de Trabajo*, n° 92/1988, pág. 184.

percepciones salariales periódicas, ya que en caso contrario constituirían elementos de laboralidad.

Así resultaría un factor a tener en cuenta si efectivamente esa percepción anticipada resulta compensada por la efectiva existencia de beneficios y/o pérdidas al final del ejercicio anual, de modo que si los anticipos han sido superiores a los beneficios obtenidos deban reembolsarse las diferencias²²².

Del mismo modo, la distribución desigual de los beneficios puede encubrir una relación laboral si esta desigualdad responde a criterios de dependencia laboral entre los supuestos socios.

- En esta misma línea, la exclusión de asunción de gastos en alguno de los socios también puede tenerse en cuenta entre los elementos laborales que pueden desacreditar una supuesta relación societaria. En efecto, como se sabe, el trabajador asalariado no asume el riesgo de la actividad realizada, sino que se mantiene ajeno al mismo siendo asumido en exclusiva por el empresario. El pacto de no asunción de los gastos o riesgos de la actividad profesional puede constituir un indicio de laboralidad.

- E igualmente la percepción de honorarios directamente de los clientes, o por el contrario, del

²²² Sobre las cantidades percibidas a cuenta del cobro de minutas puede verse la STS de 9 de febrero de 1990, Ar.886. También la del TSJ de Cataluña de 28 de noviembre de 1997, AS 3946.

socio-director puede también constituirse en indicio relevante²²³. En la relación laboral la obligación de retribuir la prestación efectuada corresponde al empresario, de manera que el posible incumplimiento del pago de los servicios por parte de los clientes resulta ajeno al trabajador. Si éste percibe honorarios de los clientes o por el contrario los percibe de la agrupación de profesionales, o del titular del despacho o consulta profesional, también puede ser un elemento valorable.

- Finalmente debe considerarse como elemento de laboralidad la no titularidad por el profesional-trabajador de los medios de producción. Así, si los elementos materiales y personales (tales como material informático, maquinaria o instrumentales médicos, personal auxiliar, etc.) necesarios para la realización de la prestación no son aportados por el prestador del servicio estaremos en presencia de un indicio de laboralidad.

²²³ En efecto, junto al análisis de la situación del profesional trabajador respecto a los resultados o beneficios (frutos) de su trabajo, debe analizarse si es ajeno al mercado, percibiendo retribuciones del titular de la agrupación o por el contrario directamente de los clientes. Véase la STS 21 de mayo de 1990, Ar. 4993, en la que el titular de la consulta percibía los ingresos de las aseguradoras, mientras que el médico colaborador (al que se declaró unido por relación laboral) percibía las retribuciones por las actuaciones médicas llevadas a cabo abonadas por el titular del centro médico. Por el contrario en la STS de 23 de enero de 1990, Ar. 196, los honorarios médicos se percibían de terceras personas o entidades, por lo que la relación fue calificada como no laboral.

3.1.4.- Un supuesto específico: las cooperativas de servicios

Cualquier actividad económica lícita puede constituir el objeto de una cooperativa²²⁴, y en consecuencia también la actividad ejercitada por los profesionales liberales puede ser desarrollada mediante el recurso a la sociedad cooperativa²²⁵.

No es ésta, evidentemente, la singularidad que justifica el analizar expresamente la legislación sobre cooperativas. El motivo de incluir una mención específica a este tipo de sociedades es que una de las clases de cooperativas previstas en la Ley de Cooperativas, Ley 27/1999, de 16 de julio²²⁶, así como en la legislación

²²⁴ Artículo 1.2 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. Artículo 2.2 del Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, aprobado por Decreto legislativo 1/1998, de 23 de junio.

²²⁵ En torno a la legislación estatal sobre cooperativas, véase FAJARDO GARCÍA, G.: "La reforma de la legislación cooperativa estatal", en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* (CIRIEC), n° 10/1999, págs. 45 y ss.

²²⁶ La mencionada Ley únicamente será de aplicación a dos supuestos: "A) A las sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal. Y B) A las sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y Melilla". (Artículo 2). No resulta por tanto de aplicación a las de ámbito territorial autonómico, a las que se aplicará la Ley de su Comunidad Autónoma. En la Comunidad Valenciana resulta

autonómica en esta materia²²⁷, es la denominada cooperativa de servicios, sociedad que agrupa a personas físicas o jurídicas, titulares de explotaciones industriales o de servicios y a profesionales o artistas que ejerzan su actividad por cuenta propia, y que tienen por objeto la prestación de suministros y servicios, o la producción de bienes y la realización de operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las actividades profesionales o de las explotaciones de sus socios²²⁸. A ello es necesario añadir que, según previsión del artículo 98.3 de la Ley 27/1999 las cooperativas de servicios podrán realizar actividades y servicios cooperativizados con terceros no socios, actividades que podrán alcanzar hasta un cincuenta por ciento del volumen

de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Cooperativas, aprobado por Decreto Legislativo 1/1998, de 23 de junio, del Gobierno Valenciano.

²²⁷ Así también el Capítulo VII del Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana se dedica a las clases de cooperativas, entre las que se encuentran las denominadas cooperativas de servicios empresariales y profesionales, cooperativas en las que se incluye expresamente la actividad realizada por profesionales liberales (artículo 86). La Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana resulta de aplicación a las cooperativas que de modo efectivo desarrollen la actividad cooperativizada con sus socios en el territorio de la Comunidad Valenciana, sin perjuicio de que las relaciones con terceros o actividades instrumentales del objeto social se realicen fuera del mismo (artículo 1).

²²⁸ Artículo 98 de La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

total de la actividad cooperativizada realizada con sus socios²²⁹.

Se trata pues de un instrumento jurídico que puede englobar a profesionales agrupados para el ejercicio de su actividad, que tendrá por objeto la prestación de servicios encaminados al mejoramiento económico y técnico de las actividades profesionales, pero además pudiendo prestarse estos servicios a terceros no socios, con el límite del 50% del volumen de actividad cooperativizada realizada con socios.

Pues bien, en las sociedades cooperativas se permite la admisión de socios de trabajo, cuya actividad cooperativizada consiste en la prestación de su trabajo personal y a los que resulta de aplicación las normas establecidas para los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado²³⁰.

Así pues en las cooperativas de servicios es posible la existencia de los denominados socios de

²²⁹ En la Legislación de la Comunidad Valenciana la delimitación del objeto de estas cooperativas se refiere a la realización de toda clase de servicios empresariales o profesionales con el fin de facilitar la actividad empresarial o profesional realizada por cuenta propia por sus socios (artículo 86.1); en el caso de profesionales liberales se pretende facilitar la colaboración de éstos, de forma permanente o en proyectos concretos (artículo 86.3).

²³⁰ En este sentido, artículo 13.4 de La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. Y artículo 16 del Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana.

trabajo que, conforme quedan regulados, gozan de un estatuto jurídico que tiende a la aproximación al laboral.

El problema que plantea la anterior situación es sin lugar a dudas de calificación jurídica, ya que por un lado, será difícil delimitar esta figura de socio de trabajo de la de trabajador por cuenta ajena, pero por otro lado, y sobre todo, resulta difícil determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prestación de servicios del socio de trabajo.

No se trata de una dificultad jurídica nueva, sino que tradicionalmente ha sido causa de fuertes controversias y de la existencia de más de una posición doctrinal al respecto, que se trasladan desde la consideración de que en nada se diferencian socio-trabajador y trabajador asalariado²³¹, a por el contrario la creencia de que la relación societaria resulta incompatible con la laboral²³².

²³¹ Manteniendo la naturaleza laboral de la relación se muestra SANTIAGO REDONDO, k.: *Socio de cooperativa y relación laboral*, Ibídem ediciones, Madrid, 1988.

²³² Véase la variedad de planteamientos en LÓPEZ MORA, F.: "Problemática general de los socios trabajadores de las empresas de Economía Social: ¿socios o trabajadores?", en *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, CIRIEC-España, n° 31, junio 1999, pág. 16 y ss. También en LUJÁN ALCARAZ, J.: "El socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas", en *Aranzadi Social*, Vol. V, 1999, págs. 129 y 130.

Lo cierto es que la figura del socio trabajador goza de una indudable naturaleza jurídica mercantil, con la peculiaridad de que su relación jurídica con la sociedad ha sido intervenida por el legislador, de modo que se trasladan a su régimen jurídico instituciones propias del Derecho del Trabajo²³³. De este modo se establece un régimen protector de este tipo de prestación de servicios, con carácter menos intenso que el establecido en el Estatuto de los Trabajadores para los trabajadores asalariados. Debido al establecimiento de este régimen jurídico intervencionista y protector se ha defendido que se trata de un desarrollo de la previsión contenida en la Disposición Final Primera del Estatuto²³⁴.

La Ley de Cooperativas viene a hacer frente a la polémica en torno a la calificación de estas prestaciones de servicios afirmando que la naturaleza jurídica de la relación de los socios trabajadores con la cooperativa es societaria²³⁵.

Al tiempo, como se ha señalado, prevé para esta relación jurídica un régimen en términos afines a los

²³³ Ampliamente LÓPEZ MORA, F.: "Problemática general de los socios trabajadores de las empresas de Economía Social: ¿socios o trabajadores?", cit., pág. 17. Véase también ORTÍZ LALLANA, C.: *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*, Bosch, Barcelona, 1989.

²³⁴ Así LÓPEZ MORA, F.: "Modelos de trabajo asociado y relaciones laborales", en CIRIEC-España, n° 13, 1993, pág. 164.

²³⁵ Artículo 80 de la Ley 27/1999.

previstos para los trabajadores por cuenta ajena, en unos casos mediante la importación directa de instituciones laborales, y en otros mediante una regulación atenuada de ciertas técnicas de intervención. Así podemos encontrar en la Ley de Cooperativas previsiones respecto a la percepción de retribuciones periódicas, la aplicación de normas sobre prevención de riesgos laborales, la prohibición del trabajo nocturno de menores, la aplicación de un régimen disciplinario, regulación de tiempos de trabajo y descanso, vacaciones, suspensiones y excedencias, reglas en torno a la extinción de la relación por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, así como atribución de competencias al orden social de la jurisdicción para las cuestiones contenciosas entre la cooperativa y el socio trabajador relacionadas con los derechos y obligaciones derivados de la actividad cooperativizada²³⁶. Además, en virtud de la Disposición Adicional Cuarta de la LGSS los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado disfrutará de los beneficios de la Seguridad Social, pudiendo optar la Cooperativa en sus propios Estatutos entre asimilarlos a los trabajadores por cuenta ajena o a los trabajadores por cuenta propia. En el primer caso, se integrarán en el Régimen General o en alguno de los

²³⁶ Esta situación jurídica viene a justificar la afirmación de que se trata de una figura paralaboralizada por el legislador, al concurrir las características del trabajo por cuenta propia pero sometido a un orden público profesional con parámetros de trabajo asalariado. En este sentido, LÓPEZ MORA, F.: "Problemática general de los socios trabajadores de las empresas de Economía Social: ¿socios o trabajadores?", cit., pág. 29.

Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad. En el segundo, procederá su integración como trabajadores autónomos en el Régimen Especial correspondiente²³⁷.

Este conjunto de previsiones legislativas configuradoras de un orden público de regulación similar al del trabajador asalariado permite afirmar que la prestación de servicios de los socios de trabajo, desde un punto de vista material, resulta difícil de diferenciar de la del trabajador asalariado, aunque no así desde un punto de vista jurídico-positivo²³⁸.

Se trata, pues, de prestaciones de servicios de tratamiento jurídico diferenciado, pero de apariencia material similar que, sin embargo, no debe dar lugar a posibles conflictos de delimitación.

En efecto, para que se pueda afirmar la posición de socio trabajador la relación ha de cumplir las condiciones exigidas en la norma para la adquisición de la condición de socio del sujeto en cuestión. En este sentido será necesario atender a las normas sobre

²³⁷ Téngase en cuenta también el Real Decreto 1278/2000, de 30 de junio, que adapta determinadas disposiciones de Seguridad Social para su aplicación a las sociedades cooperativas.

²³⁸ En este sentido, LUJÁN ALCARAZ, J.: "El socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas", cit., pág. 133.

admisión de socios²³⁹ y sobre aportaciones al capital social²⁴⁰.

Si se cumplen las previsiones contenidas en estas normas la relación será societaria y no laboral, lo que determinará el cuerpo normativo aplicable, excluyéndose, en este caso, el recurso a la normativa laboral, pues debe recordarse que el Estatuto de los Trabajadores no resulta de aplicación a los mismos ni siquiera con carácter supletorio²⁴¹.

²³⁹ Artículo 13 de la Ley 27/1999, de Cooperativas. Artículos 14 y ss del Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana.

²⁴⁰ El artículo 46 de la Ley 27/1999 se refiere a las aportaciones obligatorias al capital social, previendo la posibilidad de que los Estatutos al fijar la aportación obligatoria mínima al capital social para ser socio, establezcan una aportación diferente para las distintas clases de socios o para cada socio en proporción al compromiso o uso potencial que cada uno de ellos asuma de la actividad cooperativizada.

²⁴¹ El artículo 87 de la Ley 27/1999, de Cooperativas señala el orden de prelación de normas para resolver las cuestiones contenciosas, y entre ellas no se encuentra el Estatuto de los Trabajadores. En efecto el tenor literal del precepto es el siguiente: "1. Las cuestiones contenciosas que se susciten entre la cooperativa y sus socios trabajadores, por su condición de tales, se resolverán aplicando, con carácter preferente, esta Ley, los Estatutos y el Reglamento de régimen interno de las cooperativas, los acuerdos válidamente adoptados por los órganos sociales de la cooperativa y los principios cooperativos."

3.2.- Pasantes en despachos de abogados

3.2.1.- Introducción

Las relaciones de prestación de servicios que se establecen entre profesionales también pueden resultar conflictivas cuando entre ellos se establece un vínculo que incluye elementos formativos. Un supuesto tradicional y frecuente, aún actualmente, es la relación que puede entablarse entre un abogado y el denominado pasante, pero la situación puede plantearse también respecto de otras profesiones tituladas, entendiéndose por "profesional-aprendiz" el "titulado que presta durante cierto tiempo sus servicios a otros profesionales con la finalidad principal de adquirir de ello una formación práctica"²⁴².

Efectivamente, la conflictividad puede originarse en estas relaciones porque no existe una determinación jurídica unívoca de esta figura, pudiendo asemejarse y/o incluirse en algunas de las previstas en el derecho laboral, pero también mantenerse ajena a este sector del ordenamiento jurídico al adquirir peculiaridades que lo hacen ajeno al mismo. Así no todas las relaciones entabladas entre un abogado y su pasante (o entre otros profesionales) deben ser incluidas en el ámbito de

²⁴² Como ha señalado MARTÍNEZ GIRÓN, J: *La contratación laboral de servicios profesionales*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1988, pág. 75.

aplicación del Derecho del Trabajo. Y del mismo modo no puede presumirse que todas las relaciones entabladas mantengan el mismo perfil jurídico, no pudiendo, por consiguiente, establecerse una única calificación jurídica. En este sentido el artículo 27.1.a del Estatuto General de la Abogacía Española (RD 658/2001) prevé la posibilidad de que el abogado titular de despacho individual tenga pasantes o colaboradores, con o sin relación laboral con los mismos.

3.2.2.- Estatuto General de la Abogacía Española: dualidad de regímenes jurídicos

En efecto, la posibilidad de colaboración o pasantía en despachos de los que sean titulares otros profesionales abogados está prevista en el Estatuto General de la Abogacía mediante dos fórmulas: el régimen laboral y el denominado *régimen de especial colaboración* (artículos 27.3 y 27.4).

El propio Estatuto General de la abogacía prevé de este modo fórmulas de prestación de servicios que escapan del régimen laboral. Sin embargo la delimitación entre ambas figuras no resulta nítida, dejándose depender el acceso a cada una de estas modalidades a la voluntad declarada de las partes, de modo que aunque la relación se desarrollase de acuerdo con todas las notas de laboralidad si se hubiese declarado por las partes la voluntad de constituir una relación en *régimen de especial colaboración* la calificación debiera ser ésta y

no la de trabajo asalariado, según parece desprenderse del articulado del Estatuto General de la Abogacía.

En efecto, para el ejercicio en *régimen de especial colaboración* las únicas previsiones contenidas son la necesidad de pacto escrito en el que se fijen las condiciones de duración, alcance y régimen económico de colaboración.

Para el ejercicio asalariado se exige también pacto escrito y respeto a la libertad e independencia básicas para el ejercicio de la profesión y determinación de la existencia o no de exclusividad.

No concede pues esta norma fundamentos para establecer las diferencias entre ambas modalidades de prestación de servicios, dejando de este modo a las partes libertad para establecer el contenido de su prestación y el régimen de sus obligaciones, por lo que de hecho se concede una vía de escape para la posible declaración de laboralidad de la prestación de servicios en régimen de pasantía, que viene a aunarse a la reticencia judicial a la calificación como asalariadas de estas modalidades de prestación de servicios.

3.2.3.- Delimitación contractual

Para la calificación de las prestaciones de servicios entre un pasante y un abogado la doctrina

laboral²⁴³ ha distinguido la existencia de tres hipótesis diferentes en las cuales varía la situación jurídica.

En primer lugar, es posible que la relación se mantenga en los límites de la voluntariedad, esto es, que no exista una verdadera relación jurídica obligatoria entre las partes: el pasante no se encuentra obligado a realizar una prestación a favor del abogado²⁴⁴, y, en consecuencia, tampoco surge obligación remuneratoria²⁴⁵. En esta modalidad de relación entre aprendiz y profesional no se realizará prestación alguna; la relación se mantendrá en el plano formativo, de manera que el pasante recibe esta formación pero no se generan entre las partes obligaciones jurídicas.

La segunda de las posibilidades que se ha planteado es calificar la relación como "trabajo gratuito pero jurídicamente obligatorio"²⁴⁶, esto es, sí existe, a diferencia del supuesto anterior, relación jurídica que genera obligaciones a las partes, pero se trata de una prestación de servicios que se ampara en la figura

²⁴³ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Relación entre abogado y su "pasante"", en *Revista de Política Social* n° 120/1978, págs. 310 y ss. También LUJÁN ALCARAZ, J: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., págs. 469-470.

²⁴⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Relación entre abogado y su "pasante"", pág. 311.

²⁴⁵ LUJÁN ALCARAZ, J. : *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., págs. 469.

²⁴⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Relación entre abogado y su "pasante"", cit., pág. 311.

jurídica de la donación, y en consecuencia no se origina obligación remuneratoria del abogado a favor del pasante. Se trata, en mi opinión, de una calificación jurídica de difícil deslinde del contrato de trabajo, si consideramos que la ausencia de remuneración puede deberse únicamente a un incumplimiento de la obligatoria prestación del profesional-empresario²⁴⁷.

Finalmente, la relación entre pasante y abogado puede configurarse como una prestación de servicios en la cual el pasante se compromete a prestar un servicio a favor del profesional, que, a su vez, se obliga a remunerar el servicio y a dar formación profesional al pasante. Se generan así obligaciones entre las partes que pueden ser el objeto de un contrato de trabajo. La relación jurídica puede de este modo ampararse en un contrato de trabajo en prácticas, la causa del cual combina elementos formativos junto con la prestación de servicios, todo ello si junto a estos elementos concurren las notas de laboralidad. En caso contrario el intercambio de servicios y remuneración puede quedar amparado en otras figuras jurídicas contractuales.

Lo que no cabe, en mi opinión, es excluir la laboralidad de estas prestaciones de servicios entre pasantes y abogados, ni aplicar la presunción de trabajo libre por tratarse de profesionales liberales, a la que

²⁴⁷ También LUJÁN ALCARAZ, J. : *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., pág. 470.

es tan propensa la jurisprudencia²⁴⁸. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1990²⁴⁹ viene a considerar la inexistencia de contrato de trabajo entre dos abogados, de los cuales uno ejercía la titularidad y dirección del despacho en el cual el otro se integró, prestando sus servicios bajo las instrucciones del primero y a cambio de un porcentaje de las minutas devengadas, existiendo horario de trabajo y control sobre la actividad del abogado "colaborador". El Tribunal Supremo considera la inexistencia de relación laboral principalmente por tratarse de una relación entre profesionales liberales en las que no puede aplicarse la presunción de laboralidad del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores²⁵⁰.

La posición del Tribunal es ciertamente criticable. Aunque resulten habituales las relaciones de cooperación entre abogados, esto es, relaciones sin vínculos de dependencia, y a pesar de que sea la abogacía

²⁴⁸ Sobre la cuestión véase LUJÁN ALCARAZ, J. : *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., págs. 454 y ss., y GARCÍA RUBIO, A.: "Criterios Jurisprudenciales en materia de calificación contractual de los servicios prestados por abogados", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 21/1996, pág.113.

²⁴⁹ Ar.197.

²⁵⁰ En el mismo sentido, la STS de 9 de febrero de 1990, Ar.886. Sobre ambas véase LUJÁN ALCARÁZ, J. : *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., págs. 466 y ss. También GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del derecho del trabajo*, ed. Comares, Granada, 1999, págs. 21 y ss.

un clásico entre las profesiones de ejercicio libre, no por ello debe excluirse la posibilidad de establecimiento de vínculos de subordinación entre profesionales. Es más, las relaciones que se establecen entre los denominados *pasantes* y los titulares de despachos de abogados suelen contener altas dosis de dependencia y ajenidad, que las aproximan más a los vínculos laborales que a los civiles. La falta de recurso a la modalidad laboral de contratación constituye, en la mayoría de las ocasiones, un fenómeno de huida de las normas laborales más que un verdadero deseo de no constituir relaciones dependientes entre los profesionales. La posición de los Tribunales es, pese a todo, clara en el sentido de excluir la laboralidad, y casi siempre con fundamento en la condición de profesionales liberales de los sujetos de la relación.

3.3.- Colaboradores en medios de comunicación

3.3.1.- Empresas de comunicación y prestación de servicios

Es el sector de las empresas de comunicación un ámbito en el que resulta fácil encontrar relaciones de prestación de servicios de difícil calificación jurídica, especialmente por resultar habitual la huida del Derecho del Trabajo²⁵¹ pero también por las peculiaridades de las prestaciones de trabajo que se desarrollan en este ámbito²⁵².

En efecto, es frecuente que los servicios realizados por periodistas, redactores, fotógrafos o reporteros gráficos, corresponsales, colaboradores, etc., se efectúen con dosis de autonomía, no sólo técnica, que las aproximan a los contratos civiles (de arrendamiento de servicios e incluso de obra). Pese a ello, no dejan de existir relaciones que sí deben ser objeto de un contrato laboral, por efectuarse con elementos de subordinación y, en consecuencia, resulta posible efectuar la delimitación de éstas.

²⁵¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. y CALVO GALLEGO, F.J.: "Las relaciones laborales en los medios de comunicación", en AAVV: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1999, pág. 249.

La dificultad de calificación debería, en principio, dejar al margen al *director del medio de comunicación*, figura que tradicionalmente ha sido excluida de la laboralidad por las normas sectoriales (Reglamento Nacional de trabajo en prensa de 23 de marzo de 1971 y Ordenanza Laboral de Prensa de 1976)²⁵³, pero a la que el Tribunal Supremo considera incluido en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de alta dirección²⁵⁴, y por consiguiente en el campo de la laboralidad.

3.3.2.- Naturaleza jurídica de la prestación de servicios en medios de comunicación

Uno de los indicios que fue utilizado por el Tribunal Central de Trabajo y que resulta de interés para clarificar parcialmente la naturaleza jurídica de estas prestaciones es la de considerar si la actividad realizada responde a necesidades permanentes del medio de comunicación, de modo que la calificación jurídica de la prestación de servicios viene a depender del carácter

²⁵² STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2001, AS 2147.

²⁵³ En este sentido, véase GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del derecho del trabajo*, cit., pág. 23.

²⁵⁴ Véase GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del derecho del trabajo*, cit., pág. 24.

habitual o esporádico de la misma²⁵⁵, o de manera más específica, el criterio que se utilizó fue la dependencia de la labor realizada a las necesidades empresariales, de modo que resulten estables o habituales, entendiéndose por éstas las que resulten fundamentales o esenciales para la normal existencia y funcionamiento de la misma²⁵⁶.

Ello nos permite diferenciar al colaborador ocasional del medio de comunicación, que difícilmente entablará una relación laboral, del permanente, que, por el contrario, podrá considerarse, dependiendo del resto de condiciones concurrentes, inserto en el ámbito de organización empresarial.

Así, de este modo, quedarán habitualmente excluidos de la laboralidad aquellos que, además de realizar la colaboración esporádicamente, no entablan obligación previa con el medio de comunicación ni están en consecuencia sometidos a órdenes e instrucciones empresariales²⁵⁷, pero también aquellos que realizan la colaboración como consecuencia de una afinidad al medio de comunicación, por razones ideológicas, en los que no existe continuidad ni retribución²⁵⁸.

²⁵⁵ LUJÁN ALCARÁZ, J. : *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., págs. 552 y ss.

²⁵⁶ LUJÁN ALCARÁZ, J. : *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., págs. 556.

²⁵⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. y CALVO GALLEGO, F.J.: "Las relaciones laborales en los medios de comunicación", cit., pág. 253.

²⁵⁸ *Ibidem*.

De este modo, la consideración del indicio de la ocasionalidad del servicio puede resultar relevante, pero no deberá emplearse en solitario, pues también el resto de circunstancias concurrentes denotaran la presencia o no de relación laboral.

Efectivamente, en la delimitación entre las relaciones laborales y las civiles en las prestaciones de servicios que se desarrollan en los medios de comunicación se debe atender, junto a la permanencia o el carácter esporádico del trabajo realizado, a otros indicios, positivos y negativos de laboralidad, que, en muchos casos, son coincidentes con los que se utilizan para la clasificación jurídica del resto de actividades de los profesionales liberales.

Y así, al igual que en el resto de profesiones liberales, no deben tenerse en cuenta factores que, por el contrario, son frecuentemente utilizados en la calificación de relaciones de servicios: la existencia de un estricto horario de trabajo, la presencia permanente en el medio empresarial, la constante y específica difusión de órdenes empresariales sobre el modo de realizar la prestación, (...).

En definitiva, puede afirmarse que la configuración de una dependencia laboral rígida no resulta compatible con el ejercicio laboral de profesiones liberales, pues las circunstancias de tiempo y lugar de trabajo y la autonomía en el modo de realización de la prestación no responden a los mismos parámetros que en la mayoría de las relaciones laborales y cualifican este tipo de relaciones de servicios.

Pese a todo, existe en el ámbito empresarial de los medios de comunicación un modelo de relaciones de servicios que se sitúan en los límites de la laboralidad, ya que junto a la permanencia o habitualidad en la prestación de sus servicios, se puede analizar la presencia de las notas típicas de dependencia y ajenidad.

En todo caso debe partirse de la existencia de una gran multiplicidad de situaciones en las prestaciones de servicios desarrolladas en el ámbito de las empresas periodísticas, por lo que se ha señalado la dificultad de encontrar una norma general²⁵⁹.

Se trata pues de una cuestión de extrema casuística en la que cabe apreciar los dos polos siguientes: el corresponsal y/o reportero gráfico que trabaja con absoluta autonomía e independencia, vendiendo sus trabajos al medio que en cada caso ofrece un mejor precio y, en el otro extremo, el personal de plantilla, con sujeción a horario y a las concretas instrucciones de la empresa, percibiendo un salario mensual y haciendo la empresa suyos los frutos de su trabajo²⁶⁰.

Así, para la determinación de la verdadera naturaleza jurídica de una concreta relación jurídica deben analizarse notas tales como si el profesional se

²⁵⁹ LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, cit., pág. 66. En los mismos términos STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2001, AS 2147.

²⁶⁰ En este sentido, STSJ Castilla y León, Burgos, de 6 de abril de 1998, AS 1272, FJ° 2°.

obliga o no a enviar un número determinado de colaboraciones, respecto de las cuales el medio de comunicación se reserva la opción de publicar o no, si el profesional decide los temas, si se retribuye únicamente el material publicado, si se utilizan o no materiales de la empresa, si se establece obligación de permanecer en el centro de trabajo, la forma de retribución de los trabajos (...) ²⁶¹.

3.3.3.- Reporteros gráficos: la STS de 31 de marzo de 1997: ajenidad y propiedad intelectual

Una importante Sentencia del Tribunal Supremo que analiza la figura de los reporteros gráficos que prestan sus servicios en medios de comunicación ²⁶² es la de 31 de marzo de 1997 ²⁶³, que resuelve recurso de casación para la

²⁶¹ Sobre los diferentes supuestos LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, cit., págs. 65 y 66.

²⁶² Las condiciones en que se prestan servicios son las siguientes: el reportero es el propietario de la máquina de fotografiar y de un coche que utiliza en su trabajo; la empresa suministra material fotográfico y le facilita zona de trabajo en los locales de la empresa; la empresa selecciona fotografías y adquiere la propiedad, pero el fotógrafo mantiene los negativos; se trata de servicios permanentes y continuos; el reportero acudía diariamente a la delegación del periódico y en ocasiones fue llamado para cubrir imprevistos; la retribución era a la pieza; el reportero podía prestar servicios por cuenta de otra empresa.

²⁶³ Ar. 3578. Sobre esta Sentencia puede verse FERNÁNDEZ RUBIO, M.: "Existencia de relación laboral:

Unificación de Doctrina, y rompiendo la tendencia del Tribunal de declararse incompetente en este tipo de asuntos, analiza la relación entre el reportero y el medio de comunicación y determina la laboralidad de la misma²⁶⁴.

La relevancia de la Sentencia en esta materia se acentúa respecto al análisis que la misma efectúa de la nota de ajenidad, ya que viene a señalar en su Fundamento Jurídico 4º la compatibilidad existente entre los derechos derivados de la propiedad intelectual y la existencia de una relación laboral con apoyo en el artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual²⁶⁵: la cesión de los derechos patrimoniales (derechos de explotación y publicación del resultado de su trabajo) se compagina con la permanencia en el ámbito del autor de los derechos morales (el reconocimiento de su autoría).

reportero gráfico y editorial de prensa diaria. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1997)", en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 47.

²⁶⁴ Anteriores a esta Sentencia de unificación, y estimando del mismo modo la laboralidad de la relación son las SSTSJ de Andalucía-Sevilla de 10 de mayo de 1993, AS 2370, de Baleares de 3 de julio de 1996, AS 2539, y de Andalucía-Granada de 12 de julio de 1993, AS 3256. Con posterioridad a la Sentencia de Unificación los Tribunales Superiores de Justicia también han declarado la laboralidad en las siguientes Sentencias : de Asturias de 14 de mayo de 1997, AS 1690, de Cataluña de 13 de enero de 1998, AS 159, de Asturias de 9 de enero de 1998, AS 221, de Castilla-León Burgos de 6 de abril de 1998, AS 1272 y de Cataluña de 25 de abril de 2001, AS 2147.

²⁶⁵ Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

De esta manera se afirma en la Sentencia que "el derecho de autor es independiente, compatible y acumulable con el derecho de propiedad sobre la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual"²⁶⁶.

En efecto, en las prestaciones de servicios laborales cuyo objeto consista en la creación de obras literarias, artísticas o científicas resulta ciertamente modalizada la nota de la ajenidad, fundamentalmente por la concurrencia de los derechos de propiedad intelectual (morales y patrimoniales), que plantean la duda sobre la verdadera adquisición previa de los resultados del trabajo por el empresario y sobre su poder de disposición sobre los mismos²⁶⁷.

Ciertamente, por disposición expresa de la Ley de Propiedad Intelectual, sobre el resultado de la actividad, esto es, sobre la obra, existen unos derechos personalísimos e inalienables, derechos que el empresario no adquiere, permaneciendo siempre en poder del autor pese a la actividad contratada. Son los denominados

²⁶⁶ Fundamento Jurídico 4º, STS de 31 de marzo de 1997, Ar.3578.

²⁶⁷ En este sentido, VALDÉS ALONSO, A.: "La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados", en *El empleador en el Derecho del Trabajo*, coord. Rodríguez-Piñero Royo, Tecnos, Sevilla, 1999, pág. 100 y 108 y ss. Del mismo autor, VALDÉS ALONSO, A.: *Propiedad Intelectual y relación de trabajo. La transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través del contrato de trabajo. Artistas, programadores informáticos y producción audiovisual*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 77 y ss.

derechos morales, que facultan al creador a proteger su obra, son derechos que tutelan el proceso intelectual-volitivo que se establece entre el autor y la obra, ajenos a la utilidad económica que pueda extraerse²⁶⁸. Algunos de estos derechos morales adquieren un carácter medial para la posible explotación de la obra, facultándose al autor por ejemplo a exigir su autorización expresa para cualquier transformación que pueda sufrir la obra²⁶⁹.

Lo anterior sin duda afectará a los derechos empresariales sobre el resultado del trabajo, pero al tiempo se cuestiona la nota de ajenidad si consideramos la no ajenidad del trabajador a la utilidad patrimonial, ya que la Ley de Propiedad Intelectual permite al mismo pactar los términos concretos de la cesión de los derechos patrimoniales²⁷⁰, de modo que sólo en caso de falta de pacto expreso se entenderá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva, y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario²⁷¹. De este modo se configura un

²⁶⁸ VALDÉS ALONSO, A.: "La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados, cit., pág. 100.

²⁶⁹ VALDÉS ALONSO, A.: "La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados, cit., pág. 110.

²⁷⁰ Artículo 51.1 de la Ley de Propiedad Intelectual.

concepto de fruto limitado en las posibilidades que puede conseguir el empresario.

Pero además, como se señala por la doctrina, no se produce una cesión anticipada de los frutos, sino que por el contrario permanecen en el patrimonio del trabajador una vez producida la obra, realizándose posteriormente una determinación de las facultades de explotación que se ceden, y requiriéndose además incluso con posterioridad a la transmisión el consentimiento del autor en caso de una nueva transmisión de los derechos cedidos en exclusiva²⁷², por lo que ni siquiera en este momento la transmisión es absoluta²⁷³.

En definitiva, la posición del empresario respecto de la obra creada resulta difuminada por las disposiciones contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual. Ni adquiere los frutos del trabajador asalariado *ab initio* sino en un momento posterior a su creación, ni adquiere todos los derechos sobre la obra, ya que el autor asalariado mantiene en todo momento una cierta disposición sobre la misma.

²⁷¹ Artículo 51.2 de la Ley de Propiedad Intelectual. VALDÉS ALONSO, A.: "La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados, cit., pág. 110.

²⁷² Artículo 49 de la Ley de Propiedad Intelectual.

²⁷³ VALDÉS ALONSO, A.: "La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados", cit., pág. 111.

Sin duda esta configuración resulta peculiar en la determinación de la nota de ajenidad laboral, lo que no debe excluir plenamente la laboralidad de la relación, aunque sin lugar a dudas la modaliza, adquiriendo por ello peculiaridades específicas.

3.3.4.- Otros aspectos cuestionados de la ajenidad en la prestación de servicios de reporteros gráficos: la ajenidad en los medios, la ajenidad en los riesgos y la ajenidad en el mercado

Dejando en este momento de lado las importantes cuestiones planteadas en torno a la ajenidad en los frutos, no debe desdeñarse un estudio más completo de la nota de ajenidad, ya que, como se verá, esta nota de laboralidad también resulta cuestionada desde otras perspectivas.

En efecto, también las denominadas ajenidad en los medios, en los riesgos y en el mercado adquieren peculiaridades en estas prestaciones de servicios.

3.3.4.1.- La ajenidad en los medios

Resulta acertada la afirmación que, con carácter general, desvincula al trabajador asalariado de los medios de producción, de modo que puede asegurarse el alejamiento del trabajador de la titularidad de los

medios de producción sobre los que opera²⁷⁴. De acuerdo con ello el trabajador es ajeno a los materiales e instrumentos necesarios para ejecutar su trabajo, y por ello se explica la incorporación de los resultados del trabajo al patrimonio del empresario.

Esta caracterización de la nota de ajenidad se justifica en la explicación del fenómeno de atribución del resultado material del trabajo a sujeto distinto del trabajador. Así, este fenómeno se explica por una mecánica distinta a la del contrato de trabajo, por una mecánica legal: la accesión industrial y la especificación, modos de adquirir la propiedad en el Código Civil²⁷⁵.

Pese a todo existen ejemplos sobradamente conocidos en los que esta estricta determinación no concurre, o al menos no ha sido considerada relevante a los efectos de calificar determinadas prestaciones de servicios²⁷⁶.

²⁷⁴ ALBIOL MONTESINOS, I.: "En torno a la polémica ajenidad-dependencia", *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, n° 1/1971, págs. 1-41.

²⁷⁵ ALBIOL MONTESINOS, I.: "En torno a la polémica ajenidad-dependencia", cit., pág. 41.

²⁷⁶ Así pueden consultarse las Sentencias dictadas con posterioridad a la conocida STS de 26 de febrero 1986, Ar.834, en relación a las prestaciones de servicios de transportistas con vehículo propio en que la aportación del vehículo se convierte en accesorio, o la actual redacción legal del artículo 1.3.g, que permite la consideración laboral de prestaciones en que se aportan ciclomotores y otros vehículos de bajo tonelaje. Sobre la

Uno de los casos en que así ocurre es en el de los fotógrafos o reporteros gráficos en los que lo habitual²⁷⁷ es que el profesional trabaje con cámara de su propiedad²⁷⁸, de modo que su aportación a la relación de trabajo deviene accesoria.

Ciertamente esta aportación de medios necesarios para la producción del resultado de su trabajo no es

cuestión puede verse PEDRAJAS MORENO/VALDÉS DAL-RE: "Contrato de trabajo y contrato de transporte ¿un giro en la jurisprudencia", *Documentación Laboral*, n° 19/1986; LUJÁN ALCARAZ, J.: *Repartidores y mensajeros ¿contrato laboral o de transporte?*, Tecnos, Madrid, 1990; VALDÉS DAL-RE, F.: "Los inciertos criterios de diferenciación jurisprudencial entre los contratos de trabajo y de transporte (I)", *Relaciones Laborales*, n° 20/1992; ARAMENDI SÁNCHEZ: "Reflexiones para la aplicación de la reforma laboral", *Relaciones Laborales*, n° 22/1994; PEDRAJAS MORENO: "Transportistas: alcance de la exclusión de laboralidad ex artículo 1.3 g) del Estatuto de los Trabajadores", *Actualidad Laboral*, n° 21/1995; SÁNCHEZ FEGO: "Los transportistas por cuenta ajena con vehículo propio: significación de la reforma laboral y régimen transitorio", *Actualidad Laboral*, n° 24/1995; POLO SÁNCHEZ/BAZ RODRÍGUEZ: "La exclusión de la laboralidad de los transportistas con vehículo propio: un primer estudio constitucional", *Actualidad Laboral*, n° 6/1996; GARCÍA TESTAL, E.: "La naturaleza jurídica de la prestación de servicios de transportistas con vehículo propio", en *Relaciones Laborales*, n° 9/1999.

²⁷⁷ Es más, constituye una costumbre en este sector, como ponen de relieve SOLER MASOTA, P. y LUQUE PARRA, M.: "Relación laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos", en *Relaciones Laborales*, n° 21/1999, pág. 16.

²⁷⁸ Incluso es frecuente la aportación de vehículo para sus desplazamientos, mientras que el empresario aporta el resto de material fotográfico, como rollos, carretes, material necesario para el revelado, etc.

considerada decisoria por los Tribunales para la calificación de su prestación de servicios, ya que además de valorarse la habitualidad con que esta aportación se produce también ha de considerarse que, por mucho valor económico que tenga la cámara fotográfica utilizada por el reportero, no puede tener entidad como para desnaturalizar una relación de trabajo²⁷⁹ y convertir al trabajador en empresa de servicios fotográficos²⁸⁰.

Así pues puede concluirse la invalidada virtualidad de este indicio en la valoración de la ajenidad como elemento necesario para la determinación de la naturaleza jurídica de estas prestaciones de servicios.

3.3.4.2.- La ajenidad en los riesgos

Partiendo de la concepción de la ajenidad en los riesgos como derecho del trabajador a un salario garantizado, a lo que no obsta la existencia de sistemas de retribución con cargo a beneficios o resultados, pues en ambos queda garantizado al trabajador un salario mínimo²⁸¹, se cuestiona su concurrencia en la prestación

²⁷⁹ En este sentido, la STS de 31 de marzo de 1997, Ar. 3578.

²⁸⁰ En este mismo sentido, SOLER MASOTA, P. y LUQUE PARRA, M.: "Relación laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos", cit., pág. 16.

²⁸¹ SALA FRANCO: "Datos para una caracterización material del Derecho del Trabajo", *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, n° 0/1974, pág.71.

de reporteros en cuanto que lo habitual es la retribución a la pieza, fórmula que sin embargo no resulta extraña a la definición de salario que utiliza el artículo 26 del Estatuto, que admite expresamente la retribución salarial fijada por unidad de obra.

La retribución a la pieza es la forma común de retribución de los fotógrafos en las empresas de comunicación, si bien, como se ha señalado resulta combinable con la existencia de una retribución mínima garantizada²⁸².

La ajenidad resultará reforzada cuando la empresa retribuye las fotografías aún cuando no sean publicadas, permaneciendo en su poder los negativos tanto de las publicadas como de las que no lo sean²⁸³, de manera que en momentos posteriores pueda disponer de ellas²⁸⁴.

3.3.4.3.- La ajenidad en el mercado

La ajenidad en el mercado supone que el trabajador ha sido separado de toda posibilidad de acceso al mercado de bienes y servicios, pudiendo acceder sólo

²⁸² SOLER MASOTA, P. y LUQUE PARRA, M.: "Relación laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos", cit., pág. 17.

²⁸³ STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2001, AS 2147.

²⁸⁴ STSJ de Asturias de 14 de mayo de 1997, AS 1690.

al mercado de trabajo²⁸⁵. Desde este punto de vista en las relaciones laborales se produce una relación tripolar: empresario - trabajador - mercado, de modo que se establecen las relaciones jurídicas siguientes: por un lado, entre el empresario y el trabajador la relación jurídica que nace del contrato de trabajo; por otro lado, las relaciones entre el empresario y los clientes o consumidores.

Esta manifestación de la ajenidad implica la ausencia de vinculación jurídica entre el trabajador y el destinatario final del bien o servicio pudiendo afirmarse que el trabajador efectúa su trabajo para un empresario, no para el mercado.

En el caso de los reporteros gráficos es posible distinguir los supuestos en que se realiza el trabajo a iniciativa del profesional para posteriormente ofrecer el resultado a diferentes empresas informativas, enajenándolas a aquél que le ofrece un mejor precio²⁸⁶, de aquellos otros en los que el trabajo es consecuencia de

²⁸⁵ ALARCÓN CARACUEL: "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", *Revista Española Derecho del Trabajo*, n° 28/1986, pág. 505.

²⁸⁶ Puede verse la descripción de ambos extremos en la STSJ de Castilla y León-Burgos de 6 de abril de 1998, AS 1272. También en SOLER MASOTA, P. y LUQUE PARRA, M.: "Relación laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos", cit., pág.19.

una orden empresarial de encargo que determina los temas a cubrir²⁸⁷.

En el primer caso se evidencia un reportero autónomo mientras que en el segundo un trabajador asalariado.

La ajenidad en el mercado resulta así un elemento de apreciable consideración, al que sin duda deben añadirse otros indicios de concurrencia de dependencia, tales como la sujeción a horario, o al menos determinación del momento de recibir los encargos con obligatoriedad de acudir a la empresa, o estar a disposición de la misma.

Sin embargo, no puede obviarse que no siempre resulta tan definida la posición del reportero gráfico respecto al mercado, sino que es fácil hallar posiciones intermedias en las que existe una precisión atenuada del trabajo a realizar, o bien los reportajes son consensuados entre el profesional y la empresa informativa²⁸⁸. Así, por ejemplo, es factible la combinación de ambas posibilidades, esto es, que, en ocasiones, el trabajo realizado responde a encargos sobre asuntos o informaciones a cubrir, y en otras los temas

²⁸⁷ STS 31 de marzo de 1997, Ar. 3578. También SsTSJ de Andalucía-Sevilla de 10 de mayo de 1993, AS 2370, de Baleares de 3 de julio de 1996, AS 2539, de Asturias de 9 de enero de 1998, AS 221, entre otras.

²⁸⁸ SOLER MASOTA, P. y LUQUE PARRA, M.: "Relación laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos", cit., pág.21.

son escogidos por el profesional²⁸⁹. Pues bien, en esta situación los Tribunales, pese a haber esta determinación de tareas y encargo de prestaciones concretas no incluye el supuesto en la laboralidad, sino que entran a valorar la no concurrencia de otros elementos como el sometimiento al control y dirección empresarial.

Y es que la ajenidad en el mercado, pese a ser criterio relevante, no tiene, desde luego, carácter decisivo ni concluyente.

3.3.5.- Otras cuestiones en la prestación de reporteros gráficos

Otra de las cuestiones planteadas por la doctrina en torno a la relación laboral en que se compromete la realización de una obra, es la relativa a si es el contrato de trabajo el que habrá de contener la transmisión de los derechos de explotación de la obra o si, por el contrario, será un contrato autónomo y adicional al contrato de trabajo²⁹⁰.

Desde la perspectiva y análisis de la ajenidad en estos casos, debe afirmarse que es el propio contrato de

²⁸⁹ STSJ de Baleares de 3 de julio de 1996, AS 2539.

²⁹⁰ Sobre las distintas posiciones doctrinales HURTADO GONZÁLEZ, L.: "Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual de los autores", en *Relaciones Laborales*, n° 5/2001, págs. 58 y ss.

trabajo el que debe recoger el pacto de cesión de derechos patrimoniales al empresario, pues como se sabe a éste le corresponden los frutos del trabajo realizado, y es el contrato el título que autoriza al empresario la adquisición de los mismos. Sin embargo existen argumentos doctrinales que contradicen las anteriores afirmaciones, y propugnan la necesidad de que la transmisión se pacte mediante un contrato distinto, mediante un contrato de transmisión, entendiéndose que éste ha de ser autónomo respecto del contrato de trabajo²⁹¹.

²⁹¹ En este sentido se pronuncia HURTADO GONZÁLEZ, L.: "Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual de los autores", cit., págs. 61 y ss. Para este autor, en primer lugar, podría posibilitarse la laboralización de contratos cuya obligación es un resultado y no una actividad; en segundo lugar, entiende que la adquisición de los frutos por el empresario en el contrato de trabajo se ha de producir por la titularidad sobre los medios de producción, y además la LPI atribuye al autor la titularidad originaria de los derechos moral y de explotación sobre la obra. En tercer lugar se fundamenta en la existencia de normación respecto a la transmisión de los derechos ya que si se cediesen por el contrato de trabajo no sería necesaria su regulación por la LPI.

3.4.- Contratación administrativa de profesionales liberales

3.4.1.- Régimen jurídico vigente

La prestación de servicios profesionales para las Administraciones Públicas se formaliza actualmente mediante el contrato de consultoría y asistencia, regulado en el Título IV del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio²⁹². Este Decreto Legislativo deroga expresamente la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, y la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, excepto la Disposición Adicional 2ª que mantiene su vigencia.

Así pues, el régimen vigente se localiza en el artículo 196.2.b.4ª del TRLCAP que se refiere al contrato de consultoría y asistencia. El precepto después de una lista ejemplificativa de posibles objetos de este contrato, contiene una fórmula residual, según la cual el contrato de consultoría y asistencia puede tener por objeto cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular, los contratos que la Administración celebre

²⁹² Téngase en cuenta también el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

con profesionales, en función de su titulación académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las Administraciones públicas.

Mediante esta cláusula se delimita el carácter de la prestación objeto de esta modalidad contractual frente a los contratos de servicios: el carácter intelectual de los servicios determina el ámbito de aplicación de este contrato²⁹³, y se establece una fórmula destinada a la contratación de profesionales, para prestar servicios de carácter intelectual, que exigen especialización y conocimientos técnicos específicos²⁹⁴.

3.4.2.- Antecedentes: el contrato para trabajos específicos, concretos y no habituales

La aplicación de esta modalidad contractual se produce tras la supresión del contrato para trabajo

²⁹³ En este sentido, MORENO MOLINA, J.A.: *Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentario a la Ley de Contratos de las administraciones Públicas tras la Ley 53/1999*, La ley, Madrid, 2000, pág. 643 y 644 que recoge la manifestación en este sentido de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 36/98, de 16 de diciembre de 1998.

²⁹⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", en AAVV: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2001, pág. 168.

específicos, concretos y no habituales, producida con la Ley 53/1999, supresión que se justificó por la necesidad de acabar con las dudas que planteaba su aplicación, pudiendo articularse la prestación de servicios profesionales mediante el contrato de consultoría y asistencia, según expresaba la Exposición de Motivos de esta Ley²⁹⁵. Sin embargo cabe señalar además como otra de las causas que originan su supresión la enorme conflictividad que originó su uso, habitualmente ocasionada por la excesiva frecuencia con la que la Administración recurrió al mismo, de modo que amplió en exceso su ámbito de aplicación, por lo que se ha afirmado que se efectuó un uso abusivo del mismo²⁹⁶. Uso abusivo que no parece vaya a evitarse mediante la supresión de este contrato, ya que los contratos administrativos vigentes también pueden dar pié al mismo tipo de utilización fraudulenta²⁹⁷.

²⁹⁵ Supresión que mereció valoración positiva por parte de la doctrina administrativista, véase en este sentido MORENO MOLINA, J.A.: *Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentario a la Ley de Contratos de las administraciones Públicas tras la Ley 53/1999*, cit., pág. 646. Sin embargo no considera positivo la no restricción de los contratos con profesionales a actividades de carácter intelectual que no supongan realización de tareas propias de empleados públicos.

²⁹⁶ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", cit., pág. 164.

²⁹⁷ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", cit., pág. 165.

En efecto, la determinación del ámbito de aplicación de estos contratos, para trabajos específicos, concretos y no habituales, se efectuaba en la ley de forma negativa, ya que se refería a trabajos que no estuviesen incluidos en los contratos de consultoría y asistencia o de servicios, además de atribuirse a esta modalidad contractual carácter excepcional. La funcionalidad de este contrato se relacionó con ejecución de obras o prestación de servicios profesionales, prestación de servicios de alta especialización, siempre con carácter circunstancial y esporádico²⁹⁸.

Los contratos administrativos para trabajos específicos, concretos y no habituales planteaban conflictos de delimitación con los contratos de trabajo, habiendo sido calificados por los Tribunales Laborales como relaciones laborales encubiertas en diversas ocasiones²⁹⁹.

La delimitación entre este contrato y el contrato de trabajo para obra o servicio determinado puede encontrarse en que el contrato administrativo no tiene por objeto una prestación de trabajo sino un trabajo

²⁹⁸ GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del derecho del trabajo*, cit., pág. 132.

²⁹⁹ En este sentido, véase el comentario a la STSJ Cataluña de 13 de diciembre de 2000 de PARDELL VEÀ, A.: "Falsos autónomos en la administración Pública", en *Revista de Derecho Social*, nº 13/2001, págs. 165 y ss. Pueden además, entre otras muchas, consultarse las SsTS de 2 de febrero de 1998, Ar. 1248, de 27 de abril de 1998, Ar. 3870, y de 13 de julio de 1998, Ar. 6170.

específico, no una actividad sino el resultado de la misma³⁰⁰.

Sin embargo, en la práctica, resultaba difícil de distinguir. Y ello porque como afirma la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: "la delimitación del ámbito laboral y el administrativo se mueve en zonas muy imprecisas, ante la idéntica alineación de las facultades para el trabajo, lo que llevó al legislador laboral, - artículo 3, a) del Estatuto de Trabajadores- y a la doctrina jurisprudencial a señalar como criterio diferenciador el ámbito normativo regulador, y no la naturaleza del servicio prestado, en forma tal que ese bloque normativo al que voluntariamente se acogen las partes es el que destruye la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1, lo que significa la necesidad de que el contrato incorpore expresamente esa remisión excluyente del orden social"³⁰¹.

Ello no debe impedir, sin embargo, que se analicen las posibles irregularidades que pudieran

³⁰⁰ Así la STS de 2 de febrero de 1998, Ar. 1248, pone de manifiesto el carácter excepcional de este contrato derivado de que su objeto "no es una prestación de trabajo como tal, sino un "trabajo específico", es decir un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final". Con anterioridad también la STS de 26 de octubre de 1992, Ar. 7842.

³⁰¹ STS de 2 de febrero de 1998, Ar. 1248.

existir en la contratación, lo que no devendrá en la alteración de la naturaleza jurídica de la relación³⁰².

3.4.3.- Delimitación contractual: contrato de consultoría y asistencia o contrato de trabajo

Las anteriores afirmaciones son igualmente trasladables a la distinción entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo de consultoría y asistencia.

En efecto, la determinación de la verdadera naturaleza jurídica de las prestaciones de servicios de profesionales a favor de la Administración Pública resulta también ahora de difícil deslinde, principalmente porque las actividades objeto del contrato de consultoría y asistencia pueden ser igualmente objeto de un contrato de trabajo para obra y servicio determinado, circunstancia que sin duda fue origen del ya señalado uso abusivo³⁰³.

Así pues en la labor de delimitación contractual debe realizarse un trabajo complejo: por un lado analizarse la adecuación de las actividades realizadas, y su modo de ejecución, a las previsiones legislativas sobre contratación administrativa. Pero además, una vez

³⁰² STS de 2 de febrero de 1998, Ar. 1248.

³⁰³ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", cit., pág. 170.

comprobado su desajuste procede analizar la posible inclusión en el ámbito de la normativa laboral³⁰⁴.

En este sentido, el TRLCAP exige, al igual que hacía la regulación anterior, unos requisitos de capacidad para la formalización de un contrato de consultoría y asistencia que pueden servir de criterio delimitador respecto a la contratación laboral de servicios.

En efecto, la formalización de estos contratos se efectúa con empresas adjudicatarias que "deberán ser personas físicas o jurídicas cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y se acredite debidamente y disponer de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato"³⁰⁵.

Esto es, el adjudicatario del contrato debe poseer una organización con elementos personales y materiales suficientes, exigencia que se convierte en requisito constitutivo del contrato sin cuya presencia el mismo se convierte en fraudulento³⁰⁶.

³⁰⁴ Doble comprobación que se señala como necesaria para la determinación de la naturaleza jurídica de las prestaciones a favor de la Administración Pública. PARDELL VEÀ, A.: "Falsos autónomos en la administración Pública", cit., pág. 181.

³⁰⁵ Artículo 197.1 del TRLCAP.

³⁰⁶ Como acertadamente señala ROQUETA BUJ, R.: "La contratación administrativa de personal: evolución", *Las*

La delimitación podrá así efectuarse desde un punto de vista subjetivo, analizando quien es el sujeto que contrata con la administración: si consiste en una persona física que únicamente aporta su prestación personal de servicios no cabe encuadrar dicha actividad en el contrato de consultoría o asistencia, ya que para ello se exige, como hemos visto, que el adjudicatario posea una organización con elementos materiales y personales.

En definitiva, de este modo, el adjudicatario no se comporta en su relación con la Administración como un trabajador, sino que estaríamos ante una figura más próxima al empresario o trabajador por cuenta propia. No nos hallamos por consiguiente en presencia de un trabajador por cuenta ajena.

Sin embargo, las opciones legislativas deberían haber considerado la posibilidad de establecer las modalidades contractuales mediante una mayor y más clara precisión conceptual, de manera que no se hubieran producido las dificultades de delimitación que ya existían en la regulación anterior. Conociendo las dificultades de deslinde con el contrato de trabajo, el esfuerzo debería haberse dirigido a este propósito, y no repetir el recurso a fórmulas descriptivas tan vagas y amplias, que sin duda facilitan el uso abusivo al

relaciones laborales en las Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, cit., págs. 201-202.

dificultar la determinación de la verdadera naturaleza jurídica del contrato.

3.5.- Profesionales liberales y docencia privada

3.5.1.- Cuestiones previas

Una de las actividades en las que se cuestiona la laboralidad con relativa frecuencia es la constituida por profesionales liberales que ejercen su profesión de forma autónoma e independiente y al tiempo son contratados para impartir clases en un concreto curso de formación.

El punto de análisis se sitúa una vez más en la distinción entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios, y en consecuencia es posible afirmar con rotundidad que se trata de una cuestión de límites, de fronteras entre el trabajo con plena autonomía y el trabajo dependiente.

La nota de laboralidad que se cuestiona es pues la subordinación o dependencia. Debe así analizarse si la prestación de servicios puede configurarse como trabajo subordinado, para lo que es necesario examinar si la impartición de clases se efectúa mediante la integración del profesional en el centro educativo o de formación, esto es, si existe o no sumisión del profesional al círculo organicista, rector y disciplinario del empleador.

No cabe duda de que encontramos la nota de dependencia si la actividad de los profesores se limita a impartir regularmente clases, siendo la academia o centro el que organiza las horas y la docencia, y cobra las

matrículas a los alumnos, con independencia de que concurren elementos tales como que el trabajador aparezca como autónomo y se celebre un contrato de arrendamiento de servicios³⁰⁷.

En efecto, en estos casos el profesional se sitúa dentro del ámbito de organización de la academia y por ello se da la nota de dependencia³⁰⁸.

3.5.2.- Criterios para el examen de la integración en el ámbito empresarial

Precisamente por ello, para efectuar el análisis de la naturaleza jurídica de esta relación, resulta necesario determinar cuándo el profesional se encuentra integrado en el ámbito empresarial de organización y dirección del centro en que imparte la docencia, y cuándo, por el contrario, el profesional realiza sus servicios organizándose de forma autónoma e independiente.

En efecto, el elemento que viene considerando la jurisprudencia y la doctrina judicial para la calificación jurídica de este tipo de actividades de enseñanza es si el personal contratado para dar clases se encuentra integrado en la estructura del centro de forma

³⁰⁷ LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, cit., pág. 80.

³⁰⁸ STS (3ª) de 24 de mayo de 1996, Ar. 4493.

más o menos acusada, participando en tareas distintas a la mera impartición de clases puntuales, y sometido al control de la entidad que retribuye sus servicios³⁰⁹.

Junto a este reconocimiento se añade también la necesidad de averiguar si la actuación se efectúa o no con una cierta habitualidad, de manera que la actividad vaya más allá de la esporádica y aislada colaboración en un concreto curso, seminario o actuación formativa³¹⁰.

Indudablemente la delimitación resulta más fácil de efectuar si la actividad no se limita a la impartición de un único curso o seminario, sino que responde a una actividad de carácter más o menos permanente.

En el primer caso lo más habitual será la celebración de un contrato no laboral aunque, como he señalado, también es posible el recurso a un contrato laboral temporal, previsto para la realización de una obra o servicio determinado. En cambio cuando se trata de una actividad regular o permanente resulta más factible el recurso al contrato de trabajo.

Se trata de este modo de encontrar la verdadera integración del profesional en el ámbito empresarial, pero se olvida mediante este punto de análisis que la contratación laboral también puede efectuarse para la prestación de servicios concretos, tales como la

³⁰⁹ En este sentido, STSJ de Cataluña de 20 abril de 1999, AS 5872, F.J° 2°.

³¹⁰ STSJ de Cataluña de 20 abril de 1999, AS 5872, FJ° 2°.

impartición de un único curso o seminario, mediante el recurso a la fórmula contractual prevista para la realización temporal de obra o servicios determinado.

En cualquier caso es posible encontrar una serie de elementos que facilitan la calificación de la relación contractual:

- Uno de los principales se centra en determinar a quien corresponde la determinación del contenido del curso a impartir, de las enseñanzas que constituyen la finalidad del mismo, así como la concreción de los horarios en que se vaya a efectuar.

- También resulta necesario determinar si los medios materiales empleados en la realización de la prestación corresponden al profesional, o por el contrario éste se inserta en una organización previa que no le corresponde.

- Del mismo modo, el análisis de la retribución nos permite llegar a algunas conclusiones. En efecto, debe analizarse si es el centro educativo el que retribuye al profesional, o por el contrario la retribución proviene directamente de las cuotas abonadas por el alumnado. O si la retribución se hace depender del número de alumnos matriculados, o por el contrario permanece impermeable a este criterio.

3.6.- Personal sanitario al servicio de entidades aseguradoras privadas

3.6.1.- Naturaleza jurídica de la prestación de servicios médicos

La prestación de servicios sanitarios puede responder a una gran variedad de fórmulas contractuales como consecuencia de la multiplicidad de relaciones que el profesional médico puede concertar para la prestación de sus servicios.

Además de la relación bilateral paciente-personal sanitario³¹¹, podemos señalar la existencia de prestaciones en centros sanitarios públicos, que puede ser consecuencia de una relación estatutaria, de una relación laboral³¹² o administrativa³¹³. También deben

³¹¹ En la que además de la relación esporádica o con frecuencia relativa, cabe la utilización de la fórmula de la *igualada*, consistente en un convenio entre el profesional y el cliente, por el que aquél presta sus servicios durante un cierto tiempo a cambio de una cantidad a tanto alzado anual, semestral o mensual. Véase MONTOYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A.: *Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas*, cit. pág.12.

³¹² STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de febrero de 1996, AS 390.

³¹³ En torno a la distinción entre el contrato administrativo, el arrendamiento de servicios y el contrato de trabajo de una prestación de servicios entre un médico y un ente público pueden verse las SsTSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de abril de 1995, AS 1739 y de

señalarse las relaciones en centros u hospitales privados, como consecuencia de un contrato de arrendamiento de servicios³¹⁴, de obra, de sociedad³¹⁵ o de un contrato de trabajo³¹⁶, así como los denominados médicos de empresa, que prestan servicios en entidades mercantiles que cuentan con servicios médicos propios,

Murcia de 29 de marzo de 1996, AS 1824. Incliniéndose por el arrendamiento de servicios entre un médico y un Ayuntamiento la STSJ de la Comunidad valenciana de 31 de julio de 1995, AS 3031. Respecto a los médicos militares dependientes del Patronato Militar del Seguro de Enfermedad se pronuncia la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 5 de marzo de 1996, AS 1134, declarando su naturaleza administrativa.

³¹⁴ SsTSJ de Madrid de 24 de octubre de 1996, AS 3083, de Cataluña de 19 de noviembre de 1998, AS 4680, de Cataluña de 29 de septiembre de 1999, AS 3341, de Navarra de 31 de diciembre de 1999, AS 4425, de Cataluña de 8 de octubre de 1999, AS 6439 y de Cantabria de 30 de agosto de 2000, AS 3334.

³¹⁵ SsTSJ de Extremadura de 23 de junio de 1995, AS 2460, de Cataluña de 28 de noviembre de 1997, AS 3946, de Madrid de 9 de febrero de 1999, AS 101.

³¹⁶ SsTSJ de Cataluña de 13 de junio de 1996, AS 2484, de Extremadura de 30 de junio de 1997, AS 2411, de Baleares de 28 de julio de 1997, AS 2786, de Baleares de 13 de noviembre de 1997, AS 4110, de Castilla-La Mancha de 23 de junio de 1998, AS 6135, de Madrid de 14 de octubre de 1999, AS 4617, de Madrid de 8 de julio de 1999, AS 2768; Sentencias del Juzgado de lo Social nº 1 de Pamplona de 11 de mayo de 2000, AS 1637 y de los TSJ de La Rioja de 7 de enero de 1997, AS 21 y de Cataluña de 30 de septiembre de 1999, AS 3740, éstas últimas entre médicos y Colegios Oficiales de Médicos, para prestar servicios en Centros de Reconocimiento Médicos, titularidad del Colegio.

con prestación de servicios que debe ser calificada de laboral³¹⁷.

Por su parte, en el supuesto de relación directa paciente-profesional médico el vínculo contractual puede también adquirir diferentes perfiles, ya que puede tratarse de un contrato de mandato, un arrendamiento de servicios, un arrendamiento de obra y por supuesto, un contrato de trabajo³¹⁸.

La inexistencia de un contrato de servicios médicos provoca de este modo que no todos los servicios sanitarios queden encajados en la misma figura jurídica, sino que en cada caso sea necesario el análisis de la naturaleza jurídica del contrato³¹⁹.

³¹⁷ SsTSJ de Castilla y León-Valladolid de 19 de diciembre de 1995, AS 4565, de Madrid de 8 de abril de 1999, AS 1341 y de Castilla y León-Burgos de 20 de diciembre de 1999, AS 4406.

³¹⁸ Sobre todas estas posibilidades puede consultarse GITRAMA GONZÁLEZ, M.: "configuración jurídica de los servicios médicos", en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dr. Ignacio Serrano y Serrano*, Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, Valladolid, 1965. También FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 34 y ss. También se refiere a la posibilidad de concertar lo que denomina contratos complejos con un equipo de profesionales sanitarios, y otros, como el contrato innominado y el contrato sui-generis. *Ob.cit.*, págs. 59 y ss.

³¹⁹ FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *El contrato de servicios médicos*, cit., pág. 68.

Ahora bien, dejando de un lado las dificultades de calificación en las relaciones individuales médico-paciente que comparte problemas comunes con otras relaciones de profesionales, y prescindiendo también de la prestación de servicios sanitarios públicos, así como del ejercicio colectivo o en grupo al que ya me he referido³²⁰, es la relación entre los médicos y las entidades aseguradoras la que, en este momento, destaca por las dificultades en la determinación de su naturaleza jurídica³²¹.

3.6.2.- La relación entre el médico y la entidad aseguradora

En efecto, una de las formas de prestación de servicios sanitarios privados se configura mediante la formalización de una relación contractual entre el profesional sanitario y una entidad aseguradora³²², de

³²⁰ Vide supra epígrafe 3.1 de este mismo Capítulo.

³²¹ MONTOYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A.: *Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas*, cit., págs. 12-13.

³²² Dentro de éstas cabe a su vez distinguir entre aquéllas que cuentan con cuadro facultativo propio de aquellas otras entidades que organizan sus prestaciones sin cuadro facultativo propio en cuyo caso existe libre elección de facultativo por parte del paciente. En este caso quien contrata con el médico es el paciente de forma directa. FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *El contrato de servicios médicos*, cit., pág. 98.

modo que aquél se compromete a la atención de los pacientes afiliados a esa entidad.

En estas relaciones el paciente no retribuye directamente los servicios prestados por el personal sanitario, sino que accede a ellos gracias a las cuotas que abona a la entidad, con la que ha formalizado un contrato de seguro, y es ésta la que retribuye al profesional por cada servicio prestado.

En estos casos se produce una intermediación de la entidad aseguradora en la relación entre el profesional y el paciente, de modo que puede afirmarse que estamos en presencia de una relación tripartita, en la que la relación del profesional y el paciente no tiene su origen en un contrato entre ambos, sino en la relación contractual entre el paciente y la entidad aseguradora, y entre ésta y el médico³²³.

La dificultad en la calificación deriva de la posibilidad de que se den, en el ámbito de la relación entre el médico y la entidad aseguradora, elementos de laboralidad, pese a su configuración formal como ajena al trabajo asalariado.

³²³ O como afirma la STSJ de Madrid de 24 de octubre de 1996, AS 3083: " ... la relación aseguradora de asistencia sanitaria prestada por la recurrente contiene una doble vertiente: la de la misma con el asegurado, con quien se compromete a suministrarle, llegado el caso, unos servicios y una asistencia facultativos ordinarios y de urgencia y la de la citada entidad con el facultativo de quien, como profesional

Sin embargo, el estudio de la normativa vigente y el análisis de la doctrina judicial reflejan una combinación de elementos de naturaleza jurídica ajena a la laboralidad que, como se verá, inclinan la calificación de este tipo de relación jurídica hacia perspectivas extramuros del contrato de trabajo, aunque también es posible la configuración de la relación como asalariada, pero únicamente en los casos en que se produce una verdadera integración del profesional en la entidad.

3.6.2.1.- Reseña histórica de la normativa aplicable

El estudio de la normativa vigente que resulta aplicable a las relaciones profesionales de los médicos con la entidades médico-farmacéuticas debe iniciarse por efectuar una breve reseña histórica sobre la cuestión. En este sentido debe comenzarse por poner de relieve la Orden del Ministerio de Trabajo de 4 de octubre de 1946³²⁴ que reguló estas prestaciones de servicios.

La misma fue derogada por la Orden del Ministerio de Trabajo de 12 de febrero de 1964³²⁵ que aprobó la Reglamentación Nacional de Trabajo de los médicos al servicio de tales entidades.

liberal, arrienda los servicios y aquélla satisface, por acto médico, una cantidad ...".

³²⁴ Repertorio Aranzadi de legislación n° 1529/1946.

Las dificultades se centraban en la determinación de la norma a aplicar, esto es, si a la prestación de servicios en cuestión resultaba de aplicación esta norma o por el contrario, la Orden del Ministerio de Gobernación de 14 de enero de 1964³²⁶, que regulaba las relaciones de Aseguradoras con el personal médico no vinculado a las mismas por dependencia laboral, dándose una confusa regulación reglamentaria de la cuestión³²⁷.

De acuerdo con la Reglamentación de Trabajo se daba dependencia laboral en la prestación de médicos al servicio de entidades de asistencia médico-farmacéutica cuando se dieran circunstancias como la exclusividad en la prestación de servicios³²⁸, la retribución periódica en forma de *abono de un sueldo mensual o por cada asegurado*, el lugar de trabajo y el control empresarial: *recibir a*

³²⁵ Repertorio Aranzadi de legislación n° 394/1964.

³²⁶ Repertorio jurídico Aranzadi n° 455/1964 (BOE de 27 de febrero de 1964), modificada por Orden de 1 de julio de 1965. Por su parte la orden de 30 de mayo de 1967 (BOE 28 de junio) aprueba el modelo de contrato confeccionado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.

³²⁷ En este sentido, MONTOYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A.: *Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas*, cit., pág. 13.

³²⁸ Elemento que resulta suavizado en la propia Orden ya que por un lado, en cualquier caso se establece que la exclusividad se impone *con independencia del libre ejercicio, que no podrá ser prohibido al médico en ningún caso*, pero además, se admite el desempeño de otro destino, *de carácter oficial o privado, siempre y cuando no sea más que uno el desempeñado fuera de la entidad.*

los enfermos en locales o consultorios de las entidades o en los particulares del médico, si así lo hubiesen acordado, siempre que se atendiese a los pacientes de la entidad en horario convenido que fuese distinto del dedicado por el médico a sus restantes actividades³²⁹.

Dicha norma también regulaba la organización de los servicios médicos de las entidades, debiendo destacar que debían dar libertad a sus asociados para que pudieran elegir libremente médico de entre los que prestaban servicios en una determinada zona³³⁰, que la suplencia de éstos, en sus ausencias, correría a cargo de la entidad³³¹ y que el tiempo dedicado a la recepción de enfermos, en las consultas, sería de una hora diaria, salvo domingos y festivos, que se fijaría de mutuo acuerdo entre médico y entidad³³², debiendo disponer éstas de un servicio de urgencia médica, que podía convenirse con sus propios facultativos a cambio de un incremento del 20% en sus retribuciones³³³.

Por su parte, la mencionada Orden del Ministerio de Gobernación de 14 de enero de 1964³³⁴ facultaba la

³²⁹ Artículo 1.

³³⁰ Artículo 10.

³³¹ Artículo 29.

³³² Artículo 17.

³³³ Artículo 19.

³³⁴ Que regula las relaciones de aseguradoras con el personal médico no vinculado a las mismas por

organización de las entidades aseguradoras mediante dos fórmulas, con cuadro facultativo propio y sin cuadro facultativo propio y pago por acto médico, en modalidad que conllevaba la libre elección de facultativo por parte del beneficiario³³⁵.

En el caso de que la elección fuera por la segunda de esas modalidades, tanto en servicios completos como limitados, se disponía en el artículo 4 de dicha Orden que concertaran con los Colegios Provinciales respectivos los oportunos convenios con la finalidad de permitir que los colegiados que lo desearan pudieran prestar los servicios asistenciales a los beneficiarios de la entidad.

Ese mismo precepto regulaba las tarifas a percibir, en esa modalidad, por los facultativos en función de un precio por acto médico (que podía sustituirse por un sistema de iguala con precio igualmente fijado), junto con determinadas indemnizaciones, entre las que se incluía una por utilización del consultorio privado del médico.

Conviene señalar que dicha norma no regulaba el modo en que el facultativo habría de prestar el servicio, a diferencia de lo que acontecía en la modalidad de atención con facultativos propios³³⁶.

dependencia laboral, modificada por Orden de 1 de julio de 1965.

³³⁵ Artículo 2.

³³⁶ Artículo 13.

Pues bien, pese al declarado diferente ámbito de aplicación de las órdenes es posible apreciar en ellas elementos reiterados³³⁷ que, sin lugar a dudas, dificultan la calificación jurídica de una prestación de servicios. Así en ambos se refiere a la exigencia o asignación de un cupo mínimo de asegurados al facultativo³³⁸; la posibilidad de que la prestación de servicios se efectúe en el consultorio propiedad de la entidad³³⁹, así como que la duración exigida para la recepción de enfermos sea de una hora, y que no sea obligatoria más que en días laborales³⁴⁰.

La derogación de las Reglamentaciones de trabajo se produjo el 31 de diciembre de 1994, de conformidad con lo señalado en la disposición transitoria segunda del Estatuto de los Trabajadores.

Pero además debe señalarse que la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, deroga expresamente, en su Disposición Derogatoria Única tanto la Orden de 14 de enero de 1964

³³⁷ Así lo ponen de manifiesto MONTOYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A.: *Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas*, cit., pág. 14.

³³⁸ Artículo 1.a de la Orden de 12 de febrero de 1964 y 13.II.h de la de 14 de enero de 1964, ésta última para el caso de las entidades con cuadro facultativo propio.

³³⁹ Artículo 15 de la Orden de 12 de febrero de 1964.

³⁴⁰ Artículo 17 de la Orden de 12 de febrero de 1964 y 13.II.a) de la de 14 de enero de 1964.

del Ministerio de la Gobernación, sobre relaciones de aseguradores con el personal médico no vinculado por dependencia laboral, la Orden de 1 de junio de 1965, del Ministerio de la Gobernación, por la que se modifica la anterior, como también la Orden de 30 de mayo de 1967, del Ministerio de la Gobernación; sobre contrato con los médicos de asistencia médico-farmacéutica.

De modo que del denso panorama de normas reguladoras de las relaciones dependientes y no dependientes del personal médico y las entidades aseguradoras hemos pasado a la autonomía de la voluntad como fuente principal generadora de las obligaciones entre estos sujetos, siendo el contrato de arrendamiento de servicios el más recurrido para la cobertura legal de estas prestaciones, y en el que la única e importante peculiaridad a resaltar es que no se celebra entre el que recibe el servicio y el que lo presta, sino que concurre la intermediación de un tercer sujeto, la entidad aseguradora.

3.6.2.2.- Las relaciones de los médicos y las entidades aseguradoras en la doctrina judicial

En el análisis que se efectúa es posible incluir los elementos que la doctrina judicial ha utilizado en general para la delimitación de prestaciones de servicios médicos, pues es fácilmente apreciable la existencia de unas líneas de valoración permanentes, que cabe extrapolar a las relaciones entre los médicos y las mencionadas entidades aseguradoras, y que se señalan a continuación. Las conclusiones a las que conducen esas

constantes en la investigación no son, por el contrario, tan indiscutibles.

En efecto, en el estudio de los caracteres de laboralidad y de no laboralidad de prestaciones médico-sanitarias suele ser punto de encuentro la determinación de existencia de indicios que podemos relacionar con el sometimiento a organización y disciplina ajenos, o por el contrario, concurrencia de autoorganización en la prestación de servicios.

Así, desde este punto de vista se pone de relieve que habitualmente no existen una jornada ni un horario de trabajo determinados por la entidad, sino mayoritariamente por el propio profesional, de modo que existen facultades para por ejemplo variar los días de consulta³⁴¹.

También desde este mismo enfoque resulta preciso poner de relieve a quien corresponde la propiedad de locales, dependencias o consultas, y si existe contrato de arrendamiento de los mismos o, por el contrario, se disfruta de un uso gratuito no sólo de aquéllos sino también de servicios comunes como secretaría, teléfono, limpieza, quirófanos etc.³⁴².

³⁴¹ SsTSJ de Cataluña de 28 de noviembre de 1997, AS 3946 y de 19 de noviembre de 1998, AS 4680.

³⁴² Sobre estas cuestiones pueden verse las SsTSJ de Baleares de 28 de julio de 1997, AS 2786 y de Navarra de 31 de diciembre de 1999, AS 4425. Declarando la laboralidad por no producirse el abono de gastos la

Asimismo, en ocasiones, se acude al análisis de la facultad o posibilidad de aceptar o rechazar tareas, si ésta depende de la voluntad de los profesionales o, por el contrario de la entidad³⁴³.

Pero si existen elementos reiterados en este tipo de análisis judicial no puede negarse que son fundamentalmente dos: la forma de retribución y las posibilidades del profesional o de la entidad para nombrar personal sustituto.

En el primer caso se sitúa el acento del análisis en la concurrencia o no de la nota de ajenidad, mientras que en el segundo si recae sobre el profesional la facultad de nombrar sustituto resulta ajena al carácter personalísimo propio de la prestación laboral³⁴⁴.

Comenzando por el análisis de las formas de retribución se pone de manifiesto que la existencia de una retribución fija por tiempo de actividad resulta propia del contrato de trabajo³⁴⁵, mientras que, por el

Sentencia del TSJ de Baleares de 15 de diciembre de 1998, AS 6598.

³⁴³ Sentencia del TSJ de Navarra de 31 de diciembre de 1999, AS 4425.

³⁴⁴ MONTROYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A.: *Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas*, cit., pág. 14, consideran ésta nota la piedra de toque de cierta seguridad a la hora de distinguir la naturaleza civil o laboral de la prestación de servicios.

³⁴⁵ Recordemos que así lo había previsto ya la Orden de 12 de febrero de 1964, en su artículo 1. También

contrario lo habitual en estas relaciones es que sea variable y en función del número de asistencias realizadas, por lo que queda de este modo asociada al riesgo del negocio³⁴⁶. O bien está compuesta de una cantidad fija más otra variable por acto médico realizado, opción ésta que resulta más próxima a la retribución salarial³⁴⁷.

Así la forma de percepción de los honorarios no se produce directamente de los pacientes, sino que en todo caso éstos entregan al profesional cheques o talonarios percibidos de la entidad, y es ésta la que con posterioridad los hace efectivos. O bien la retribución tiene lugar a tanto alzado por asegurado y por acto sanitario singular³⁴⁸.

En cualquier caso lo que resulta habitual es que los pacientes no abonen cantidad alguna, y que además sea la entidad la que determina el importe, estableciendo una cantidad fija por cada acto médico o visita³⁴⁹. Sin embargo no debe olvidarse que, pese a todo, la

se recoge en la STSJ de Madrid de 14 de octubre de 1999, AS 4617.

³⁴⁶ Sentencia del TSJ de Cataluña de 8 de octubre de 1999, AS 6439.

³⁴⁷ Esta posibilidad en STSJ de Madrid de 30 de octubre de 1995, AS 3932.

³⁴⁸ SsTSJ del País Vasco de 9 de noviembre de 1999, AS 3799 y de Navarra de 31 de diciembre de 1999, AS 4425.

³⁴⁹ SsTSJ de Madrid de 30 de octubre de 1995, AS 3932 y de Madrid de 24 de octubre de 1996, AS 3083.

retribución por acto no puede considerarse ajena y excluyente de la laboralidad³⁵⁰.

El último de los elementos que se analiza viene referido a la concurrencia o no de una relación *intuitu personae*, criterio que resulta muy habitual en las sentencias de calificación de este tipo de prestaciones de servicios. Ciertamente en estas relaciones resulta muy frecuente la posibilidad efectiva de que el profesional sea sustituido, nombrando el propio profesional a su sustituto, autoorganizando sus ausencias o periodos vacacionales³⁵¹, debiendo distinguirse a efectos de calificación contractual si se trata de una posibilidad de uso frecuente y no puramente ocasional y excepcional, con total libertad para ser sustituido por un tercero en la prestación del servicio, incluso con pago directo al sustituto por parte del propio interesado³⁵², y sin necesidad de pedir autorización para ello³⁵³ o, por el contrario, se establece la necesidad de comunicar las

³⁵⁰ En este sentido, MONTOYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A.: *Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas*, cit., págs. 18 y 19.

³⁵¹ SsTSJ de Madrid de 24 de octubre de 1996, AS 3083, de Cataluña de 28 de noviembre de 1997, AS 3946, de Cataluña de 19 de noviembre de 1998, AS 4680, de Cataluña de 8 de octubre de 1999, AS 6439 y de Cataluña de 29 de septiembre de 1999, AS 3341.

³⁵² STSJ de Cataluña de 8 de octubre de 1999, AS 6439.

³⁵³ STSJ de Madrid de 30 de octubre de 1995, AS 3932.

ausencias a la entidad³⁵⁴, o bien, éstas constituyen un acontecimiento puramente marginal³⁵⁵.

Con carácter habitual la facultad de nombrar sustituto debería corresponder a la entidad si la relación es laboral, y al profesional si, por el contrario, es una relación civil. Por ello únicamente es posible admitir la laboralidad en caso de sustituciones efectuadas a juicio y criterio del profesional si se efectúa una relajación del carácter personalísimo del contrato de trabajo y, por ejemplo, nos hallamos ante un evento ocasional o esporádico, es decir, de escasa entidad.

Si una conclusión resulta innegable es que nos hallamos ante una dificultad manifiesta de suministrar una respuesta unívoca para este tipo de prestación de servicios, existiendo dos polos en los que resulta fácil efectuar la calificación, y una serie de supuestos intermedios en los que, por el contrario, deberá estarse al estudio concreto de la prestación y a la valoración ponderada de los elementos concurrentes.

Los únicos supuestos claros son aquellos en los que la entidad únicamente funciona como procuradora de pacientes, organizando el médico su prestación, con

³⁵⁴ Sentencia del TSJ del País Vasco de 9 de noviembre de 1999, AS 3799.

³⁵⁵ SsTSJ de Extremadura de 30 de junio de 1997, AS 2411 y de Madrid de 23 de febrero de 1999, AS 782.

libertad de horario, de sustitución y sobre todo, de aceptación o rechazo de cada acto médico concreto o, por el contrario, aquellos en los que el personal sanitario se integra en una organización médica, sometiéndose a horarios de consulta determinados por la entidad, órdenes de sustitución efectuados por ésta, y retribución más o menos fija y periódica, manteniendo únicamente la independencia técnica que siempre debe concurrir, incluso en el ejercicio asalariado de profesiones liberales.

**CAPÍTULO TERCERO: LÍMITES EN EL DESARROLLO
DEL CONTRATO DE TRABAJO: PODER DE DIRECCIÓN Y
PROFESIONAL ASALARIADO**

1.- Autonomía técnica y dependencia jurídica

El criterio de delimitación más decisivo entre las relaciones civiles de prestación de servicios y el contrato de trabajo es la determinación de existencia o no de dependencia jurídica entre las partes. En efecto, la celebración de un contrato de trabajo supone la existencia de una relación de dependencia o subordinación del trabajador al empresario, lo que determina una posición de sumisión al conjunto de poderes empresariales por su inserción en un ámbito organizativo que le es ajeno, circunstancia que no concurre en las prestaciones civiles de servicios.

Pese a ello la noción de dependencia, y en consecuencia las relaciones laborales, no responden a un modelo único y rígido de prestación de servicios, sino que en el desarrollo de las mismas es posible apreciar un conjunto de situaciones muy dispares, que no resulta incompatible con el reconocimiento, en algunos casos, de ciertos espacios de autonomía al trabajador, que no van a suponer la conversión del sujeto en trabajador autónomo¹,

¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Contrato de trabajo y autonomía del trabajador", en AAVV: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 21; también en "Contrato de trabajo y autonomía del

ya que el criterio definidor de la dependencia ha de ser la verdadera inserción del prestador de servicios en la empresa.

Ésta es la situación en que se encuentran los *profesionales asalariados* a los que, como consecuencia de sus conocimientos científicos, técnicos o intelectuales, es necesario reconocerles un espacio de autodeterminación de su prestación de trabajo, que se ha venido a denominar autonomía técnica, y que, como veremos, se compatibiliza con la dependencia jurídica propia de una relación laboral.

trabajador", en AAVV: *Presente y futuro de la contratación laboral y de las pensiones*, coord. por MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., Comares, Granada, 2000, págs. 419 a 446.

1.1.- Autonomía técnica y contrato de trabajo

Como ya he señalado, cuando el trabajador asalariado, que presta sus servicios inserto en el ámbito de organización y dirección de un empresario, es un profesional titulado, la relación laboral adquiere peculiaridades específicas. El trabajador, condicionado por su posición de personal con conocimientos intelectuales o técnicos cualificados, deberá mantener un margen de autonomía o libertad.

En este sentido ha destacado LEGA² que en las relaciones de trabajo subordinado el trabajador intelectual, cuanto más alto es el grado que ocupa en la escala jerárquica empresarial (...) tanto más goza de autonomía técnica y de amplias facultades discrecionales, por lo que el vínculo de subordinación se relaja notablemente, reduciéndose al mero aspecto jerárquico.

En efecto, de los cuatro aspectos en que cabe desglosar el concepto de dependencia (personal, técnica, económica y jurídica), la subordinación técnica, entendida como sumisión a las normas técnico-profesionales que imparte el empresario, no existirá en

² LEGA, C.: *Le libere professioni intelletuali*, A. Giuffré, Milán, 1974, pág.564.

los casos en que los conocimientos técnicos del trabajador son superiores a los del empresario³.

De este modo, encontraremos una relación de trabajo en la que concurre autonomía en la actividad pura y estrictamente profesional, y subordinación en cuanto a las obligaciones contractuales⁴.

³ MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. 71. En los mismos términos MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *La contratación laboral de servicios profesionales*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1988, pág. 24. Respecto a la contratación laboral de servicios médicos MONTOYA MELGAR/CÁMARA BOTIA: *Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 11, han afirmado: "... el círculo de autonomía técnica para el ejercicio de la profesión médica queda fuera del ámbito del poder de dirección empresarial, sin que ello impida la existencia de dependencia jurídica y, por tanto, de contrato laboral". También ALONSO PÉREZ, M^a.T.: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 77.

⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, ed. Reus, Madrid, 1989, pág. 61. Respecto a la actividad laboral de los médicos, puede verse GITRAMA GONZÁLEZ, M.: "Configuración jurídica de los servicios médicos", en *Estudios de derecho público y privado*, Ofrecidos al profesor Serrano y Serrano, Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, Valladolid, 1965, pág. 362: "Siempre que se den los requisitos de existencia de contrato de trabajo - subordinación o dependencia mayor o menor no obstante la interna autonomía técnica del médico para desarrollar su actividad terapéutica, continuidad, estabilidad, permanencia...- y que los servicios del médico así enrolado sirvan a la actividad normal del patrono habrá contrato de trabajo". También MARTÍNEZ-CALCERRADA, L.: *La responsabilidad civil profesional*, Colex, Madrid, 1999, pág. 285.

Es en este sentido, en el que resulta interesante establecer la distinción entre independencia externa e independencia interna⁵. La primera, la independencia externa, se da únicamente en el ejercicio libre de la profesión, y viene así referida al modo en que ésta se lleva a cabo: por cuenta y bajo la dirección del propio profesional. En consecuencia la independencia externa nunca se dará en el caso de profesionales asalariados, en los que por el contrario, la prestación de servicios se realiza siempre por cuenta y bajo la dirección de un empresario.

En sentido contrario, la independencia interna concurre tanto en las prestaciones asalariadas como autónomas, y consiste en la posibilidad del profesional de elegir y determinar procedimientos, medios y formas de llevar a cabo el objeto de la prestación. Aún en el ejercicio asalariado de profesiones tituladas, el trabajador, determinado por sus conocimientos técnicos en general superiores a los del empresario, debería situarse al margen de posibles órdenes e instrucciones de éste, manteniendo su libertad de criterio. En estos casos, la dependencia jurídica y económica no compromete la autonomía técnica del profesional⁶.

⁵ Véase esta distinción en GARCÍA PÉREZ, R.: *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 21 y 34.

⁶ ALONSO PÉREZ, M^a.T.: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, cit., pág. 80.

En definitiva, el conjunto de facultades empresariales que conforman el concepto de dependencia jurídica (facultad organizativa, facultad de especificación, *ius variandi* y facultad de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, facultad de vigilancia y control, y facultad disciplinaria) necesariamente permanecen en la relación laboral desarrollada por un profesional, pero su ámbito de aplicación sufre una *reducción* o modalización por la flexibilización del concepto de subordinación ante la existencia de un espacio en que, como regla general, no deben tolerarse injerencias del empresario.

El profesional asalariado dispone así, en el desarrollo de la prestación, de autonomía en el modo de llevar a término el servicio, lo que se ha denominado *la independencia dentro de la subordinación*⁷.

La aceptación de que el contrato de trabajo es compatible con la autonomía técnica fue reconocida en sede jurisprudencial a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de octubre de 1940⁸, y se ha mantenido posteriormente, observándose la necesidad de que los servicios prestados por trabajadores intelectuales gocen de un cierto margen de autonomía

⁷ BORRAJO DACRUZ, E.: "Sindicatos y Colegios profesionales: notas para su estudio", en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, n° 22/1982, pág. 72.

⁸ Ar. 940.

científica que debilita la dependencia⁹. También en la doctrina judicial se mantiene esta compatibilidad entre autonomía científica y dependencia jurídica¹⁰.

Ello no obstante, es fácil encontrar también pronunciamientos judiciales en los que se utiliza como indicio de existencia de contrato civil de arrendamiento de servicios la falta de sujeción a las directrices técnicas del cliente-empresario¹¹, lo que claramente contraría la posición mantenida y, en mi opinión, resulta carente de lógica.

⁹ Como ejemplos pueden verse las siguientes Sentencias del TS: 19 de abril de 1966, Ar. 2145; 11 de enero 1967, Ar. 636; 4 de diciembre 1967, Ar. 4928; 27 de diciembre 1976, Ar. 5551; 16 de diciembre 1981, Ar. 7501; 11 de diciembre 1989, Ar.8947; 24 de febrero 1990, Ar. 1911; 21 de mayo 1990, Ar. 4993; 27 de marzo 1996, Ar. 2612, y 31 de marzo 1997, 3578.

¹⁰ Véanse las siguientes: SsTSJ Extremadura de fechas 30 de junio de 1997, AS 2411, 12 de noviembre de 1997, AS 4059, 6 de mayo de 1992, AS 2559; STSJ de Cataluña de 13 de junio de 1997, AS 2484; SsTSJ de La Rioja 7 de enero de 1997, AS 21 y 15 de abril de 1997, AS 1291; STSJ del País vasco 8 de octubre de 1996, AS 3707; STSJ de Madrid 9 de octubre de 1995, AS 3895, STSJ de Andalucía-Sevilla 15 de noviembre de 1993, AS 4939, STSJ de Baleares de 10 de febrero de 1992, AS 522, entre otras.

¹¹ En este sentido, puede verse GARCÍA RUBIO, A.: "Criterios jurisprudenciales en materia de calificación contractual de los servicios prestados por abogados", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 21/1996. Como ejemplos las SsTSJ de Madrid de fechas 10 de diciembre de 1993, AS 5533 y 5530 y 18 de octubre de 1993, AS 4657.

En efecto, la contratación laboral de un profesional titulado, con conocimientos intelectuales, técnicos y científicos, se justifica por la utilidad que el empresario puede obtener del mismo, lo que no es compatible con la existencia de órdenes e instrucciones relativas al cómo llevar a término las funciones asignadas, porque sobre esto los conocimientos del trabajador/profesional son superiores a los del empresario, y además el contrato ha sido celebrado en función de la titulación que posee el trabajador. Esto ocurrirá ciertamente en la contratación de un profesional asalariado por parte de un empresario que, a su vez, no es profesional, y que contrata bien para servirse él mismo de los servicios del profesional, bien para que sean posibles clientes (del empresario) los que hagan uso de esos servicios¹².

La situación variará si el empresario es, a su vez, profesional, y su actividad tiene el mismo contenido que la del profesional contratado. En este último caso resulta más dudoso que se pueda hablar de intromisiones ilegítimas cuando el profesional-empresario dicte órdenes e instrucciones de carácter técnico, desde la perspectiva de que el empresario sí posee los conocimientos propios de la titulación que ampara el ejercicio de una determinada profesión. Es necesario, de este modo, tener

¹² Estos supuestos son lo que se ha denominado respectivamente "profesional de un solo cliente" y "profesional sin cliente". Véase en este sentido GARCÍA PÉREZ, R.: *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, ob.cit., pág. 29.

en cuenta que los conocimientos técnicos del profesional-empresario otorgan validez a sus posibles órdenes e instrucciones. Pero a su vez no puede olvidarse que esos conocimientos le permiten también una mayor capacidad para respetar la libertad de decisión del profesional asalariado¹³, y que, en su caso, lo que debe mantenerse es la libertad de criterio que corresponde al profesional que ejercita directamente la actividad de que se trate.

No obstante, uno de los supuestos en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es más reacia a reconocer vínculos de laboralidad es el de las agrupaciones de profesionales. Así, en la Sentencia de 23 de enero de 1990¹⁴ el Tribunal argumenta que *en principio, es claro que la existencia de un grupo de abogados que trabajan en un mismo despacho no implica relación laboral entre la persona más caracterizada del grupo y el resto de sus miembros, pese a que lleve las funciones de dirección del grupo, pues todo grupo que actúa precisa una ordenación, mas ello no implica carácter laboral de las relaciones, siempre que ello no suponga dependencia empresarial (Fundamento Jurídico Tercero)*¹⁵.

¹³ En este sentido, MIALON, M.F.: "Le salariat dans les professions libérales", *Droit Social*, nº 7-8, 1978, pág. 290, para quien en estos casos se debe imponer un respeto más importante a la independencia intelectual.

¹⁴ Ar.197.

¹⁵ Tampoco se aprecia laboralidad en la relación de servicios entre profesionales que se recoge en la STS 9 de febrero de 1990, Ar.886. Respecto a la

La posición del Tribunal de excluir en principio la laboralidad de los servicios prestados entre profesionales es, ciertamente, cuestionable, y responde a una tendencia a aplicar a los trabajadores intelectuales una presunción de no laboralidad o trabajo libre que de manera sistemática deben neutralizar para obtener la calificación laboral de su relación, acreditando que concurrían todos los requisitos típicos de la relación laboral¹⁶, y que es muestra de la tendencia civilista de los tribunales en orden a enjuiciar este tipo de prestaciones de servicios¹⁷, y de las reticencias a considerar laborales las prestaciones de servicios intelectuales, en las que se actúa con mayor rigidez que en las prestaciones manuales.

colaboración entre profesionales bajo la dirección única y centralizada de uno de ellos puede verse LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., pág. 463 y ss.

¹⁶ Ampliamente LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., págs. 454 y ss.

¹⁷ GARCÍA RUBIO, A.: "Criterios Jurisprudenciales en materia de calificación contractual de los servicios prestados por abogados", cit., pág.113.

1.2.- Contenido de la autonomía técnica

Respecto al margen de autonomía o libertad técnica de que disfruta el profesional asalariado, en comparación con el resto de trabajadores, cabe señalar que no es, desde luego, comparable con la que otorga el contrato de arrendamiento de servicios al profesional en ejercicio libre de su profesión.

El profesional asalariado se mueve así entre dos fronteras: en el nivel superior se ubica el ejercicio libre de la profesión y en el inferior el trabajador asalariado sin cualificación.

En el caso de los profesionales liberales se puede afirmar que su margen de autonomía no permite intromisiones del *cliente*, encontrando únicamente límites en las normas propias de la profesión (deontológicas y corporativas o colegiales). El profesional liberal no se sitúa, en ningún caso, en posición de obediencia, pues, como es sabido, en su relación no concurre dependencia. En cambio, el profesional asalariado debe encontrarse en situación de obediencia para que pueda ser calificado como trabajador dependiente.

En el nivel inferior, se sitúa el trabajador asalariado sin cualificación, para el que la dependencia jurídica incluye la subordinación técnica al empresario.

Así, se ha afirmado que se trata de una categoría de trabajadores *intermedia* entre los asalariados y los

trabajadores independientes, compartiendo características comunes a ambas; de un lado, adquiere la seguridad en el trabajo y las prerrogativas sociales que conlleva la formalización de una relación laboral, pero de otro, conserva la independencia técnica propia de sus conocimientos¹⁸.

Será necesario, por consiguiente, determinar cuál es el ámbito material de esa independencia técnica.

En el ejercicio libre de las profesiones se dispone de las libertades de aceptación, de concepción y de ejecución¹⁹. La libertad de aceptación comprende la facultad de rechazar o asumir tareas encomendadas²⁰. La libertad de concepción supone que el profesional decide el modo de llevar a cabo sus servicios. La libertad de ejecución presume la autonomía en la actuación del

¹⁸ MIALON, M.F.: "Le salariat dans les professions libérales", cit., págs. 288 y ss.

¹⁹ Véase esta triple clasificación en LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, cit., pág. 477 y ss.

²⁰ Así se rechaza la laboralidad del vínculo en las prestaciones de servicios en las que el trabajador dispone de esta facultad de aceptar o rechazar encargos: STSJ Andalucía-Málaga de 18 de junio de 1993, AS 2752, concerniente a una relación de Informador de turismo; también STSJ Madrid de 7 de mayo de 1993, AS 2574, en un supuesto de perito tasador de seguros con posibilidad de rechazar peritaciones. El mismo supuesto en STSJ de Madrid de 2 de noviembre de 1992, AS 5672.

profesional, la libre organización y dirección de los servicios a prestar²¹.

En el desarrollo de una relación laboral con un profesional, el juego de esta triple clasificación de libertades de actuación adquiere rasgos singularmente diferentes.

Lo que nunca podrá mantenerse es que el profesional asalariado disponga de la posibilidad de aceptar/no aceptar el trabajo encomendado, pues, en ese caso, no puede sostenerse que el trabajador esté a disposición del empresario²². Las órdenes empresariales

²¹ Así en STS 26 de mayo de 1983, Ar. 2426, en que se gozaba de plena autonomía en cuanto al desarrollo de sus funciones, en cuanto a asistencias y horario laboral, disciplina interna e incluso distribución entre sí de la retribución. Igualmente si el trabajador goza de la facultad de determinar su horario de trabajo (STSJ Castilla y León- Valladolid de 30 de marzo de 1993, AS 1232), o además de ello la organización y dirección de los pacientes (STSJ Madrid 28 de enero de 1993, AS 347), excluyéndose de este modo la posibilidad de recibir órdenes e instrucciones del empresario.

²² Según la opinión manifestada por MONTOYA MELGAR/CÁMARA BOTÍA: *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 24: "si el abogado carece de la facultad de aceptar o rechazar el asunto encomendado se encuentra inmerso en el ámbito de organización y dirección de un empresario". También en la jurisprudencia (SsTS de 30 de noviembre de 1987, Ar.8085; de 8 de octubre de 1992, Ar.7622) y en la doctrina judicial se mantiene esta afirmación, y así puede verse en STSJ Andalucía/Sevilla de 25 de septiembre de 1998, AS 3089, FJ° 2°: "...la facultad de un profesional de rechazar tareas ofrecidas ... son indicadores inequívocos de la prestación de los servicios profesionales en régimen de autonomía".

relativas a los asuntos, tareas o funciones que deben ser asumidas por el trabajador se acogen al régimen ordinario de la relación laboral y, por tanto, deberán ser obedecidas, siempre que la orden sea dada dentro del marco de las atribuciones regulares del empresario, esto es, siempre que el poder de dirección sea regular y, en consecuencia, no se ejercite de forma abusiva, arbitraria o peligrosa²³.

Resulta fácil establecer de este modo una diferencia entre el régimen asalariado de profesionales y los no asalariados, pues éstos últimos son los que mantienen esa facultad de aceptar cada uno de los actos profesionales ofertados por el cliente, mientras que en el ejercicio asalariado esta facultad no queda en manos del profesional²⁴.

El profesional asalariado únicamente conserva la libertad de concepción, e incluso puede admitirse un

²³ MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965; del mismo autor "Dirección de la actividad laboral", en *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, tomo V, EDERSA, Madrid, 1985, pág. 137; también "El poder de dirección del empresario", en AAVV: *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, tomo I, n° 100, marzo-agosto 2000, págs. 587-588. También ROMÁN DE LA TORRE, M^a D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, ed. Grapheus, Valladolid, 1992, pág.349 y 350.

²⁴ Respecto a los servicios médicos puede verse, en este sentido, GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del derecho del trabajo*, ed. Comares, Granada, 1999, pág. 20.

cierto grado de libertad de ejecución, aunque éste último supuesto no es aceptado por la jurisprudencia, para la que en muchas ocasiones los indicios clásicos de dependencia (especialmente de tiempo y lugar de trabajo) continúan siendo demasiado determinantes. En efecto, con demasiada frecuencia la jurisprudencia continua acudiendo a indicios tales como la existencia de horario, jornada de trabajo y vacaciones, determinados por el empresario y similares a los del resto de trabajadores y, en consecuencia, asistencia regular a un centro de trabajo, para calificar las prestaciones de servicios de profesionales titulados²⁵. De este modo, se olvida que el ejercicio de estas profesiones no puede ajustarse a los tópicos de laboralidad que acompañan al contrato de trabajo desde sus orígenes, sino que, por el contrario, en la mayoría de las ocasiones no resultan compatibles con la existencia de un horario de trabajo rígido o con la permanencia en el lugar de trabajo habitual. Piénsese en este sentido en la contratación laboral de un abogado, de un arquitecto o ingeniero que conllevará seguramente la necesidad de que permanezcan fuera del centro de trabajo con bastante asiduidad. O en el caso de personal sanitario contratado para efectuar asistencias a

²⁵ Así resulta relevante la prestación del servicio dentro de las instalaciones de la empresa (STS 25 de enero de 1990, Ar. 212) o fuera de las mismas (STS 13 de junio de 1988, Ar. 5272; 6 de febrero de 1990, Ar.740); e igualmente la existencia o inexistencia de horario/jornada y vacaciones (SsTS 12 de julio de 1988, Ar. 5798; 7 de julio de 1988, Ar. 5771; 14 de mayo de 1990, Ar. 4314; 2 de mayo de 1995, Ar/4172), entre otras muchas.

domicilio. Son sólo algunos ejemplos de la imposibilidad de exigir a todos los trabajadores la concurrencia de los mismos indicios de dependencia, y de la necesidad de entender ésta de un modo flexible y adaptable a las circunstancias concretas de cada profesión u oficio.

En definitiva, es necesario señalar que este ámbito de libertad en la toma de decisiones técnicas sólo comprende la disposición respecto al *cómo* (esto es, lo que hemos denominado libertad de concepción), nunca respecto al *qué* (libertad de aceptación), y en cierto modo limitado respecto al *cuándo* y al *dónde* (libertad de ejecución). El empresario mantiene la facultad de organización y de concreción de las funciones del trabajador y, en consecuencia, las relativas a la facultad disciplinaria, que se compatibilizan con la autonomía del trabajador en el desarrollo de las funciones.

Las circunstancias relativas a tiempo y lugar de trabajo vendrán, en cambio, determinadas por las concretas condiciones del trabajo a realizar, pero no quedarán a la voluntad del trabajador si la relación permanece en los límites de la laboralidad.

El profesional asalariado no goza así de independencia respecto al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino que debe someterse a la organización empresarial²⁶.

²⁶ Según GITRAMA GONZÁLEZ, M.: "Configuración jurídica de los servicios médicos", cit., pág. 363: "...sin

El reconocimiento de esta independencia del profesional (autónomo o asalariado) se recoge en la mayoría de los Códigos Deontológicos²⁷ de las profesiones como una de las garantías o principios fundamentales del ejercicio de la correspondiente profesión, de modo que se garantiza la defensa de los intereses del cliente o destinatario de sus servicios. En estos textos se garantiza tanto la independencia intelectual (que se correspondería con la denominada autonomía técnica) como la independencia moral, que debemos relacionar con el resto de clausulado de los códigos deontológicos y con el derecho a invocar la cláusula de conciencia el caso de los profesionales de la información y de los profesionales sanitarios y farmacéuticos²⁸.

que ello suponga el mínimo atentado a su dignidad profesional, pues que el médico conserva intangible un círculo de actuación, protegido de toda injerencia exterior es precisamente el fundamental, donde él despliega junto al enfermo su papel de terapeuta y donde conserva íntegra su libertad para el concienzudo cumplimiento de su misión".

²⁷ Como ejemplos pueden verse: Artículo 2 del *Código Deontológico de la Abogacía Española* (2000), aprobado por el pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 30 de junio de 2000; Artículo 4 del Código Deontológico del psicólogo (1993); Principio General 8 del Código Deontológico de la profesión periodística (1993), y en el ámbito autonómico, Principio Fundamental 1 del Código Deontológico de Peritos e Ingenieros Técnico Industriales de la Comunidad Autónoma de Andalucía (1997).

²⁸ Sobre estos temas véase el epígrafe 3 de este capítulo.

1.3.- Fundamento de la autonomía técnica

Una vez determinado el concepto y verdadero ámbito de aplicación de la autonomía técnica resulta necesario indagar acerca del fundamento de este margen de libertad que acompaña a las relaciones laborales celebradas por profesionales. Creo que el mismo puede encontrarse en varias razones, que a su vez se hallan cohesionadas.

En primer lugar, la exigencia de una titulación, requisito de validez del contrato de trabajo cuando éste se formaliza para el ejercicio de actos propios de una profesión regulada, avala la posesión de una serie de conocimientos que legitiman la capacidad del trabajador para la toma de decisiones técnicas. Ello impide que en este espacio existan intromisiones empresariales que, de algún modo, limiten o anulen esa capacidad. Pero el reconocimiento de esta autonomía en el ámbito de las materias técnicas no descarta, en absoluto, la existencia de dependencia jurídica, aunque ésta aparezca, como afirma la jurisprudencia, un tanto *debilitada*²⁹. El profesional ejerce sus funciones inserto en el ámbito de dirección del empresario, pero conserva el campo de libertad de actuación en la ejecución del trabajo que le confiere la titulación que ampara sus conocimientos técnicos.

En segundo lugar, se ha mantenido como fundamento de este margen de autodeterminación la posibilidad de imputar al trabajador responsabilidades civiles, penales y administrativas³⁰. Autonomía y responsabilidad aparecen así como dos conceptos interrelacionados, ya que se exige responsabilidad porque el trabajador actúa con un margen determinado de autonomía, esto es, la propia existencia de libertad de criterio en la ejecución del trabajo justifica que se pueda exigir responsabilidad.

El profesional asalariado se mantiene, pues, titular y responsable de su actuación técnica. Así, se ha mantenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la compatibilidad entre la subordinación, propia de las relaciones laborales, y la autonomía y responsabilidad técnicas propias del ejercicio de profesiones tituladas o reguladas. En este sentido, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1986³¹ en la que se afirma literalmente que "si bien técnica y científicamente actúan con la responsabilidad exigible al

²⁹ STS de 21 de mayo de 1990, Ar.4993, entre otras.

³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Contrato de trabajo y autonomía del trabajador", en AAVV: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo*, cit., pág.35 y ss. Con anterioridad había sido puesto de manifiesto por BORRAJO DACRUZ, E.: "Sindicatos y Colegios profesionales: notas para su estudio", cit., pág. 72 y 98. Del mismo autor "Colegios profesionales y sindicatos en el sector médico", *Revista de Seguridad Social*, n° 15/1982, pág.152.

³¹ Ar.2490.

profesional y la libertad que se requiere para ello, (...) no excluye la subordinación". Y en la doctrina judicial puede verse la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 16 de diciembre de 1981³² en la que se llega a la siguiente afirmación: "...sin que (...) quepa ampliar el área de dirección para interferir en las decisiones clínicas o quirúrgicas a adoptar en cada caso, reservadas lógicamente al titulado especialista que responde de su actuación profesional, no sólo ante la empresa sino también frente al asistido y eventualmente ante la misma sociedad de lo que deriva un margen de autonomía, propio de los trabajadores intelectuales en el ejercicio de una profesión facultativa.".

Así pues, en este ámbito de responsabilidades encontramos un punto de coincidencia con el ejercicio libre de las profesiones.

Tanto en las relaciones laborales de prestaciones de servicios profesionales, como en los supuestos de realización de estas funciones mediante la celebración de un contrato civil de arrendamiento de servicios, se mantiene necesariamente un margen de autonomía técnica que, a su vez, va acompañado de un campo de responsabilidad del profesional. Allá donde no se deben tolerar injerencias del empresario sólo puede devenir responsable el mismo profesional. El empresario podrá responder de los perjuicios o daños causados por los profesionales a su servicio únicamente en la medida en

³² Ar. 6503.

que éstos sean dependientes, pero no en el espacio de libertad técnica que se ha reconocido a estos trabajadores.

En definitiva, puede afirmarse que la posibilidad de que el profesional conserve la autonomía técnica, propia del ejercicio libre de las profesiones reguladas, pese a la existencia de subordinación o dependencia jurídica tiene un doble fundamento: la titulación acreditativa de unos conocimientos previos, académicos o profesionales, y la responsabilidad que puede exigirse al profesional asalariado, lo que no excluye la del empresario por actos de sus empleados en la medida en que éstos actúen dentro de los márgenes de dependencia jurídica establecidos.

1.4.- Efectos de la autonomía técnica en el contrato de trabajo

Finalmente, es necesario profundizar acerca de los efectos que sobre la relación laboral origina la compatibilidad de autonomía técnica y dependencia jurídica. Y para ello es necesario indicar que esta circunstancia afectará tanto a empresario como a trabajador.

Como ya hemos señalado anteriormente aquél verá una restricción en el ejercicio del poder de dirección, ya que, por un lado, no se deben permitir órdenes e instrucciones de naturaleza técnica, y por otro, deberán respetarse las normas deontológicas y corporativas propias del ejercicio de la profesión. En todo caso, el empresario mantendrá el poder disciplinario sobre las áreas de trabajo dependiente, que a su vez deberá cohonestarse con el poder disciplinario colegial, en aquellas otras propias de la profesión.

El trabajador, por su parte, adquiere una legitimación para el ejercicio del denominado *ius resistentiae* respecto a las posibles órdenes e instrucciones técnicas y, en consecuencia, un deber de obediencia debilitado.

En efecto, consecuencia de la posición de subordinación que el contrato de trabajo confiere al trabajador surge el denominado deber de obediencia, cuyo fundamento normativo es necesario encontrar en los artículos 5.c y 20.1 del Estatuto de los Trabajadores, y

cuyo incumplimiento, con los caracteres de grave y culpable, constituye causa de despido disciplinario, según determina el artículo 54.1.b del mismo texto legal. La configuración de este deber como reverso del poder de dirección permite afirmar que en la medida en que el contrato de trabajo faculta al empresario para dirigir la actividad del trabajador, éste queda obligado a ejecutarla conforme a aquellas directrices³³. De donde se deriva, sin lugar a dudas, que sólo donde haya poder de dirección existe deber de obediencia, y, en consecuencia, si existe autonomía técnica también debe poder admitirse la desobediencia técnica a posibles órdenes empresariales técnicas, que podrían considerarse, por tanto, ilegítimas.

Con carácter general, respecto a la relación de obediencia en la relación laboral, la jurisprudencia desarrolló la aplicación del criterio denominado *solve et repete*, según el cual es absolutamente exigible el inmediato cumplimiento de las órdenes empresariales, permitiéndose únicamente la posterior reclamación sobre las mismas³⁴.

³³ ROMÁN DE LA TORRE, M^aD.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., pág. 349.

³⁴ Una crítica sobre la doctrina jurisprudencial del llamado *solve et repete* en ROMÁN DE LA TORRE, M^aD.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., págs. 351 y ss. Sobre el tema véase también MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, cit.,; del mismo autor, "Dirección y control de la actividad laboral", en *Comentarios a las leyes laborales, El Estatuto de los Trabajadores*, cit., págs. 137 a 141; del mismo autor, "El

Frente a esta doctrina, que incapacita al trabajador para valorar la legitimidad objetiva, subjetiva y procedimental de la orden, excepto en casos muy extremos de abuso de derecho por parte del empresario, cabe mantener que el trabajador únicamente quede vinculado a órdenes empresariales derivadas de un ejercicio regular del poder de dirección, y éste se dará siempre que no se produzca un exceso en el ejercicio de las facultades empresariales, constatable no sólo cuando concurra abuso, arbitrariedad o peligrosidad manifiestos³⁵, sino también en otros supuestos, tales como órdenes relativas a funciones no pactadas o ajenas a

poder de dirección del empresario", en *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, cit., pág. 587-588; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Obediencia debida y desobediencia justificada", *Relaciones Laborales*, n° 2/1988.

³⁵ En este sentido, la STS 21 de septiembre de 1987, Ar 6225, afirma en su FJ° 4°: "Únicamente exceptúan de este deber ... las órdenes del empresario que afecten a derechos irrenunciables del trabajador, atenten a su dignidad, sean ilegales, o concurran circunstancias de peligrosidad u otras análogas que, por su exceso, razonablemente justifiquen la negativa a obedecer; dado que el empresario, en ningún caso, puede afectar a los derechos inviolables de quienes dirige en su trabajo, como tampoco coartar el libre desarrollo de su personalidad". También la STS de 7 de marzo de 1986, Ar. 1277, había reconocido la posibilidad de desobediencia cuando las órdenes empresariales afecten a derechos irrenunciables de la persona, sean ilegales o concurran circunstancias de peligrosidad o análogos. Sobre la misma véase PÉREZ DEL RIO, M.T.: "La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida", en *Poder Judicial*, n° 7/1987.

la categoría o grupo profesional³⁶, ignorando lo previsto en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores o, en nuestro caso, las concernientes al ámbito técnico de las funciones del profesional. Así cabe hablar de una configuración del *ius resistantiae* como legítimo derecho de los trabajadores ante un uso irregular del poder empresarial³⁷.

La existencia de una orden que incide en la autonomía técnica del profesional asalariado no debe ser considerada como ejercicio regular del poder de dirección y, por tanto, es necesario advertir acerca de la posible legitimación del trabajador-profesional para la desobediencia de la misma.

Admitir que ello es posible legitimaría al profesional asalariado a ignorar y, en consecuencia, no obedecer las órdenes técnicas, entendiendo que estamos ante un ejercicio no regular del poder de dirección. La irregularidad viene determinada por la naturaleza de la orden ya que, como ya hemos anunciado, el empresario no estaría legitimado para dictar órdenes e instrucciones técnicas.

El supuesto sería asimilable a las órdenes dictadas por el empresario que exceden el ámbito de las funciones pactadas. En ambos casos se produce un exceso

³⁶ Así STS 19 de febrero de 1990, Ar.1111.

³⁷ PÉREZ DEL RIO, M.T. "La regularidad del ejercicio del Poder empresarial y la obediencia debida", cit., pág. 205.

en el ejercicio de los poderes empresariales, y por consiguiente, un ejercicio irregular de los mismos. La desobediencia técnica se justificaría en aquellos casos en que *la incorrección de la orden pusiera en entredicho, de ser cumplida, la competencia y prestigio profesionales del trabajador*³⁸. En efecto, la admisión de órdenes de tipo técnico en el ejercicio de las funciones de un especialista invalidaría la presunción de conocimientos que avala el título académico o profesional por el que fue contratado, por lo que, como afirma MONTOYA MELGAR, el trabajador estaría legitimado para desobedecer³⁹.

Podría configurarse de este modo, en mi opinión, un supuesto de *ius resistentiae*, en el que el trabajador podría encontrarse legitimado para desobedecer las órdenes técnicas, sin que este hecho constituyese causa de despido por desobediencia, ni siquiera cualquier otro tipo de incumplimiento contractual, menos grave, sancionable por el empresario. Aunque, en todo caso, no se puede ignorar que permanece la posibilidad de que sea considerada como tal por el empresario, resolviéndose el conflicto en vía judicial.

³⁸ MONTOYA MELGAR, A.: "Dirección y control de la actividad laboral", cit., pág. 141, nota al pié n° 33, con cita de la STS de 27 mayo de 1950, que ya admitió la desobediencia técnica.

³⁹ *Ibídem*, pág.141.

1.5.- Independencia profesional y profesionales de la información

Con respecto a los profesionales de la información se reitera en todos los ámbitos de su regulación la absoluta necesidad de independencia de su actividad informativa. En este espacio la independencia viene referida a la exigencia de carencia de influencias o presiones externas que condicionen o mediaten el resultado de la información⁴⁰.

Con objeto de garantizar esta independencia en los diferentes Estatutos de Redacción de algunos medios de comunicación se establecen criterios para evitar la recepción de gratificaciones (en dinero o en especie) por parte de terceras personas y que tenga su origen en la actividad informativa realizada por el redactor.

Sin embargo, es fácilmente apreciable que en estos supuestos el concepto de independencia viene referido a relaciones externas, entre el profesional y personas ajenas a su relación de trabajo, mientras que cuando aquí se está poniendo de relieve la necesidad de independencia técnica a pesar de la dependencia jurídica,

⁴⁰ CARRILLO, M.: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas, (Una aproximación al estatuto jurídico de los profesionales de la información)*, Generalitat de Catalunya, Centre de Investigació de la Comunicació, ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 104.

el ámbito de aplicación de esta afirmación es el de la prestación de servicios empresario/trabajador.

A los profesionales de la información serán extensibles las manifestaciones efectuadas respecto al ámbito de autonomía que se ha destacado para el resto de profesionales, con la garantía de que para ellos se establece constitucional y legislativamente el derecho a ejercer la denominada cláusula de conciencia, mediante la cual se consigue preservar no sólo la independencia moral del profesional de la información, sino también su autonomía técnica⁴¹.

⁴¹ Sobre ésta véase el epígrafe 3 de este capítulo.

2.- Consecuencias del reconocimiento de la autonomía técnica del profesional: la responsabilidad del profesional asalariado frente a terceros

En la relación laboral, existiendo obligación del trabajador de cumplir órdenes e instrucciones del empresario emanadas del poder de dirección, recae sobre el empresario un deber de protección que garantice al trabajador su posición al margen de posibles daños a terceros que sean consecuencia del cumplimiento de tales órdenes e instrucciones⁴².

Sin embargo, será necesario cuestionarse si el régimen general de responsabilidad del empresario respecto de los daños generados a terceros por el personal a su servicio debe limitarse, en el caso de contratación de profesionales, a los producidos respecto a las obligaciones dependientes, o por el contrario la legislación permite hacer responsable al empresario de todos los daños producidos por el profesional. Ello es consecuencia inmediata del espacio de autonomía técnica que es reconocido al profesional que desarrolla sus funciones en el ámbito de un contrato de trabajo, del mismo modo en que se reconoce al profesional liberal, por

⁴² ALONSO OLEA, M.: *La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 13.

lo que deberá determinarse si existe un campo de responsabilidad allí donde no abarca el poder directivo del empresario.

Partiendo de esta premisa, se pretende realizar una breve incursión en la normativa de los distintos campos de responsabilidad que pueden generarse por la prestación de servicios de un profesional (civil, penal y administrativa) para comprobar si la legislación vigente comparte la distinción de campos de responsabilidad entre empresario y profesional asalariado.

Se finalizará estableciendo las diferencias que determina la legislación respecto al personal al servicio de las Administraciones públicas, en las que el régimen de responsabilidad se somete a un diferenciado régimen jurídico, tanto desde un punto de vista sustantivo como procesal.

2.1.- Responsabilidad derivada de la legislación civil

En el ámbito de la responsabilidad civil es necesario distinguir entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. La primera es la que cabe aplicar cuando se establece una relación jurídica contractual entre el causante del daño y la víctima del mismo. Así, el profesional en ejercicio libre de la profesión establece relación jurídica contractual con el cliente, por lo que la responsabilidad exigible, en el caso de daños o perjuicios causados a éste, sería en este caso de naturaleza contractual, por lo que seguirá el régimen de responsabilidad del artículo 1101 del Código civil⁴³.

Por el contrario, la responsabilidad extracontractual se caracteriza por la inexistencia de vínculo obligatorio o relación jurídica preexistente entre el autor del daño y la víctima del mismo⁴⁴ y, en consecuencia es la que debe aplicarse a los daños causados a terceros por profesionales dependientes, por no existir ningún tipo de relación contractual entre éste y los beneficiados directamente de sus servicios.

⁴³ Por otro lado, si los daños son causados a terceros, el profesional independiente respondería en virtud de la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del Código civil.

⁴⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, 13ª edic., ed. Reus, Madrid, 1986, pág. 939.

Es preciso establecer la distinción entre la responsabilidad por hecho propio de la persona que contrae la obligación de reparar el daño (artículo 1902 Código civil), y la responsabilidad por hecho realizado por persona distinta (artículo 1903 Código civil), en nuestro caso la contenida en el párrafo cuarto de este artículo, *responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.*

Estas disposiciones deben completarse con la contenida en el último párrafo del artículo 1903 del Código civil según el cual cesa la responsabilidad por hecho ajeno cuando quede acreditado que se empleó toda la *diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*⁴⁵, así como con el artículo 1904 del Código civil

⁴⁵ Esta diligencia es la que nuestro Código civil establece como criterio general, que se toma como tipo medio o normal de persona diligente. Véase CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, cit., pág. 219.

Se trata de un modelo objetivo o abstracto, ya que el comportamiento debido no se determina con arreglo a aptitudes personales, sino de acuerdo con un modelo externo a la persona del deudor: BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid 1995, pág. 173.

Cabe, sin embargo, cuestionar si éste será el modelo exigible en el caso de los profesionales, en cuanto que éstos asumen una posición de expertos o peritos en la realización de las obligaciones a las que

que permite repetir la responsabilidad por los daños causados por dependientes⁴⁶.

Así en una primera aproximación a este régimen jurídico de responsabilidad resulta fácilmente constatable la existencia de dos tipos de responsabilidad civil extracontractual: la responsabilidad por hecho propio y la responsabilidad por hecho ajeno. En esta última la que deviene relevante es la del empresario respecto de los daños causados por sus dependientes, pues es en ella en la que debemos especificar si su aplicación

se comprometen. Así, en estos casos, tal y como se ha afirmado, *la posición jurídica del deudor lleva implícita la cualidad que ostenta y, por tanto, determina la aplicación del modelo de diligencia por el que se ha de regir tal obligación, esto es, el del perito o buen profesional, desplazando el modelo del buen padre de familia*: SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 102.

De acuerdo con ello el nivel de diligencia será cualitativamente superior al genérico que viene determinado con la fórmula del *buen padre de familia*, de modo que *la prestación de servicios profesionales exige un grado de pericia determinado por el canon o modelo del buen profesional; y la observancia de tal exigencia implica que la obligación ha de ser ejecutada de acuerdo con la "lex artis"*. En este sentido, SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La responsabilidad civil del abogado*, cit., pág. 109 y 126.

⁴⁶ La acción de repetición o regreso prevista en el artículo 1904 del Código civil resulta en la práctica de escasa o nula aplicación, principalmente por la frecuente insolvencia del dependiente. En este sentido, BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pág. 354.

a los profesionales asalariados debe realizarse en los mismos términos que para el resto de trabajadores.

En principio de la simple lectura de los preceptos reseñados puede señalarse del régimen de responsabilidad que acabamos de reflejar que no existe una delimitación concisa de los daños por los que debe responder el empresario, ya que se recurre a una fórmula que, en mi opinión, puede resultar excesivamente amplia por lo ambigua e indeterminada. Afirmar que el empresario responderá de los perjuicios creados por los dependientes a su servicio de los ramos en que los tuviera empleados o con ocasión de sus funciones, permite interpretar que es posible hacer responder al empresario de todos los daños que se produzcan, ya que la expresión "con ocasión de sus funciones" parece no permitir interpretaciones restrictivas.

De acuerdo con ello la responsabilidad del empresario podría alcanzar cualquier daño derivado de cualquier actuación del empleado, con el único límite de que se trate de los ramos en que los tuviera empleados o con ocasión de sus funciones. La anterior posición puede en cambio ser desvirtuada, como se analizará más adelante, permitiéndose una distribución de responsabilidades entre el empresario y los profesionales que gozan en su prestación laboral de una reconocida autonomía técnica.

2.1.1.- Fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno en el contrato de trabajo de profesionales

El análisis de la delimitación de responsabilidades exige analizar el fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno. Así, se ha argumentado que el fundamento de esta responsabilidad por hecho ajeno se encuentra en una presunción de culpa que puede consistir en una falta de vigilancia (*culpa in vigilando*) o en una desacertada elección (*culpa in eligendo*)⁴⁷. Con esta interpretación se pretende garantizar o reforzar las posibilidades de reparación, presumiéndose que la causa del daño deriva tanto de la actuación del dependiente que la ocasionó como del empresario que no empleó la diligencia debida⁴⁸. La exclusión de responsabilidad en caso de acreditarse haber empleado la diligencia de un *buen padre de familia* (artículo 1903, último párrafo, Código civil) acredita que se sigue en el texto legal una responsabilidad por hecho ajeno fundamentada en la propia culpa del que deviene responsable. Así, si se prueba la inexistencia de culpa, por haberse empleado la diligencia debida, se exime de la responsabilidad⁴⁹.

⁴⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, cit., pág. 962. ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, tomo II, V.II, 4ª edic., Barcelona, 1977, pág.530.

⁴⁸ ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, tomo II, V.II, cit., pág. 533.

⁴⁹ BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pág. 171.

Sin embargo, en relación con la prestación de servicios asalariados de profesiones intelectuales la fundamentación de la responsabilidad empresarial en la teoría de la culpa presenta dificultades en su articulación.

En primer lugar, porque no puede hablarse de culpa *in eligendo* cuando el profesional contratado se encuentra respaldado por una titulación que le supone capacitado para el ejercicio de las funciones propias de esa profesión. Únicamente podría hablarse de culpa en la elección del profesional cuando se contratase laboralmente a quien debiendo figurar inscrito en el correspondiente Colegio profesional vulnera tal mandato. En segundo lugar, tampoco cabe presumir la culpa *in vigilando* respecto de los daños causados por decisiones técnicas del profesional asalariado, porque, como hemos destacado, en este ámbito no se permite ningún tipo de intromisión empresarial⁵⁰.

El propio Código civil atribuye argumentos que no justifican la existencia de responsabilidad por hecho ajeno fundamentada en la culpa, no referidos al profesional dependiente sino a cualquier tipo de asalariado. Me refiero a la posibilidad de repetición de la suma total de lo pagado, que permite el artículo 1904.

⁵⁰ En el mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., pág. 71.

Si el empresario respondiera por la concurrencia de su propia culpa no tendría sentido que posteriormente se le permitiera repetir del empleado las cantidades abonadas.

Todas estas razones han conducido hacia la objetivación de la responsabilidad, fundamentando en consecuencia la responsabilidad en lo que se denomina *teoría del riesgo*, según la cual a la utilidad, ventaja o beneficio (*commodum*) que el empresario obtiene del trabajo que se le presta, acompaña el *periculum*, esto es, los daños derivados para el tercero⁵¹. O, tal y como se ha afirmado respecto a los profesionales, "quien emplea (...) a un profesional liberal bajo la disciplina de empresa, responde también de las faltas de éste, bastando que haya asumido el riesgo global de la actividad y que simplemente le haya dado las instrucciones generales"⁵².

De acuerdo con la anterior argumentación el empresario deberá responder en todo caso, con independencia de que los daños causados fuesen consecuencia de un acto del profesional en el ejercicio de su autonomía técnica o, por el contrario, derivados de órdenes o instrucciones empresariales.

Son innegables las ventajas que tal interpretación otorga a las posibles víctimas de los

⁵¹ ALONSO OLEA, M.: *La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio*, ob.cit., pág. 42.

⁵² YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, ob.cit., pág. 72.

daños⁵³, especialmente porque de este modo se facilita la posibilidad de resarcimiento. Otra de sus ventajas, es que consigue explicar la posibilidad de repetición que prevé el artículo 1904 del Código civil, según el cual el empresario puede repetir de sus dependientes lo que hubiera satisfecho. Si el empresario es responsable por culpa (*in eligendo* o *in vigilando*) no se explica esta capacidad de repetición ofrecida al empresario. Únicamente cabe entender esta posibilidad de repetición si se interpreta la responsabilidad por hecho ajeno de acuerdo con la teoría del riesgo, de modo que el empresario responde por el hecho de ser empresario, y asume el riesgo de que el trabajador dependiente sea insolvente o no pueda hacer frente a la totalidad de la indemnización⁵⁴. Según ello el empresario respondería sin distinguir obligaciones dependientes y no dependientes, o derivadas del ejercicio de su autonomía técnica.

2.1.2.- Distribución de responsabilidades entre empresario y profesional asalariado

Sin embargo, en mi opinión, puede mantenerse que la legislación permite establecer una distribución de responsabilidades entre el profesional asalariado y el empresario. En efecto, la responsabilidad por hechos

⁵³ En este sentido, SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La responsabilidad civil del abogado*, cit., pág. 324.

⁵⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, ob.cit., págs. 73-74.

propios del artículo 1902 del Código civil permite hacer responder al profesional asalariado de aquellos resultados dañosos generados por las actuaciones que deriven de decisiones puramente técnicas, siempre que concurra además culpa o negligencia. Se haría así responsable de todos los perjuicios causados por sus posibles errores técnicos, de los que no respondería el empresario.

Y a su vez, la responsabilidad por hecho ajeno, y concretamente la contenida en el párrafo cuarto del mencionado artículo 1903, generaría obligación de responder del empresario por los daños o perjuicios creados por sus dependientes, siempre que éstos se produzcan en *el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones*, esto es, de todos aquellos que supusieran incumplimiento de obligaciones contractuales derivadas de órdenes e instrucciones directivas del empresario.

Entiendo que, como señalaré más adelante, es defendible esta distinción que además es la que resulta coherente con el ejercicio asalariado de las profesiones liberales. En este sentido, también se ha manifestado GITRAMA GONZÁLEZ, con referencia exclusiva al ámbito de los servicios médicos, pero creo extensible al resto de profesionales. Según este autor "...hay que recurrir una vez más al respecto a la distinción entre la esfera de sujeción del médico en virtud de su contrato laboral y la esfera de su libre actuación, de su independencia frente al enfermo en su papel de terapeuta. El organismo que con el médico contrató los servicios de éste, no puede ser

considerado responsable de las faltas cometidas por el mismo en la práctica de su arte; sí, en cambio, si la falta del médico respecto del enfermo no deriva de la estricta técnica médica sino de alguna actuación fácilmente controlable por la entidad"⁵⁵.

2.1.2.1.- La autonomía técnica y los fundamentos a favor de la distribución de responsabilidades

Los argumentos en los que puede apoyarse la anterior afirmación, en el sentido de distinguir campos de responsabilidad, pueden extraerse del análisis de los propios elementos exigibles para el nacimiento de la responsabilidad civil del empresario por actos dañosos de sus empleados.

Los requisitos que exige la norma civil para el nacimiento de esta responsabilidad por hecho ajeno son los siguientes: una actuación culposa del dependiente de la persona a quien se imputa esa responsabilidad directa, que produzca un daño que sea consecuencia natural, adecuada y suficiente de aquélla, y que el agente causante del daño, al producirlo, actúe en el ámbito de las funciones correspondientes a esa persona a la que se imputa la responsabilidad, en la que lo tuviera empleado, y bajo su dirección, vigilancia y control.

⁵⁵ GITRAMA GONZÁLEZ, M.: "Configuración jurídica de los servicios médicos", cit., pág. 364.

Así, el primer elemento exigible es que la actuación dañosa del empleado ha de ser producida con culpa o negligencia. Nada cambia que la responsabilidad se exija en virtud del artículo 1902 o por el 1903 del Código civil, puesto que en ambos debe exigirse culpa o negligencia del autor del resultado lesivo. El artículo 1903 sólo se puede aplicar si la conducta del autor del hecho se considera incurso en el artículo 1902 del Código civil por culpa o negligencia, si bien se viene admitiendo jurisprudencialmente su aplicación cuando deviene una acción u omisión negligente en el círculo de actividad de la empresa, aunque no se identifique a los sujetos responsables⁵⁶. La aplicación de la responsabilidad empresarial pese a la no identificación del sujeto causante del hecho se fundamenta en la doctrina jurisprudencial en una interpretación sociológica de las normas y en la aplicación de la equidad. En esencia esta interpretación responde únicamente a la finalidad de favorecer la reparación del daño, ignorando la exigencia legal de culpa.

El segundo elemento es la relación de dependencia: debe existir un vínculo de dependencia entre empresario y profesional para que aquél responda. La necesidad de que exista este vínculo de dependencia ha sido interpretado doctrinalmente de forma amplia,

⁵⁶ En este sentido, STS de 9 de junio de 1998, Ar.3717, F°J°. 3° y 5°. E igualmente las SsTS de 30 de enero de 1990, Ar.74, 27 de enero de 1997, Ar.21, 27 de noviembre de 1997, Ar.8429, y 10 de diciembre de 1997, Ar. 8775.

permitiéndose la introducción en este concepto de relaciones no laborales⁵⁷. El criterio de dependencia laboral se sustituye por el de dependencia funcional, de modo que ya no es necesaria la existencia de una relación jurídica definida. Lo decisivo no será, de este modo, la existencia de un contrato válidamente celebrado entre el empresario responsable y el agente del daño⁵⁸.

En la exigencia legal de existencia de relación de dependencia se encuentra el núcleo de la argumentación que permite establecer la distribución de responsabilidades entre empresario y profesional.

Tal y como he mantenido, la dependencia en las relaciones laborales con profesionales adquiere perfiles propios por la circunstancia de mantener campos de autonomía técnica, por lo que no pudiéndose hablar de dependencia técnica en los mismos términos que para el resto de trabajadores asalariados, tampoco cabe establecer la responsabilidad del empresario por hechos técnicos con los mismos perfiles.

En efecto, la fórmula del artículo 1903 párrafo cuarto del Código civil puede resultar excesivamente amplia al introducir la expresión "...con ocasión de sus funciones", pero previamente ha exigido la relación de

⁵⁷ Véase entre otros muchos VÁZQUEZ VIALARD, A.: *La responsabilidad en el derecho del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 578.

⁵⁸ ZELAYA ETCHEGARAY, P.: *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 301 y 303.

dependencia, lo que reduce su ámbito de aplicación, sobre todo en los casos de profesionales asalariados. En efecto, en estos casos se mantiene la autonomía técnica, por lo que en esos concretos actos técnicos originadores del daño no existe vínculo dependiente.

Se trataría así de entender la exigencia de dependencia desde un punto de vista objetivo y no subjetivo. Efectivamente, desde un punto de vista subjetivo siempre que hubiera una persona dependiente respondería la empresa. Según la opción objetiva, el empresario sólo respondería de los daños causados en el cumplimiento de obligaciones dependientes. De acuerdo con esta afirmación, el empresario sería responsable de los perjuicios causados por sus dependientes en tanto sean *precisamente dependientes, y allí donde no lo sean, en la labor puramente técnica e independiente del trabajador será sólo éste responsable*⁵⁹.

2.1.2.2.- Ocasionalidad y fundamentos a favor de la distribución de responsabilidades

Pero el tercer elemento de la responsabilidad empresarial también apoya esta argumentación.

⁵⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., pág. 66, quien posteriormente defenderá, con fundamento en la teoría del riesgo, la responsabilidad del empresario en todo caso, sin separar ámbitos de responsabilidad.

En efecto, según han establecido los Tribunales debe existir un nexo de ocasionalidad entre el hecho ilícito y las funciones asignadas. Como desarrollo de la anterior afirmación surge la posibilidad de excluir la responsabilidad del empresario en los casos de extralimitación de funciones del trabajador. Esta argumentación acerca de la exclusión de la responsabilidad en casos de extralimitación fue introducida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de noviembre de 1978⁶⁰, en la que entendió que sólo cabe establecer la responsabilidad del empresario si el dependiente no actúa ajeno a la relación laboral, es decir, si el resultado dañoso se produce obrando con las obligaciones o servicios encomendados. El empresario sólo puede ser declarado responsable de los daños cometidos por su dependiente en el ejercicio de sus funciones. Si el empleado actuó por su cuenta y riesgo, al margen del vínculo dependiente que le une al empresario, decae la responsabilidad de éste. En definitiva, debe concurrir un nexo de causalidad entre las funciones dependientes y el daño producido. Este nexo de causalidad puede ser interpretado de un modo restrictivo de manera que el empresario sólo responda de las actuaciones que ha ordenado, dirigido o tolerado; o bien, de un modo amplio y siguiendo la teoría del riesgo, según la cual el empresario será responsable de todos los daños que puedan racionalmente ser considerados consecuencia de su quehacer empresarial. La tendencia de nuestra jurisprudencia hacia la objetivación de la

⁶⁰ Ar.3444.

responsabilidad civil del empresario ha supuesto una interpretación cada vez más extensiva de este requisito⁶¹.

Esta argumentación acerca de la posibilidad de excluir la responsabilidad empresarial en casos de extralimitación de funciones puede llevarse, salvando las distancias, al campo de distinción entre tareas dependientes y tareas no dependientes en la relación laboral de los profesionales titulados. Así puede plantearse la posibilidad de no obligar a responder al empresario de aquellos daños que se produzcan en el ejercicio de tareas no dependientes, con fundamento en que en éstas no existen más obligaciones que las derivadas de las reglas de la profesión, que deben considerarse ajenas al vínculo laboral existente entre el profesional y el empresario, y que deben ser respetadas por ambos.

En definitiva, en mi opinión, puede resultar defendible, incluso siguiendo el texto literal del artículo 1903 párrafo 4º del Código civil, que el empresario sólo responda de los daños causados por el profesional asalariado que se deban a una actuación derivada de la relación laboral establecida. Y, en consecuencia, establecido un margen de autonomía técnica, es posible exigir responsabilidad al propio profesional,

⁶¹ ZELAYA ETCHEGARAY, P.: *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., págs. 439 y 440, y págs. 446, 447 y 471.

por la vía del artículo 1902 del Código civil, por los perjuicios causados por su actuar técnico, en el que no existe dependencia técnica y del que sólo él puede considerarse responsable.

Además, resulta compatible con la inexistencia de culpa *in eligendo* y de culpa *in vigilando* que se ha establecido anteriormente, pues, como ya ha quedado dicho, el empresario al elegir se encuentra ante la capacitación que legitima el título, y porque no existe vigilancia empresarial en los aspectos técnicos del ejercicio asalariado de la profesión. Así pues, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1983⁶² *ninguna mayor diligencia puede exigirse a una persona por encomendar una determinada actividad a quien profesionalmente le corresponde realizarla en aplicación de la técnica de que es titulado ... puesto que, sería hacer responsable a una persona de ejecutar lo imposible, cual es exigir el que pueda prever el anormal proceder de quien técnicamente, en aplicación correcta de los conocimientos inherentes a su profesión, debe obrar de una determinada manera.*

⁶² Ar. 5314.

2.1.2.3.- Fundamentos en contra de la distribución de responsabilidades

Sin embargo, también pueden señalarse argumentos relevantes en contra de esta distinción de responsabilidades⁶³.

En primer lugar, y descartando las alegaciones a favor de la protección de la víctima que efectúan doctrina y jurisprudencia, debe destacarse la dificultad de determinar en virtud del ejercicio de qué tipo de obligación (dependiente o no dependiente) se ha producido el daño.

En segundo lugar, la fundamentación de la responsabilidad del empresario por hecho de su empleado dependiente en la denominada *teoría del riesgo* permite hacer responder al empresario sin distinción de ámbitos de responsabilidad. Según esto, el poder de dirección general abarcaría todas las actividades del profesional asalariado, y el empresario respondería porque asume el riesgo de empresa.

En tercer lugar, un argumento con soporte normativo: si el artículo 1904 permite al empresario repetir del empleado el importe satisfecho es que en su actuación no concurre culpa y, por consiguiente, simplemente se le hace responder por que ha asumido el

⁶³ Pueden verse en YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., págs. 70 a 74.

riesgo de empresa, y el de la posible insolvencia del empleado.

También esta posición permite una argumentación en contra. Desde luego, la necesidad de que la víctima no quede desprotegida no es un argumento jurídico, y además puede obtenerse el mismo resultado mediante otros mecanismos de protección que no supongan la responsabilidad de quien, de acuerdo con el texto normativo, puede devenir responsable únicamente si existe culpa o negligencia⁶⁴.

Respecto a los argumentos aducidos acerca de la dificultad de prueba del origen del daño, en una obligación dependiente o en una no dependiente, cabe señalar que responden también a un interés proteccionista de la víctima, y además la dificultad de probar no puede traducirse en imposibilidad.

Por último, las dos razones alegadas que se fundamentan en la existencia de una responsabilidad por riesgo chocan frontalmente con la denominación que el Código civil concede al Capítulo II del Título XVI del Libro IV: *De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia*. Carece por tanto de apoyo normativo, por lo que de acuerdo con el propio texto de la ley no puede defenderse.

El texto normativo parte de la necesidad de concurrencia de culpa en los sujetos responsables. En el caso de responsabilidad por hecho propio se exige la culpa *in operando*, que en el caso de profesionales se traduce en la actuación del profesional con vulneración de la *lex artis*, esto es, los incumplimientos de obligaciones que pertenecen a su ámbito de autonomía técnica, ya sea por desconocimiento profesional o por falta de diligencia en el desarrollo de la prestación contratada.

En el caso de la responsabilidad por hecho ajeno también debe tenerse en cuenta la necesidad de concurrencia de culpa; el empresario podrá responder por una actuación de su dependiente cuando concurren alguna de las siguientes modalidades de actuación culposa: culpa *in eligendo*, cuando en la elección del profesional no se ha verificado el cumplimiento de sus obligaciones corporativas; y culpa *in vigilando* respecto de aquellas actuaciones del profesional que puedan ser sometidas a la vigilancia y control del empresario, es decir, respecto de sus obligaciones dependientes.

Las dificultades que esta conceptualización culposa de la responsabilidad conlleva no se limitan al campo de los profesionales dependientes; también respecto a otras relaciones laborales se ha afirmado que resulta *ficticio*

⁶⁴ Así podrían establecerse mecanismos de protección de las víctimas mediante instituciones de garantía de financiación pública.

hablar de culpa *in vigilando*⁶⁵ cuando el ejercicio del poder de vigilancia y control directo resulta difícil de ejercitar.

Ciertamente, no puede negarse que la concepción culpabilística de la responsabilidad del empresario por actos de sus empleados dependientes responde a un concepto de empresa que no se corresponde con la estructura de la empresa moderna, en la que resulta impracticable la elección de los empleados y su vigilancia de manera que justifique la responsabilidad del empresario por los hechos dañosos de éstos, si no se encuentra la explicación de la mencionada responsabilidad en el riesgo empresarial asumido por la integración del empleado en su ámbito de organización y dirección. Quizás lo que debe imponerse es una modificación legislativa que integre las tendencias jurisprudenciales actuales y ajuste la responsabilidad empresarial a la realidad económica presente⁶⁶.

⁶⁵ DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1973, pág. 304.

⁶⁶ En el mismo sentido, ZELAYA ETCHEGARAY, P.: *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, ob.cit., pág.650.

2.1.3.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación de los artículos 1902 y 1903 párrafo cuarto del Código civil

Sin embargo, la distribución de responsabilidades entre trabajador y empresario, distinguiendo entre obligaciones dependientes y no dependientes de los profesionales asalariados, no es recogida en la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo.

La posición mantenida por este órgano judicial refleja una compatibilidad entre la responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 del Código civil, exigible al autor del daño, y la prevista en el 1903 párrafo 4° que se impone a los dueños o directores de establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes, pero sin efectuar la distinción de responsabilidades según ámbitos de actuación dependientes e independientes. Esta compatibilidad de responsabilidades es entendida en el sentido de permitir su exigencia de modo independiente o conjunta mediante la acumulación de acciones⁶⁷, teniendo el perjudicado acción contra el profesional y contra el empresario para exigir el resarcimiento de los perjuicios que el acto culposo o negligente le haya causado⁶⁸, determinándose la solidaridad de la responsabilidad por

⁶⁷ La STS de 17 de junio de 1989, Ar. 4696, en su Fundamento Jurídico Tercero, señala cómo la acción puede dirigirse contra todos o contra uno sólo de ellos.

⁶⁸ STS de 4 de octubre de 1980, Ar.3614.

hecho propio y la responsabilidad por hecho ajeno⁶⁹, e incluso admitiendo la condena del empresario no estando ni siquiera demandados los profesionales⁷⁰, aceptándose así la responsabilidad del empresario a pesar de ignorarse quien fue el agente directo del daño⁷¹.

Al respecto de la solidaridad de responsabilidades del dependiente causante del daño y del empresario se ha argumentado que parece fundado en la idea de una mayor garantía del perjudicado, pero que tropieza con graves dificultades a la vista de la regla de no presunción de la solidaridad ex artículo 1137 del

⁶⁹ SsTS de 7 de junio de 1988, Ar.4825, y de 13 de diciembre de 1997, Ar. 8816. En esta Sentencia, el TS argumenta en torno a la culpa del profesional (anestesiista) admitiendo la existencia de un *amplio campo de responsabilidad exclusiva y especializada, con específica competencia y responsabilidad autónoma*, lo que no le impide atribuir también responsabilidad a la empresa (centro sanitario).

⁷⁰ SsTS de 20 de diciembre de 1996, Ar.9197, y de 2 de diciembre de 1997, Ar.8964.

⁷¹ Posición ciertamente criticable, pues, como afirma ALONSO OLEA, M. (*La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio*, ob. cit., pág. 30): "de poder ser demandado por la responsabilidad de otro se ha sacado que pueda ser demandado sin saber quién es el otro". La razón suele encontrarse en la falta de solvencia del empleado.

En todo caso, se trata de un paso más hacia la objetivación de la responsabilidad, según ha señalado ZELAYA ETCHEGARAY, P.: *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., pág. 210.

*Código Civil*⁷². Así se ha señalado que *por abundante que sea la jurisprudencia que consagra la solidaridad y por muchos que sean los autores que compartan semejante solución, no existen argumentos que permitan sostenerla en nuestro Derecho*⁷³.

Las razones de la imposibilidad de entender la solidaridad de responsabilidades son las siguientes: no existe más que un deudor, el empresario; no existe posibilidad para el acreedor de escoger uno u otro patrimonio; y, finalmente, las acciones de regreso (artículo 1904) incluyen todo lo pagado, a diferencia de las verdaderas obligaciones solidarias, que permiten al deudor que pagó reclamar a cada uno su parte⁷⁴.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo la responsabilidad se fundamenta, de manera simultánea o alternativa, en la teoría del riesgo y en la de la culpa *in eligendo* e *in vigilando*⁷⁵, ya que, según argumenta el

⁷² DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, cit., pág. 304.

⁷³ YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, ob.cit., págs. 166-167, para quien se trata de una solución justa, pero no jurídica.

⁷⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Responsabilidad civil médica", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, abril/agosto 1991, pág. 396.

⁷⁵ SsTS de 11 de marzo de 1996, Ar.2415, de 22 de abril de 1997, Ar. 3249, de 12 de junio de 1997, Ar.4769, de 3 de octubre de 1997, Ar.7089, entre otras.

propio Tribunal, se tiende hacia la objetivación de la responsabilidad derivada de los artículos 1902 y 1903, de modo que, sin prescindir del concepto de culpa, se acoge la tesis de la responsabilidad en razón del riesgo creado y se acude a una inversión de la carga de la prueba⁷⁶, según la cual *al perjudicado le basta con acreditar el daño, del que ya, sin más, resultarán los demás presupuestos de la responsabilidad del autor (acción, culpa o infracción, deberes y nexos), salvo prueba de no culpa a cargo de éste*⁷⁷.

La objetivación e inversión de la carga de la prueba, que en general se aplica en los supuestos de culpa extracontractual del artículo 1903 párrafo 4º, se encuentra, sin embargo, matizada en el supuesto de responsabilidad de profesionales⁷⁸. Como afirma el

⁷⁶ SsTS de 12 de febrero de 1993, Ar.762, de 19 de junio de 1995, Ar.4927, de 14 de julio de 1995, Ar.6008; también en STSJ Navarra de 30 de marzo de 1996, Ar.1943.

⁷⁷ STS de 13 de abril de 1999, Ar.2583.

⁷⁸ Esta posición jurisprudencial de negar la objetivación de la responsabilidad profesional se compatibiliza jurisprudencialmente con otra tendencia del mismo tribunal de considerar aplicable el artículo 28 de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de julio, que establece una responsabilidad objetiva ("por los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios") que se aplica, entre otros, a los servicios sanitarios (artículo 28.2). La responsabilidad objetiva que deriva de esta Ley se aplica, sin embargo, a los entes encargados de la prestación de los servicios sanitarios, y no a los propios profesionales (de MIGUEL PAJUELO/DOMÍNGUEZ OLIVERA: "El régimen de responsabilidad del médico

Tribunal Supremo en los supuestos de infracción de deberes profesionales generadores de responsabilidad la inversión de la carga de la prueba no es generalizada⁷⁹.

De este modo el establecimiento de la relación de causalidad entre el resultado lesivo y la acción u omisión negligente del profesional corresponde a la víctima, exigiéndose al profesional una obligación de medios y no de resultados⁸⁰.

La responsabilidad nacerá si se vincula el resultado dañoso y la actuación negligente del profesional, y decaerá cuando quede acreditado que el profesional cumplió estrictamente sus deberes profesionales⁸¹.

privado", en *Manual Jurídico de la profesión médica*, (coord. Palomar Olmeda), Dykinson, Madrid, 1998, pág. 652.)

La aplicación de la mencionada LGDCU puede verse en las siguientes SsTS: 21 de julio de 1997, Ar.5523; 11 de febrero de 1998, Ar.707; 6 de mayo de 1998, Ar. 2934, y 9 de junio de 1998, Ar.3717.

⁷⁹ SsTS de 8 de octubre de 1992, Ar. 7540; de 13 de octubre de 1992, Ar.7547; de 23 de diciembre de 1992, Ar.10715, y de 17 de mayo de 1993, Ar.4064.

⁸⁰ SsTS de 15 de febrero de 1993, Ar.771; de 13 de octubre de 1995, Ar.7407.

⁸¹ Véase, en este sentido CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de la *lex artis* y la carga de la prueba (Comentario a la STS de 24 de mayo de 1990)", en *Anuario Derecho Civil*, 1991, págs. 907 y ss.

Tratándose de obligaciones de actividad y no de medios la delimitación del campo de responsabilidad del autor no vendrá determinada más que por la existencia de una actividad negligente y culpable del profesional⁸².

En todo caso, constatada la culpa *in operando* del profesional surge, sin ningún género de dudas para el Tribunal, la culpa *in eligendo* e *in vigilando* del empresario del que depende aquél⁸³.

Esta automaticidad entre las culpas *in operando* del empleado y las denominadas *in eligendo* e *in vigilando* propias del empresario resulta ciertamente criticable en el caso que nos ocupa, de profesionales titulados⁸⁴. En

⁸² A diferencia de las obligaciones de resultado en las que es necesario acreditar la causalidad entre el daño y la actuación, es decir, que se trata de un problema de causalidad/no causalidad, en las de medios o actividad se trata de certificar la culpabilidad/no culpabilidad. En este sentido, YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Comentario a la STS de 31 de enero de 1990", Cuadernos Civitas, n° 22/1990, pág. 285.

⁸³ SsTS de 21 de septiembre de 1988, Ar.6847; de 30 de julio de 1991, Ar.5435 y de 23 de noviembre de 1990, Ar. 9042. En ésta última se señala, en su FJ° 5°: "Existiendo una evidente conducta culposa en el autor material del daño, culpa *in operando*, ello determina, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 4° del artículo 1903, la correlativa responsabilidad por culpa *in vigilando*, o culpa *in eligendo* en la entidad de que dependía".

⁸⁴ Y no sólo en estos casos, porque el Tribunal, de este modo, dificulta o incluso imposibilita la demostración de la prueba liberatoria del empresario. Lo que se configura legalmente en una responsabilidad por culpa se convierte en una clara responsabilidad objetiva.

efecto, como ya ha quedado argumentado, ello no resulta compatible con el ámbito de autonomía técnica propia de estos empleados y con la existencia de una titulación que legitima su capacitación, por lo que, de acuerdo con la postura mantenida ningún reproche de este tipo puede hacerse al empresario que contrata un profesional titulado, y esto porque las actuaciones técnico-profesionales quedan al margen del poder empresarial de dirección. En efecto, la existencia de relación laboral entre empresario y profesional no deviene en una subordinación que conlleve un control y vigilancia directa, sino que se constata la existencia de campos de actuación independiente en las que esa injerencia empresarial no se puede llevar a cabo⁸⁵.

En definitiva, la idea central que emana de las sentencias del Tribunal Supremo, es que lo principal es el aseguramiento del resarcimiento del perjuicio causado, por lo que se acude, con mayor facilidad de la permisible, a la aplicación de la responsabilidad del empresario por hechos de sus empleados dependientes. Un ejemplo evidente de esta tendencia es la posibilidad de considerar responsable a la empresa incluso aunque no haya sido identificado el autor material del hecho causante del daño.

En este sentido, ZELAYA ETCHEGARAY, P.: *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., págs.186 y 192.

⁸⁵ ZELAYA ETCHEGARAY, P.: *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., pág. 193.

La protección excesiva de la víctima desnaturaliza las propias instituciones jurídicas: mayor capacidad de respuesta tiene la empresa que el profesional asalariado, pero ello no debe hacer olvidar que para poder exigir responsabilidad a la empresa no es suficiente la concurrencia de un resultado dañoso, sino que debe quedar suficientemente acreditada la existencia de un actuar culpable de un dependiente, entendiéndose por tal la actividad laboral consecuencia de obligaciones dependientes, de manera que únicamente responderá la empresa si se trata de un daño causado como consecuencia de ese ámbito de dependencia que se mantiene.

Por su parte, entiendo que de la existencia de esta actuación culpable del autor del daño no puede pasarse a entender que existió también culpa empresarial para justificar la exigencia de responsabilidades por hecho ajeno. El empresario responde, y puede, posteriormente, repetir contra el empleado lo que hubiese satisfecho. Pero responde solamente de las obligaciones dependientes, esto es, de las que pueden incluirse dentro de su espacio de poder de dirección.

La existencia de una conducta dañosa en el asalariado sólo puede determinarse en el proceso correspondiente y, en consecuencia, debería exigirse la personación en el mismo de empleado y empleador, para determinarse los ámbitos de culpa y de responsabilidad de cada uno de ellos.

Y es que además no puede olvidarse la previsión del último párrafo del artículo 1903, según el cual la responsabilidad por hecho ajeno cesa cuando se acredite

haber actuado con la diligencia de un buen padre de familia, lo que evidencia que el Código mantiene una posición subjetiva de la responsabilidad, presumiéndose la culpa del empresario, y que la tendencia jurisprudencial a la objetivación no se corresponde con el tenor de los mencionados artículos, sino que únicamente pretende la protección de la víctima y la garantía del resarcimiento del daño.

Del resultado dañoso producido como consecuencia de una actuación dependiente responderá el empresario, excepto prueba en contrario de su actuar diligente. En cambio, del producido en ejercicio de una decisión puramente técnica no puede responder, puesto que respecto a éstas no puede efectuar ningún tipo de injerencias, no existe vigilancia ni control.

2.2.- Responsabilidades derivadas de la legislación penal

En el ámbito del Derecho penal es necesario distinguir dos tipos de responsabilidad derivada de delito: la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, regulada en el Código penal y con un régimen legal diferente del establecido en la legislación civil⁸⁶.

2.2.1.- La responsabilidad penal

La responsabilidad penal propiamente dicha sólo puede atribuirse a los autores y cómplices del hecho delictivo (artículos 27,28 y 29 del Código penal) y, en consecuencia, la misma no se extiende en ningún caso al empresario por actos de sus empleados, excepto que haya tomado parte en los actos ilícitos, en cuyo caso será considerado él mismo autor de los hechos⁸⁷. No existe,

⁸⁶ La existencia en el ámbito penal de normas que regulen la obligatoriedad de reparar el daño producido como consecuencia de un delito o falta responde a una razón histórica: se introduce en el Código Penal de 1822, intentando colmar una laguna en espera de la codificación civil. Sin embargo, el Código civil en lugar de suprimir la dispersión de normas, la consagra a través del artículo 1902. Véase entre otros MONTÉS PENADÉS, V.L.: "Responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", en AAVV: *Comentarios al Código penal de 1995* (coord. Vives Antón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 573 y 574.

⁸⁷ En este sentido, pueden verse las precisiones contenidas en el artículo 30 del Código penal respecto a

por consiguiente, más responsable penal que el que realiza los hechos, con independencia de la existencia de relación laboral o no.

En relación con la responsabilidad penal de los profesionales es necesario aludir a lo que se denomina imprudencia profesional, recogida en el Código penal en los artículos 142.3, 146, 152.3 y 158, respecto a los delitos de homicidio, aborto, lesiones y lesiones al feto, y que consiste en una modalidad culposa de comisión de estos delitos, más severamente castigada que la imprudencia común, ya que se incluye como pena principal, junto a la pena privativa de libertad, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo⁸⁸.

La jurisprudencia, en la aplicación de este instituto jurídico, distingue entre negligencia o culpa

los delitos y faltas que se cometen utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, en que la responsabilidad criminal puede alcanzar a directores de la publicación o programa, directores de la empresa editora o difusora y directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora cuando hayan participado en la comisión del hecho delictivo en la forma prevista en el artículo 28 del mencionado Código. Sobre el tema, muy ampliamente, véase GÓMEZ TOMILLO, M.: *Libertad de información y teoría de la codelinquencia*, Comares, Granada, 1998.

⁸⁸ Véase MORALES PRATS, F. en AAVV: *Comentarios al Nuevo Código penal*, (dir. Quintero Olivares), Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 695. También GARCÍA RIVAS, N.: "La imprudencia profesional: una especie a extinguir", *Revista de Derecho Social*, n° 6/1999, págs. 79 y ss.

del profesional y negligencia profesional⁸⁹, en un intento de aplicación restrictiva de esta figura normativa⁹⁰. La *imprudencia del profesional* es una imprudencia común que tiene lugar en el ámbito profesional del autor, mientras que la imprudencia profesional incluye la *impericia profesional* (de quien ostentando un título que le capacita para desarrollar su actividad profesional, contradice con su actuación esa presunta competencia) y la *negligencia profesional* (que se caracteriza por una transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen)⁹¹. La distinción e incluso la figura jurídica de la imprudencia profesional es criticada por la doctrina penalista, entendiéndose que no cabe una mayor reprochabilidad en la conducta imprudente por el mero hecho de que su autor sea un profesional, por lo que se trataría de una agravación

⁸⁹ Entre la jurisprudencia más reciente, que ya aplica el CÓDIGO PENAL de 1995, pueden verse las SSTS de 22 de enero de 1999, Ar.275, y 18 de noviembre de 1998, Ar.8632. También resulta imprescindible la STS de 18 de noviembre de 1991, Ar.9448, en la que el Tribunal condena a un grupo de profesionales médicos por su negligente control de transfusiones de sangre contaminada con el VIH, que provocaron resultados lesivos a varias personas.

⁹⁰ GARCÍA RIVAS, N.: "La imprudencia profesional: una especie a extinguir", cit., pág. 83. Por su parte, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC en AAVV: *Derecho penal. Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pág. 53, ponen de manifiesto los diferentes criterios que utiliza la jurisprudencia para referirse a la imprudencia cometida con vehículo de motor y a la profesional.

⁹¹ JORGE BARREIRO, A. en AAVV: *Comentarios al Código penal*, (dir. Rodríguez Mourullo), Civitas, Madrid, 1997, pág. 408.

contraria al principio de culpabilidad, habiéndose abogado por su supresión⁹².

2.2.2.- La responsabilidad civil derivada de delito o falta

El criminalmente responsable de un delito o falta puede además ser responsable civil, de acuerdo con el régimen previsto en los artículos 109 y ss. del Código penal, como consecuencia del hecho motivador de esa responsabilidad criminal, siempre que se hayan producido daños o perjuicios (artículo 116.1 del Código penal)⁹³.

⁹² GRACIA MARTÍN, L. en AAVV: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, (coord. Díez Ripollés, J.L. y Gracia Martín, L.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág.157. GARCÍA RIVAS, N.: "La imprudencia profesional: una especie a extinguir", cit., pág.95.

⁹³ En torno a la responsabilidad civil derivada de daños producidos por la comisión de delitos o faltas pueden verse las siguientes: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal*, tomo I, Ariel, Barcelona, 1972, págs. 948 y ss; MONTÉS PENADÉS, V.L.: "Responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", ob.cit., págs. 571 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G.: "De las personas civilmente responsables", en AAVV: *Comentarios al nuevo Código penal*, (dir. Quintero Olivares), Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 573 y ss.; ALBÁCAR LÓPEZ, J.L.: "De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", en AAVV: *Código penal* (dir. Conde-Pumpido Ferreiro), Madrid, 1997, págs. 1466 y ss. SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: "De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", en AAVV: *Comentarios al Código penal* (dir. Rodríguez Mourullo), Civitas, Madrid, 1997, págs. 327 y ss.

A diferencia de lo que hemos establecido con respecto a la responsabilidad penal, en este ámbito de responsabilidad civil derivada de delito sí puede establecerse un espacio de responsabilidad empresarial por actos de sus empleados.

En efecto, el artículo 109.1° del Código penal determina la obligación de reparar los daños y perjuicios causados por la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta, y según el artículo 120.4° del Código penal son también responsables, en defecto de los que lo sean criminalmente, *las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios*⁹⁴.

La responsabilidad civil destinada al resarcimiento de los daños producidos por la comisión de un delito o falta puede exigirse también ante la jurisdicción civil (artículo 109.2° del Código penal), de acuerdo con el régimen previsto en el Código civil, por lo que nos encontramos ante dos bloques normativos aplicables a una misma realidad jurídica, y aunque fundamento, naturaleza jurídica y finalidad sean

⁹⁴ Junto a esta responsabilidad por delitos o faltas cometidos por empleados, el artículo 120.3° del Código penal establece también la responsabilidad de personas naturales o jurídicas en casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de que sean titulares, cuando exista infracción de reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad por parte de administradores o empleados.

coincidentes, entre la responsabilidad civil extracontractual y la derivada de delito existen diferencias injustificadas, y por ello se ha defendido la necesaria unificación de las normas sobre responsabilidad civil⁹⁵.

A diferencia de la responsabilidad civil del empresario ex artículo 1903 párrafo 4° del Código civil, que es una responsabilidad directa, la responsabilidad civil derivada de delito o falta del trabajador convierte al empresario en responsable subsidiario ("en defecto de los que los sean criminalmente", ex artículo 120.4° del Código penal), de modo que será necesario, con carácter previo a la responsabilidad del empresario dos requisitos: la declaración de responsabilidad criminal y civil del empleado, así como su insolvencia⁹⁶.

⁹⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., pág. 9, 78 y 175 y ss., cita las siguientes normas distintas: plazos de prescripción, responsabilidad empresarial, carga de la prueba en algunos casos y pluralidad de responsables (pág. 189). También MONTÉS PENADÉS, V.L.: "De la responsabilidad civil de los delitos y faltas y de las costas procesales", en AAVV: *Comentarios al Código penal de 1995*, cit., pág. 575. En el mismo sentido, BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., págs. 10 y siguientes, que aboga también por la viabilidad de una unificación de ambas regulaciones, lo que no impediría que el Juez penal, por razones de economía procesal, entendiéndose, en el mismo procedimiento, de la indemnización de los perjuicios ocasionados por el ilícito penal.

⁹⁶ Como excepción al régimen de responsabilidad civil subsidiaria del empresario es necesario mencionar

En efecto, en el Código penal se atribuye responsabilidad civil subsidiaria al empresario, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios (artículo 120.4), de modo que donde no se declare la existencia de responsabilidad penal de empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones, no es posible fijar una responsabilidad civil subsidiaria a cargo de la entidad o empresa que los emplee o de la que dependan⁹⁷.

Los requisitos que viene siguiendo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para la aplicación de esta responsabilidad por hecho ajeno son la existencia de una relación de dependencia entre el responsable criminal y el responsable civil subsidiario, y que el delito que genera una y otra responsabilidad se encuentre dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones encomendadas y en el seno de la actividad, cometido o tarea, confiadas al infractor⁹⁸.

la contenida en el artículo 212 del Código penal, que establece la solidaridad de responsabilidades del autor y de la empresa informativa en los delitos de injurias y calumnias con publicidad, esto es, cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión u otro medio de eficacia semejante (artículo 211 Código penal). Se trata, una vez más, de garantizar y reforzar las posibilidades resarcitorias de la víctima. En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, G. en *Comentarios al Código penal*, ob.cit., págs. 635 y 636.

⁹⁷ STS de 15 de febrero de 1994, Ar.1420.

⁹⁸ SsTS de 29 de junio de 1987, Ar.5018; de 4 de septiembre de 1991, Ar.6021; de 4 de octubre de 1991,

La concurrencia de dichos requisitos ha sido objeto de una interpretación jurisprudencial amplísima, con una evidente finalidad protectora de la víctima. Así, se afirma que dentro de la idea de dependencia ha de incluirse cualquier relación entre el autor de la infracción penal y la persona física o jurídica responsable civil subsidiario, siempre que la actuación del infractor penal se produzca dentro del círculo de actividades determinantes de la relación⁹⁹, admitiéndose incluso la responsabilidad empresarial aunque el autor se extralimitara en las funciones encomendadas¹⁰⁰. En efecto, la tendencia del Tribunal Supremo de declarar la responsabilidad empresarial es manifiesta, admitiéndose incluso en caso de extralimitación de funciones, fundamentándose en la creación de un riesgo, justificación que resulta excesiva cuando se trata de comisión de hechos que se encuentran fuera de las obligaciones contractuales.

Se atribuye a la responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo un carácter cuasi-objetivo: a diferencia del régimen contenido en el Código civil, en la norma penal no se permite la exención de

Ar.6998; de 29 de octubre de 1994, Ar.8330; de 11 de noviembre de 1998, Ar.8957; de 22 de enero de 1999, Ar. 471, entre otras, en interpretación del anterior artículo 22 del CP, pero trasladable al actual 120.4 del Código penal vigente.

⁹⁹ SsTS 4 de octubre de 1991, Ar.6998; 8 de noviembre de 1991, Ar.7989; 20 de diciembre de 1991, Ar.9577; 22 de noviembre de 1993, Ar.8654.

¹⁰⁰ STS de 26 de marzo de 1997, Ar. 2512.

responsabilidad si se prueba el empleo de la diligencia exigible. Además se fundamenta en el principio de creación del riesgo¹⁰¹, entendiéndose que esta responsabilidad se genera cuando el responsable criminal actúa con la anuencia del presunto responsable civil subsidiario, de modo que si se actúa dentro de las competencias atribuidas, aunque no se cuente con expresa autorización, indicación o mandato, surge la responsabilidad civil subsidiaria¹⁰².

Al igual que la Sala Primera del Tribunal Supremo, tampoco la jurisprudencia de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo recoge la distinción entre obligaciones dependientes y no dependientes para establecer los marcos de responsabilidad del trabajador y del empresario. En todo caso, aunque se trate de una obligación subsidiaria ya que la empresa sólo sería responsable si deviniera insolvente el autor material, no debería declararse la responsabilidad empresarial más que en caso de que los daños provinieran de la comisión de un delito o falta en la ejecución de una obligación dependiente, y no en los casos de obligaciones no dependientes por pertenecer a la esfera de la autonomía técnica del profesional, ni en los casos de

¹⁰¹ Aunque en ocasiones se recurre también a la teoría de la culpa *in eligendo* y de la culpa *in vigilando*: STS de 4 de abril de 1998, Ar.4861.

¹⁰² SsTS de 18 de noviembre de 1991, Ar.9448, y de 22 de enero de 1999, Ar.403.

extralimitación en las funciones, aunque exista vínculo contractual de dependencia, y los hechos se produzcan en el tiempo y lugar de trabajo.

2.3.- Responsabilidades administrativas

Junto a las anteriores, el profesional asalariado podrá ser declarado responsable de las infracciones que cometa de carácter administrativo, debidas a la vulneración de normas administrativas, respecto de la que cabe hacer las siguientes precisiones.

Ninguna especialidad presenta respecto a las obligaciones y responsabilidades en materia de empleo y seguridad social¹⁰³, así como en materia de prevención de riesgos laborales¹⁰⁴, el hecho de que el trabajador asalariado sea un profesional, por lo que el régimen de responsabilidades no adquiere peculiaridades específicas. Sí las adquiere en comparación con las prestaciones independientes de servicios, en las que la ausencia de relación laboral hace muchas de ellas inexistentes, y en el resto el responsable será el propio profesional liberal.

¹⁰³ Sobre esta cuestión debe consultarse el RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Véase BLASCO PELLICER, A.: *Sanciones administrativas en el orden social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

¹⁰⁴ Comprendidas en la ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales, capítulo VII. Sobre esta Ley véase SALA FRANCO, T./ ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Junto a las responsabilidades administrativas por infracción de normas administrativas laborales, es necesario tener en cuenta la posibilidad de incumplimiento de obligaciones administrativas relacionadas con el objeto de la prestación de servicios. Aquí sí cabe hacer el mismo tipo de distinciones que se hacía anteriormente. Si se trata de un incumplimiento del profesional que está relacionado con aspectos técnicos de su prestación de servicios, en el ejercicio de su autonomía técnica, debería declararse la responsabilidad de éste. Por el contrario, el incumplimiento de normas administrativas que respondan a órdenes e instrucciones del empresario, haría a éste responsable.

Finalmente es necesario hacer mención de las responsabilidades relacionadas con las obligaciones corporativas del profesional, de las que responderá él en exclusiva, con independencia de que exista relación laboral o ejercicio libre de la profesión, puesto que las exigencias propias del ejercicio profesional son idénticas en ambos casos. Así resulta obligatoria la adscripción al Colegio profesional correspondiente, y el cumplimiento consiguiente de las obligaciones derivadas de la pertenencia a esta corporación.

Respecto a estas obligaciones corporativas será necesario acudir a las previsiones de los Estatutos Generales de cada profesión colegiada, pues es en ellos donde se prevén tanto las obligaciones, deberes y derechos de los colegiados, como las posibles infracciones y sanciones que cabe imponer. En este ámbito, el profesional queda absolutamente desvinculado

del empresario, y sólo aquél resultará responsable de sus actividades respecto al Colegio profesional correspondiente. La responsabilidad que aquí se presenta pertenece al ámbito personal y exclusivo del profesional.

La responsabilidad corporativa surge, por tanto, en los casos de profesiones colegiadas y en los supuestos previstos en sus estatutos, que se refieren a infracciones cometidas en el ejercicio de la profesión, o respecto a sus deberes corporativos, o que sean contrarias a la moral o al prestigio de la profesión¹⁰⁵.

El Colegio profesional tiene competencias para ordenar la actividad profesional de los colegiados (artículo 5.i, Ley 2/1974), e igualmente para cumplir y hacer cumplir a los colegiados las leyes generales y especiales y los Estatutos profesionales y Reglamentos de Régimen Interior, así como las normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiales (artículo 5.t, Ley 2/1974).

En desarrollo de la mencionada disposición, los Colegios profesionales elaboran los Estatutos Generales de cada profesión¹⁰⁶ (que son posteriormente aprobados por

¹⁰⁵ VÁZQUEZ BONOME, A.: *La responsabilidad profesional del graduado social*, Lex Nova, Valladolid, 1992, pág.227.

¹⁰⁶ En este sentido, el artículo 6.3 de la Ley 2/1974 establece el contenido de los Estatutos Generales, en el que cabe destacar, a los efectos que aquí interesan, la adquisición, denegación y pérdida de la condición de colegiado (letra a), derechos y deberes de los colegiados (letra b), y régimen de distinciones y

el Gobierno). Pues bien, en ellos se establecen una serie de obligaciones de los colegiados en relación con el ejercicio de la profesión y las relaciones entre el colegiado y el Colegio, entre colegiados, o entre el colegiado y terceros.

Para el efectivo cumplimiento de dicho objetivo se atribuye al Colegio profesional un poder disciplinario en relación con un cuadro de faltas y sanciones¹⁰⁷.

El texto de los Estatutos Generales de cada profesión colegiada¹⁰⁸ acredita que en este ámbito resulta

premios, y disciplinario (letra g). En el mismo sentido se manifiestan las leyes de Colegios profesionales autonómicas.

¹⁰⁷ Sobre el tema véase el epígrafe 4 de este capítulo.

¹⁰⁸ En este sentido pueden consultarse, entre otros, los siguientes: - Estatuto general de la Abogacía Española aprobado por RD 658/2001, de 22 de junio: Título III respecto a los *Derechos y deberes de los Abogados*, y Título VIII, *El régimen de responsabilidad de los colegiados*; - Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial, aprobado por RD 1018/1980 de 19 de mayo: Artículo 43 que establece los *Deberes de los colegiados* y Título VIII *régimen disciplinario*; - Estatuto Orgánico de la profesión de gestores administrativos: aprobado por Decreto 424/1963 y modificado por RD 2532/1998, de 27 de noviembre: Artículo 24 respecto a las *obligaciones*, y Capítulo VII respecto a la *Infracciones y sanciones*; - Estatutos de la Organización Colegial de Veterinarios, aprobados por Orden de 25 de septiembre de 1970: Capítulo XX, *De los deberes de los colegiados*, y Capítulo XXIV, *De las correcciones disciplinarias*; - Estatuto General de Procuradores de los Tribunales: aprobado por RD 2046/1982, de 30 de julio: Título IV, *De la responsabilidad disciplinaria*; - Estatutos Generales de Ingenieros Agrónomos, aprobados por Real Decreto

indiferente la existencia de relación laboral, puesto que en todo caso el responsable será siempre el trabajador. Ninguna distinción puede hacerse de ámbitos de responsabilidad en este aspecto. Las distintas normas establecen las obligaciones de los colegiados¹⁰⁹, para posteriormente introducir un régimen de faltas y sanciones en las que pueden incurrir los mismos, de las que solamente ellos responden.

2716/1982, de 24 de septiembre: Título III, *La jurisdicción disciplinaria*.

¹⁰⁹ Como se sabe el ordenamiento específico de los Colegios profesionales suele ser la norma que reglamenta las profesiones. Véase en este sentido, SOUVIRON MORENILLA, J.M^a.: *La configuración jurídica de las profesiones tituladas*, cit., pág. 137.

2.4.- Responsabilidad del profesional al servicio de la Administración pública

Resulta necesario, para finalizar, constatar las diferencias de régimen jurídico previstas normativamente para el personal al servicio de las Administraciones públicas.

La regulación vigente está contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y es resultado de la reforma introducida mediante la Ley 4/1999, de 13 de enero, que supuso una modificación, entre otros, de los artículos 140 y ss., correspondientes al Capítulo I del Título X, relativo a la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio, así como la introducción de la disposición adicional duodécima.

2.4.1.- Responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas

De esta normativa interesa destacar las disposiciones referentes a la responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas contenida en el reformado artículo 145 de la Ley 30/1992. De acuerdo con este precepto la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio se exigirá directamente a la Administración

pública correspondiente, que a su vez será la competente para exigir de oficio, a los causantes del daño y una vez reparado éste, la responsabilidad en que hubieran incurrido, siempre que el daño se hubiera producido por dolo, culpa o negligencia graves¹¹⁰.

El concepto de responsabilidad patrimonial a que se refiere este artículo puede derivarse del contenido del Capítulo I del Título X de la Ley 30/1992, como aquélla que surge ante toda lesión que los particulares sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (artículo 139).

Cuando el daño sea causado por las autoridades y personal al servicio de la Administración, la Ley establece una responsabilidad directa de la propia Administración, de modo que será ésta quien venga a reparar el daño, sin perjuicio de que posteriormente

¹¹⁰ La anterior redacción del artículo 146 de la Ley 30/1992 permitía exigir la responsabilidad civil del personal al servicio de la Administración pública de acuerdo con la legislación civil, lo que parecía entrar en contradicción con la redacción del artículo 145 de la misma ley, por lo que se había interpretado en el sentido de entender que el artículo 146 se refería únicamente a las conductas privadas y, por tanto, ajenas al ejercicio del cargo o función. Véase en este sentido PANTALEÓN, F.: *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 57. Estos problemas interpretativos resultan resueltos con la nueva redacción, al excluirse del artículo 146 la referencia a la responsabilidad civil, quedando así referido únicamente a la responsabilidad penal.

exija la correspondiente responsabilidad a los autores del daño.

Se instituye, pues, una responsabilidad directa y ajena a todo concepto de culpa, tal y como hacía ya el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, que consagró en nuestro derecho la responsabilidad patrimonial de la Administración¹¹¹, y que posteriormente constitucionalizó el artículo 106.2 del texto constitucional.

Ello supone que quedan, por tanto, incluidos no sólo los daños ilegítimos, consecuencia de una actividad culpable de la Administración o sus agentes, sino también los producidos por actuaciones lícitas¹¹².

Esta asignación de responsabilidad directa de la Administración por los actos lesivos del personal a su servicio tiene consecuencias muy relevantes desde un punto de vista sustantivo, pero también desde la óptica del orden jurisdiccional competente.

En el primer sentido, la exigencia de responsabilidad directa a la Administración, viene a suponer que los actos del personal al servicio de la

¹¹¹ Véase sobre esta regulación GARCÍA DE ENTERRÍA et al.: *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, 2ª edic., Civitas, Madrid, 1984, págs. 334 y ss.

¹¹² GARCÍA DE ENTERRÍA et al.: ob.cit., pág. 336. También MARTÍN JIMÉNEZ, R.: "Asistencia sanitaria de la Seguridad Social: responsabilidad objetiva y responsabilidad por culpa", *Relaciones Laborales*, nº 19/1999, págs. 72 y ss.

Administración se consideran como actos de la propia Administración¹¹³, con las consecuencias jurídicas que ello supone: la exclusión del régimen de responsabilidad establecido en el Código civil, y en consecuencia, la aplicación de un régimen jurídico propio y diferenciado, contenido en la mencionada Ley 30/1992, y ello incluso cuando la Administración actúa en relaciones de Derecho privado¹¹⁴, según determina el artículo 144 de esta Ley. La anterior redacción de este artículo remitía a la propia norma únicamente los aspectos procedimentales, por lo que se entendía aplicable la legislación civil. En cambio, tras la Ley 4/1999, el artículo 144 se remite tanto a aspectos sustantivos como adjetivos, por lo que se viene así a reforzar el régimen de responsabilidad directa de la Administración¹¹⁵.

¹¹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Nuevas perspectivas de la responsabilidad administrativa (y III)", en *Relaciones Laborales*, nº 8/1999, pág. 4.

¹¹⁴ Así, el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en sus actuaciones de derecho privado vendrá sometido a la misma normativa que en las sujetas al derecho administrativo, lo que constituye una novedad con respecto al anterior régimen y un avance en la unificación de procedimientos. En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ et al.: *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 539 y 540.

¹¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Nuevas perspectivas de la responsabilidad administrativa (y III)", cit., pág. 5.

Desde un punto de vista procesal, este régimen de responsabilidad directa de la Administración también tiene notables consecuencias, ya que la competencia corresponderá en cualquier caso a la jurisdicción contenciosa-administrativa, lo que rompe la tendencia de la jurisdicción civil¹¹⁶ y de la laboral¹¹⁷ en torno a su propia *vis atractiva*. Esta tendencia ya había sido truncada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, que ya establecía como criterio general la competencia de este orden jurisdiccional en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, al establecerlo en su

¹¹⁶ En este sentido venía pronunciándose la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Así puede verse la STS (Sala de lo Civil) de 12 de junio de 1997, Ar.4769, en la que la competencia del orden civil se justifica en que en estos casos el organismo de Derecho público no actúa con *ius imperium*, sino que actúa en relaciones de derecho privado. Igualmente, la STS de 26 de mayo de 1997, Ar. 4115, en la que se plantea la incompetencia de la jurisdicción civil, resolviéndose por la Sala en sentido negativo, entendiéndose en consecuencia que al originarse la responsabilidad en una actuación producida en el ámbito del derecho privado *resulta influyente la vis atractiva de la jurisdicción civil*, añadiéndose que *cualquier actuación desviada de la correcta aplicación del arte y ciencia médica entra en la órbita civil*. En el mismo sentido, se había pronunciado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo con anterioridad, y así pueden verse las Sentencias de fecha 27 de febrero de 1995, Ar.4077, 30 de julio de 1991, Ar.5435, 23 de noviembre de 1990, Ar. 9042, 30 de enero de 1990, Ar.74, 16 de marzo de 1987, Ar. 10213/1988, entre otras.

¹¹⁷ Por su parte, la STS (Sala de lo Social) de 19 de abril de 1999, declara su competencia y resuelve acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

artículo 2 e), en que además se determinaba la imposibilidad de demandar a las Administraciones Públicas ante los órdenes jurisdiccionales civil o social sobre pretensiones en materia de responsabilidad patrimonial.

Se excluye, por tanto, la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil, tanto sustantivas como procesales. La misma tendencia cabe apreciar en la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, introducida mediante la ya reiterada Ley 4/1999. Según esta disposición la responsabilidad patrimonial de Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en la ley 30/1992, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo. Se trata así de un ejemplo más de la unificación del procedimiento administrativo y de la canalización hacia el orden contencioso-administrativo en materia de responsabilidad de la administración¹¹⁸.

¹¹⁸ En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Nuevas perspectivas de la responsabilidad administrativa (y III)", cit., pág.4.

2.4.2.- Responsabilidad penal

La solución que concede la ley respecto a la responsabilidad penal es muy distinta. Con respecto a ésta se rompe esta tendencia unificadora, ya que, según prevé el artículo 146 de la Ley 30/1992, la responsabilidad penal y la civil derivada de delito del personal al servicio de las Administraciones públicas seguirá rigiéndose por las normas previstas en el vigente Código penal¹¹⁹. La previsión no plantea ninguna duda respecto a la responsabilidad penal propiamente dicha. Sin embargo, sí cabe cuestionarse acerca de la compatibilidad de las previsiones de esta Ley, ya que respecto a la responsabilidad civil derivada de delito hemos de entender la misma remisión a la legislación penal, y en este sentido debe recordarse la previsión contenida en la legislación penal en el sentido de poder optar, el perjudicado, por exigir la responsabilidad civil derivada de delito ante la Jurisdicción civil. De este modo cuando la responsabilidad civil derive de delito podrá exigirse ante la jurisdicción civil o penal, con independencia de que el autor del hecho sea personal al servicio de la Administración. Se rompe aquí el sentido unificador de la norma, por permitirse acudir a otra jurisdicción, y porque en aplicación del Código penal la Administración respondería subsidiariamente por los daños causados por los penalmente responsables, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la

¹¹⁹ "... de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente", según la dicción literal del artículo 146.

misma o funcionarios públicos (artículo 121 del Código penal).

En mi opinión, la no exclusión por la norma administrativa de la posibilidad de exigencia de la responsabilidad civil derivada de daños y perjuicios originados en un acto delictivo en la vía jurisdiccional civil, permitiría finalmente acudir a este orden jurisdiccional para la reclamación de responsabilidad del personal al servicio de la Administración, lo que contradice el sentido unificador pretendido con las normas administrativas.

Por su parte, el número 2 del artículo 146¹²⁰ establece la independencia entre el procedimiento penal y los procedimientos de responsabilidad patrimonial, de modo que el inicio de un procedimiento penal dirigido contra el personal al servicio de la Administración, no impide la exigencia de la responsabilidad patrimonial de ésta por las actuaciones de sus agentes¹²¹. Ante esta

¹²⁰ Artículo 146.2: "La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial".

¹²¹ En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ et al.: *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, cit.,* pág. 556.

posible duplicidad, se ha señalado¹²² que, mientras en el proceso penal se resuelve la acción civil derivada de delito, en el correspondiente proceso administrativo se decide acerca de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración. Lo anterior no debe llevar, sin embargo, a entender que sea posible una duplicidad de reparaciones y, en consecuencia, un enriquecimiento injusto.

2.4.3.- La acción de repetición

El régimen de responsabilidad directa de la Administración por actos de sus autoridades y demás personal a su servicio permite repetir posteriormente esa responsabilidad, exigiéndose de oficio¹²³, previa instrucción de procedimiento, siempre que los autores del resultado lesivo lo hubiesen cometido por dolo o culpa o negligencia graves (artículo 145, párrafos 2°, 3°, 4° y 5°).

Para el ejercicio de esta acción de repetición será necesario ponderar los siguientes criterios: el resultado dañoso, la existencia o no de intencionalidad,

¹²² GONZÁLEZ PÉREZ et al.: *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, cit., pág. 557.

¹²³ Se había criticado en la anterior regulación la no existencia de esta deber de proceder de oficio. PANTALEÓN, F.: *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, cit., pág. 58.

la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y la relación del autor de la acción con el resultado dañoso. La interpretación de dichos criterios permite afirmar que: debe existir proporción entre el daño y la actividad realizada; debe concurrir culpa o negligencia grave, lo que exige analizar la concurrencia de intencionalidad; debe atenderse a la profesión y la responsabilidad que de ella pueda derivar, según los conocimientos que exigibles; y finalmente, debe estarse a criterios de imputabilidad del acto al presunto autor¹²⁴.

En definitiva, del régimen de responsabilidad del personal al servicio de la Administración que acabamos de reflejar brevemente, puede constatarse que se efectúa una separación de regímenes, en aspectos sustantivos y procesales, dependiendo de que los servicios profesionales se enmarquen en una relación laboral en una empresa privada o en una Administración pública, esto es, según quien sea el receptor de los servicios; y, a su vez, existe una unidad de regímenes jurídicos cuando la responsabilidad por daños es exigible a la Administración, por actos de sus empleados, ya actúen en relaciones de derecho administrativo o de derecho privado, con la única excepción de la responsabilidad

¹²⁴ GONZÁLEZ PÉREZ et al.: *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, cit.,* pág. 547.

Capítulo Tercero

penal del personal al servicio de la Administración, para la cual existe una remisión a la legislación penal.

3.- Deontología profesional y deber de obediencia

De igual modo que se ha determinado que la autonomía técnica permite al profesional asalariado una cierta independencia en la determinación del modo en que ha de llevar a cabo la prestación de sus servicios, situación que favorece una limitación al poder directivo del empresario, en cuanto que de éste no pueden emanar órdenes e instrucciones que supongan una injerencia en este ámbito de independencia que conllevan las relaciones de trabajo de profesiones de alto nivel técnico o intelectual, será necesario determinar si el respeto a las normas deontológicas de cada profesión ha de tener repercusiones en la relación laboral, puesto que también es necesario constatar que debe garantizarse la independencia moral del profesional en el desarrollo de su prestación de servicios.

En este sentido, no debe olvidarse que el Tribunal Constitucional ha defendido como legítima la colegiación obligatoria de los profesionales, con independencia de su carácter de trabajadores asalariados o dependientes¹²⁵. Dicha posición ha sido criticada, al entenderse que en gran medida pierde su inicial justificación, por la concurrencia de la figura empresarial, que asume el riesgo y cuenta con poderes de

¹²⁵ SsTC 89/1989, de 11 de mayo; 131/1989, de 19 de julio; 2921/1995, de 7 de abril y 194/1998, de 1 de octubre, entre otras.

dirección y de disciplina sobre quien efectivamente realiza el trabajo¹²⁶. Sin embargo, las funciones públicas que se atribuyen a los Colegios profesionales en el sentido de ordenar la profesión, y las consiguientes de control deontológico y disciplinario no pueden ser sustituidas por las del empresario en la relación laboral. El Colegio profesional tiene competencia también sobre los profesionales asalariados, y ello no puede impedirlo la existencia de un vínculo de dependencia jurídica entre trabajador y empresario¹²⁷.

¹²⁶ GARCÍA MURCIA, J.: "Sindicación y Colegios profesionales en la doctrina del Tribunal Constitucional", VII Jornadas Universitarias Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla, 1991, págs. 60-61. También OJEDA AVILÉS, A.: "Las profesiones liberales y el mercado de trabajo", en *Formación profesional, contratación y mercado de trabajo*, RODRÍGUEZ RAMOS (ed.), Universidad de Sevilla, Sevilla, 1991, pág.85.

¹²⁷ Las mismas afirmaciones han sido efectuadas por el Tribunal Constitucional respecto a los profesionales que prestan servicios en la Administraciones Públicas. Así en su STC 35/1993, de 8 de febrero se afirma literalmente que *la circunstancia de que el ejercicio de la actividad no se realice privadamente, sino en una institución dependiente del INSALUD, es irrelevante, pues no por ello deja de ejercerse la profesión*. Sobre la misma cuestión se ha pronunciado el TC en sus Sentencias número 131/1989 y 194/1998. En este ámbito de ejercicio, en mi opinión, si puede entenderse que la colegiación obligatoria es innecesaria, pues la Administración sí puede asumir la defensa de la tutela de los fines públicos concurrentes. Sobre esta cuestión véase supra epígrafe 2.4.2.2 del Capítulo Primero.

En consecuencia, resulta obligatorio precisar si el conjunto de normas deontológicas, que habitualmente emana de los Colegios profesionales, intervendrán en el desarrollo de la relación laboral de estos trabajadores. Desde luego los profesionales-trabajadores han de guardar respeto a este tipo de normas morales en el ejercicio de su profesión, puesto que ellos son sus destinatarios efectivos en cuanto que profesionales¹²⁸. Pese a ello, lo que deberá analizarse es si su repercusión alcanzará también a los empresarios que los contraten y, por consiguiente si en las relaciones laborales con profesionales, de alto nivel técnico e intelectual, la facultad de dirigir órdenes e instrucciones debe ser acorde con el conjunto de normas éticas impuestas desde los Colegios profesionales.

El estudio de esta interrelación entre normas éticas o deontológicas y contrato de trabajo requiere como premisas previas la concreción de lo que debe entenderse por deontología y el establecimiento de la función de los Colegios profesionales en esta materia. Además con respecto a las relaciones de los profesionales de la información el respeto a su independencia moral va acompañado de las facultades que la constitución les confiere en su artículo 20.1.d), que han sido desarrolladas por la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio,

¹²⁸ LEGA, C.: *Deontología de la profesión de abogado*, edición traducida por Sánchez Morón, Civitas, Madrid, 1983, pág. 60: "...los destinatarios de la normativa deontológica son solamente los inscritos en el registro profesional. Quedan, pues, excluidos de ella sus clientes".

y que se concretan en la posibilidad de aplicar la denominada cláusula de conciencia, con las repercusiones que posteriormente se señalarán. Especiales dificultades pueden también presentarse en las relaciones dependientes de profesionales sanitarios y farmacéuticos, ya que por razones de conciencia pueden plantearse conflictos de derechos entre los profesionales y los pacientes.

Una vez determinadas estas cuestiones previas es posible dilucidar el contenido de la concreta relación entre poder directivo y respeto a normas deontológicas y sus consecuencias jurídicas.

3.1.- Deontología y Colegios Profesionales

La función de ordenación de la actividad profesional, y las consecuentes de velar por la ética y dignidad profesional y por el respeto a los derechos de los particulares, son atribuidas en la Ley a los Colegios Profesionales¹²⁹. Para la efectividad de dichas funciones los Colegios tienen también atribuida la función disciplinaria en los ámbitos profesional y colegial.

En definitiva, la Ley de Colegios Profesionales habilita a estas organizaciones para determinar limitaciones deontológicas a la libertad del ejercicio profesional de los colegiados.

Se denomina deontología a la ciencia o tratado de los deberes¹³⁰, y que aplicada a las profesiones intelectuales viene referida al conjunto de reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional de carácter no técnico, ejercidas o vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional¹³¹.

¹²⁹ Artículo 5, i) de la Ley de Colegios Profesionales, 2/1974, de 13 de febrero.

¹³⁰ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima primera edición, Madrid, 1992.

¹³¹ LEGA, C.: *Deontología de la profesión de abogado*, cit., pág. 23.

Así pues, las normas deontológicas rigen el aspecto ético de cada profesión u oficio, tienen su origen habitualmente en la costumbre y su contenido es esencialmente moral¹³².

Pese a dictarse específicamente por los distintos Colegios Profesionales, Consejos Superiores de Colegios Profesionales u órganos equivalentes, para cada profesión, la doctrina ha determinado la existencia de unos principios universales, de aplicación, por tanto, a todas las profesiones: "obra según ciencia y conciencia" y "probidad profesional"¹³³. Junto a ellos, también es posible admitir la existencia de principios sectoriales, esto es, comunes a varias profesiones; y finalmente, los típicos y exclusivos de una profesión¹³⁴.

El contenido moral de estas normas éticas debe ser acorde con las distintas orientaciones ideológicas de sus destinatarios¹³⁵, por lo que habitualmente resultan de

¹³² LEGA, C.: *Deontología de la profesión de abogado*, cit., págs 25-26.

¹³³ LEGA, C.: *Deontología de la profesión de abogado*, cit., págs. 66 y siguientes.

¹³⁴ LEGA, C.: *Deontología de la profesión de abogado*, cit., págs. 66 y siguientes. También GALLEGO MORALES, A.J.: *Colegios Profesionales y Sindicatos. Confluencias y tensiones*, Comares, Granada, 1996, pág. 84.

¹³⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: "El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional" en AAVV: *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 326.

un considerable contenido abstracto, y de ahí deriva el problema jurídico de mayor trascendencia que plantean los Códigos deontológicos. En efecto, éstos gozan de una extraordinaria indeterminación y abstracción, configurándose, como ya hemos señalado, como principios éticos, no conteniendo habitualmente una relación de conductas sancionables. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios Profesionales no constituyen *simples tratados de deberes morales* sin consecuencias en el orden disciplinario, sino que determinan obligaciones de necesario cumplimiento para los colegiados¹³⁶. Además, el Tribunal Supremo ha considerado suficiente predeterminación normativa para definir conductas sancionables la tipificación por incumplimiento de las normas deontológicas y de las reglas éticas¹³⁷.

No cabe duda de que la abstracción alcanzada evita el estancamiento de estas normas, ya que permite una capacidad de adaptación a cada lugar y momento histórico. Sin embargo, ello puede conllevar repercusiones muy relevantes cuando ante una supuesta infracción de deberes deontológicos el Colegio profesional debe acudir a su facultad disciplinaria. En

¹³⁶ Fundamento Jurídico 5° de la STC 219/1989, de 21 de diciembre. La misma doctrina puede verse en el Tribunal Supremo (Sala Tercera): Sentencias de 15 de octubre de 1998, Ar. 8840; de 10 de diciembre de 1998, Ar.10182; de 17 de diciembre de 1998, Ar.10377 y de 31 de diciembre de 1998, Ar.10226.

¹³⁷ Fundamento Jurídico 3° de la STS (3ª) de 31 de diciembre de 1998, Ar.10226.

efecto, la indeterminación de las conductas puede implicar una vulneración de los principios de tipicidad y de defensa, de necesario respeto en cualquier procedimiento sancionador¹³⁸. A estas posibles infracciones debe añadirse la vulneración de la garantía formal de reserva de ley impuesta en el artículo 25.1 del texto constitucional, ya que habitualmente el instrumento jurídico en que se plasman es un acuerdo de los entes colegiales.

La interpretación de estas supuestas irregularidades de las normas deontológicas colegiales ha sido efectuada por el Tribunal Constitucional. Así en la STC 219/1989, de 21 de diciembre, se reitera la doctrina de este Tribunal en torno al contenido del artículo 25.1 de la Constitución, en el sentido de determinar éste una doble garantía: la necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes y la reserva de ley en materia punitiva. El Tribunal atribuye a esta segunda garantía una eficacia relativa o limitada en el ámbito de las sanciones administrativas, perdiendo parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial¹³⁹.

Respecto a las sanciones impuestas desde los Colegios profesionales, el Tribunal determina la inexistencia de vulneración de la garantía formal de

¹³⁸ GALLEGO MORALES, A.J.: *Colegios Profesionales y Sindicatos. Confluencias y tensiones*, cit., pág. 86.

¹³⁹ Fundamento Jurídico 2º de la STC 219/1989, ya citada.

reserva de ley, pese a que la única cobertura legal que poseen es el artículo 5 i) de la Ley de Colegios profesionales, 2/1974, de 13 de febrero, que contiene una simple remisión a la autoridad colegial o corporativa, sin contenido sancionador material propio. La remisión a los Acuerdos de las Juntas, definidores de los deberes relacionados con la profesión se consideran plenamente admisibles, tanto en la doctrina constitucional¹⁴⁰ como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴¹.

Sin embargo, la justificación de tal razonamiento es, para el Tribunal Constitucional, que nos hallamos ante relaciones de sujeción especial, constituida sobre la base de la delegación de potestades públicas en entes corporativos con fundamento en el artículo 36 de la Constitución¹⁴².

Con relación a la posible infracción de la garantía material del artículo 25.1 de la Constitución (tipicidad de conductas y proporcionalidad de sanciones), el Tribunal señala la no vulneración de tal garantía cuando, como en el caso de las normas deontológicas, se acude a conceptos jurídicos indeterminados, con la única previsión de que *"su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever con suficiente seguridad,*

¹⁴⁰ Fundamento Jurídico 6º de la STC 219/1989.

¹⁴¹ STS (3ª) de 4 de diciembre de 1995, Ar.9679.

¹⁴² Fundamento Jurídico 3º de la STC 219/1989.

la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada"¹⁴³.

Esta interpretación laxa del artículo 25 del texto constitucional se justifica por estar ante relaciones de sujeción especial, para las que el Tribunal admite criterios muy flexibles en materia disciplinaria¹⁴⁴. Según el Tribunal Constitucional, para un colegiado que ha asumido los deberes propios de su relación especial por el hecho de su colegiación, carece de relieve que las normas no definan expresamente como infracciones disciplinarias el incumplimiento de sus preceptos.

Sin embargo, es apreciable una suavización de esta posición del Tribunal Constitucional en posteriores Sentencias, que resuelven igualmente posibles infracciones en el ejercicio del derecho sancionador por parte de los Colegios Profesionales. En efecto, en la Sentencia 93/1992, de 11 de junio¹⁴⁵, y las posteriores 153/1996, de 30 de septiembre, 188/1996, de 25 de noviembre, y 4/1997, de 13 de enero, se habla de *imperativa exigencia de predeterminación normativa de las*

¹⁴³ Fundamento Jurídico 5º de la STC 219/1989.

¹⁴⁴ GALLEGO MORALES, A.J.: *Colegios Profesionales y Sindicatos. Confluencias y tensiones*, cit., pág. 96.

¹⁴⁵ Con respecto a esta sentencia se ha afirmado que se inicia una jurisprudencia algo más abierta y más coherente. Véase en este sentido, DEL SAZ, S.: *Los Colegios profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 156.

conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. En estas Sentencias sí se estima una vulneración del principio de legalidad penal, al entenderse que, en el caso concreto, el Reglamento del Colegio profesional correspondiente no ofrece un fundamento normativo válido a la sanción impuesta. La diferencia con el caso enjuiciado en la STC 219/1989, antes citada, es que en los supuestos resueltos en las Sentencias ahora comentadas, no se trata de una infracción de la deontología profesional, por lo que es deber inexcusable su publicación, de modo que se garantizase su conocimiento, autenticidad y constancia (Fundamento Jurídico 9° de la STC 93/1992).

El fundamento alegado por el Tribunal Constitucional en estas sentencias recién citadas parece finalmente ahondar más en la justificación como legítima de la indeterminación propia de las normas deontológicas.

3.2.- Deontología y Estatutos de Redacción de medios de comunicación

En el ámbito de los profesionales de la información es necesario destacar la existencia de un instrumento contenedor de normas de conducta de carácter ético que no emanan del artículo 5 letra i de la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales.

En efecto, los denominados Estatutos de Redacción han sido definidos como "acuerdo(s) o pacto(s) privado(s) para ordenar las relaciones profesionales de los miembros de la redacción entre ellos, con la dirección de la redacción del medio de comunicación y con la empresa editora"¹⁴⁶, y entre su contenido básico se destaca la existencia de unos principios editoriales que imponen un marco deontológico de actuación de estos profesionales.

La formulación de estos principios editoriales responde, en la mayoría de los casos, a un elevado grado de abstracción, lo cual los asemeja a las normas deontológicas emanadas de los Colegios profesionales. Así, se formulan principios relativos a la defensa de la democracia pluralista, de la independencia del medio o de

¹⁴⁶ CARRILLO, M.: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas (Una aproximación al estatuto jurídico de los profesionales de la información)*, cit., pág. 90.

respeto a la información veraz¹⁴⁷, que no se concretan en actuaciones específicas de periodistas y empresas editoras¹⁴⁸.

Pese a la similitud existente entre los diferentes Estatutos de Redacción, cabe destacar que la principal diferencia de todos ellos con las normas deontológicas colegiales es su ámbito subjetivo de aplicación. En efecto, los Estatutos de Redacción son propios de cada medio de comunicación, esto es, tienen su ámbito de aplicación en la propia empresa editora. Sin embargo, los códigos éticos propios de los Colegios profesionales suelen ser producto del acuerdo de los diferentes entes territoriales de los Colegios por lo que su ámbito es nacional y, por ello aplicable a todos los ejercientes de una misma profesión titulada.

En efecto, los principios de actuación que derivan del estatuto de redacción pretenden la autorregulación de conductas de los profesionales entre ellos y con la dirección y/o empresa editora. Así pues, no se trata de principios con el carácter universal o

¹⁴⁷ CARRILLO, M.: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas (Una aproximación al estatuto jurídico de los profesionales de la información)*, cit., págs. 93 y ss.

¹⁴⁸ Así puede verse el capítulo tercero (artículo 4) del Estatuto de Redacción de RTVV. Por su parte el Estatuto Marco de Redacción de Cataluña determina que los principios éticos que los profesionales y medios de comunicación han de respetar se basan en el proyecto de Código de Honor Profesional de la ONU y en la Declaración de Derechos y Deberes de los periodistas de la CE.

general que caracteriza habitualmente a las normas éticas que emanan de los Colegios profesionales, sino que en cada uno de los medios de comunicación (o grupos empresariales de comunicación) cabe la autodeterminación de unos principios éticos que, de este modo, pierden la configuración general que sí poseen las normas colegiales, para adaptarse a la propia ideología del medio de comunicación, lo que resulta coherente con su configuración como empresas de tendencia¹⁴⁹.

En todo caso, debe destacarse la coexistencia junto a los principios éticos contenidos en los Estatutos de Redacción de los medios de comunicación, de otros instrumentos jurídicos de carácter más general: la Declaración de Principios sobre la conducta de los periodistas aprobada por la federación Internacional de Periodistas, el Proyecto de Código de Honor profesional de las Naciones Unidas, la Declaración de derechos y deberes de los periodistas de la Unión Europea, y el conjunto de principios y normas deontológicas de la profesión periodística aprobados por la Federación de Asociaciones de la Prensa de España.

¹⁴⁹ Sobre esta cuestión debe verse BLAT GIMENO, F.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986, especialmente págs. 153 y ss. relativas a empresas informativas.

3.3.- Límites específicos de carácter ético en las prestaciones de servicios de los profesionales de la información, profesionales sanitarios y profesionales farmacéuticos

Los Códigos deontológicos establecen generalmente sus normas y principios de acuerdo con la moral "usual" o colectiva. Sin embargo, el respeto a las situaciones ideológicas individuales también resulta protegido en nuestro ordenamiento. Se puede señalar la existencia de dos regulaciones específicas de carácter ético, la denominada *cláusula de conciencia* en los profesionales de la información y la objeción de conciencia en los profesionales sanitarios y farmacéuticos.

3.3.1.- La cláusula de conciencia de los profesionales de la información

Respecto a los profesionales de la información, la Constitución garantiza el derecho a la cláusula de conciencia en el artículo 20.1 d)¹⁵⁰, que ha sido desarrollado mediante la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio.

¹⁵⁰ Integrado en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de la Constitución.

La previsión constitucional vincula la posibilidad de ejercer el derecho a la cláusula de conciencia con el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz¹⁵¹. La constitucionalización de esta institución jurídica, novedad en el Derecho constitucional comparado¹⁵², supone el establecimiento de una garantía del derecho a la información¹⁵³.

Se trata así de un derecho fundamental con valor instrumental, ya que como he señalado depende directamente del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz¹⁵⁴.

¹⁵¹ De acuerdo con la doctrina constitucional la libertad de información es un medio de formación de la opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública, que es una institución consustancial al Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger. Véase en STC 165/1987, de 27 de octubre.

¹⁵² CARRILLO, M.: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas (Una aproximación al estatuto jurídico de los profesionales de la información)*, cit., pág. 127.

¹⁵³ CARRILLO, M.: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas (Una aproximación al estatuto jurídico de los profesionales de la información)*, cit., pág. 138. También PÉREZ ROYO, J. en AAVV: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. Debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1994, pág. 13.

¹⁵⁴ GONZÁLEZ BALLESTEROS, T. en AAVV: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. Debate celebrado en el Centro de Estudios*

Pese a ello no es un derecho de naturaleza procesal sino sustantiva¹⁵⁵.

Su eficacia se desarrolla en el ámbito de la empresa de información, afectando a las relaciones entre los periodistas y sus empleadores¹⁵⁶. Su virtualidad más determinante es su papel como *contrapeso a las facultades empresariales*¹⁵⁷, ya que despliega efectos limitadores sobre el poder de dirección del empresario¹⁵⁸.

La redacción constitucional del artículo 20.1 d) contiene la previsión "la ley regulará...", lo que finalmente se cumplió mediante la ya mencionada Ley Orgánica 2/1997. Sin embargo, con anterioridad a la promulgación de esta ley y pese a la falta de desarrollo

Constitucionales, cit., pág. 52. CAPSETA CASTELLÀ, J.: *La cláusula de conciencia periodística*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 152.

¹⁵⁵ PÉREZ ROYO, J. en AAVV: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. Debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales*, cit., pág. 13.

¹⁵⁶ A diferencia del secreto profesional que protege a los periodistas en sus relaciones con la Administración Pública y con los Tribunales. PRADERA, J. en AAVV: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. Debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales*, cit., pág. 24.

¹⁵⁷ Expresión empleada por SEGALÉS, J.: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 37.

¹⁵⁸ SEGALÉS, J.: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, ob.cit., pág. 93.

normativo, la doctrina había afirmado su carácter de norma directamente aplicable¹⁵⁹, por lo que la remisión a la ley se había considerado irrelevante. La fuerza normativa del texto constitucional así lo confirmaba, y conforme a ello había sido interpretado por el Tribunal Constitucional, según el cual la regulación constitucional de los derechos fundamentales comprendidos en el capítulo 2º del Título I es de aplicación directa e inmediata.

Sin embargo, la necesidad de la Ley era manifiesta para dotar a este derecho de seguridad jurídica, puesto que, por su regulación en la mayoría de los Estatutos de Redacción de los diferentes medios de comunicación, su contenido no era homogéneo.

La finalidad de permitir el ejercicio de la cláusula de conciencia es garantizar la libertad ideológica y deontológica¹⁶⁰ de sus titulares frente a los medios de comunicación para los que trabajan. Se trata de un mecanismo de resolución de un conflicto de derechos entre el trabajador, profesional de la información, y el empresario, medio de comunicación.

¹⁵⁹ BLAT GIMENO, F.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 185. PÉREZ ROYO, J./O'CALLAGHAN, X. y LÓPEZ GARRIDO, D. en AAVV: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. Debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales*, cit., en las págs. 15, 55 y 85 respectivamente.

3.3.1.1.- Ámbito subjetivo de aplicación

Antes de comenzar la determinación del contenido de este derecho, es necesario establecer quienes son los titulares del derecho a la cláusula de conciencia.

El artículo 20.1 d) de la Constitución no circunscribe el ejercicio de este derecho a ningún titular específico. El artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1997 limita el reconocimiento del derecho a los que denomina *profesionales de la información*. La definición de quienes son profesionales de la información no se contiene en el texto de la ley, a diferencia de proyectos anteriores en que sí se contenía tal definición¹⁶¹. Parece evidente que de tal definición habría que excluir a los colaboradores ocasionales, con lo que estaríamos

¹⁶⁰ "La independencia en el desempeño de su función profesional", según el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1997.

¹⁶¹ Así en la proposición de Ley Orgánica reguladora de la Cláusula de conciencia de los periodistas, reconocida en el artículo 20.1.d) de la Constitución española, presentada por el grupo parlamentario IU-IC, BOCG de 7 de mayo de 1996, Serie B, nº 22.1 se contenía la siguiente definición, en su artículo 1: "Son periodistas los profesionales que como trabajo principal y retribuido, se dedican a obtener y elaborar información, para difundirla o comunicarla públicamente por cualquier medio de comunicación técnico".

circunscribiendo el ejercicio de tal derecho a aquellos en quienes concurra habitualidad¹⁶².

Profesional de la información sería aquel que se dedica habitualmente y como medio de vida a la profesión periodística, prestando sus servicios en favor de los medios de comunicación, realizando una actividad informativa¹⁶³.

Por actividad informativa hemos de entender la actividad dedicada a obtener, elaborar, difundir o comunicar noticias por cualquier medio de difusión¹⁶⁴,

¹⁶² En este sentido, RUIZ VADILLO, E.: "EL derecho constitucional al secreto profesional y a la cláusula de conciencia: un tema legislativo pendiente", *Poder Judicial*, n° especial XIII, 1990, pág. 158.

¹⁶³ Una definición más amplia de este concepto entiende por profesionales de la información los que se dedican a elaborar el material informativo que luego será dado a conocer por el medio (: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. Y CALVO GALLEGO, F.J.: "Las relaciones laborales en los medios de comunicación", en AAVV: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación del Derecho del Trabajo, Estudios en Homenaje al profesor J. Cabrera Bazán*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 242). Sin embargo, esta delimitación del concepto no referencia la necesidad de permanencia en la actividad, la habitualidad, que, a mi parecer, se configura como condición indispensable para la diferenciación de actividades ocasionales de carácter informativo que en muchas ocasiones se producen en los medios informativos, y que no conducen a la identificación de ese sujeto como profesional de la información.

¹⁶⁴ CALVO GALLEGO, F.J.: "Algunas reflexiones sobre la nueva Ley de cláusula de conciencia", *Relaciones Laborales*, tomo I/1998, pág. 400.

incluyéndose así, las participaciones en el producto informativo, con palabras o con imágenes¹⁶⁵.

Desde luego el derecho a ejercitar la cláusula de conciencia debe concretarse a todos aquellos sujetos que efectivamente realicen actividad informativa, y sólo a ellos, excluyéndose a todos aquellos que prestan servicios en medios de comunicación pero no realizan este tipo de actividad. En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en su sentencia 199/1999, de 8 de noviembre¹⁶⁶, en la que se afirma la vinculación indubitada entre la cláusula de conciencia y el ejercicio de la libertad de información¹⁶⁷. Únicamente aquellas actividades relacionadas con el ejercicio de esta libertad pueden acogerse a los derechos que forman el contenido de la cláusula de conciencia. El resto de

¹⁶⁵ En la STC 199/1999, de 8 de noviembre, Fundamento Jurídico 4° se reconoce la dificultad de efectuar un catálogo cerrado de funciones que permitiese la invocación de la cláusula de conciencia, pero se admite que en la transmisión de noticias no sólo juega un papel esencial las palabras sino también las imágenes, fotografías, presentaciones gráficas o de composición.

¹⁶⁶ Sobre ésta Sentencia véase SEGALÉS, J.: "Notas sobre el primer pronunciamiento del TC en materia del derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la Información", en *Revista de Derecho Social*, n° 9/2000, págs. 125 y ss.

¹⁶⁷ Fundamento Jurídico segundo.

actividades, que podemos calificar de neutras¹⁶⁸, no gozarían de este derecho.

Sin embargo, otro problema jurídico que debe plantearse es la determinación del efectivo ámbito de aplicación de la cláusula de conciencia. Y ello porque, con independencia de cuál sea el modo de acceso a la profesión periodística¹⁶⁹, ni la Constitución ni la Ley Orgánica 2/1997 determinan si estamos ante un derecho que pueden ejercer los profesionales de la información vinculados mediante un contrato de trabajo o, por el contrario, la existencia de dependencia jurídica resulta irrelevante y, por tanto, también tienen derecho a ella los vinculados mediante un contrato civil de prestación

¹⁶⁸ Adoptando la terminología empleada por BLAT GIMENO, F.: *Relaciones Laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 73 y ss., que distingue entre *tareas de tendencia* y *tareas neutras*, distinción que hace referencia a la coexistencia de prestaciones conectadas con la tendencia de la organización junto a otras en que no se puede apreciar esta característica. La utilización del criterio de las tareas de tendencia frente al de empresas de tendencia o ideológicas también se recoge en APARICIO TOVAR, J.: "Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas", en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y del Peso y Calvo*, Madrid, 1980, pág. 296.

¹⁶⁹ Como se sabe la profesión de periodista no es una profesión vinculada a la posesión de un título determinado normativamente, sino que en su acceso se admiten diferentes posibilidades: titulados en ciencias de la información, titulados en otras titulaciones e incluso no titulados, a los que se exige un período de prestación de servicios en medios de comunicación. Véase el *Capítulo primero* de este trabajo.

de servicios con el correspondiente medio de comunicación.

Si atendemos al origen de la cláusula de conciencia en Derecho comparado no podemos negar su carácter laboral. En Francia se reconoció mediante la Ley de 29 de marzo de 1935, que se inspiró en el Informe de la OIT de 1928, sobre las condiciones laborales de los profesionales de la información¹⁷⁰. Actualmente su contenido se recoge en el artículo 761.7 del *Code du Travail*¹⁷¹. En Italia su reconocimiento vino de la mano de la jurisprudencia laboral y se recoge actualmente en la negociación colectiva sectorial¹⁷².

¹⁷⁰ CARRILLO, M.: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. (Una aproximación al estatuto jurídico de los profesionales de la información)*, cit., págs. 127 y 129.

¹⁷¹ Los supuestos de rescisión del contrato del profesional de la información con la empresa periodística previstos en este artículo son tres: "1°.- *cession du journal ou du périodique*; 2°.- *cessation de la publication du journal ou périodique pour quelque cause que ce soit*; 3°.- *changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ou périodique si ce changement crée, pour la personne employée, une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou, d'une manière générale, à ses intérêts moraux*.". De ellas sólo la tercera se efectúa por razones de conciencia y dignidad profesional en conflicto con la orientación del medio de información, por lo que únicamente ésta será en sentido propio una manifestación de la cláusula de conciencia. En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de comunicación y cláusula de conciencia de los periodistas*, Comares, Granada, 2000, págs. 29 y 30.

¹⁷² BAZ RODRÍGUEZ, J.: "La cláusula de conciencia de los profesionales de los medios de comunicación del

Pese a este origen laboral, y pese a que en la actualidad también en los Convenios Colectivos sectoriales de ámbito estatal español se recoge el derecho al ejercicio de la cláusula de conciencia en alguno de sus aspectos¹⁷³, no por ello creo que su ejercicio deba limitarse al personal laboral.

Su ámbito debe incluir, junto a los profesionales asalariados, a los prestadores de servicios contratados civilmente¹⁷⁴, aunque en éstos no exista un poder de dirección empresarial en los mismos términos que en el caso de trabajadores asalariados. No debe olvidarse que en los medios de comunicación se produce con mucha

artículo 20.1 d) CE: un supuesto de ejercicio de los Derechos Fundamentales del trabajador en la empresa", *Actualidad Laboral*, nº 47-48/1994, pág.730.

¹⁷³ Artículo 47 del Convenio Colectivo Nacional para prensa no diaria de 25 de mayo de 2000 (BOE 8 de junio de 2000): "El personal de redacción no podrá ser obligado a realizar trabajos de carácter informativo en los que emitan opiniones contrarias a sus convicciones; no se les podrá obligar a realizar informaciones inexactas o incompletas ni firmar aquellos en los que se les impida expresar su opinión sobre el tema de que se trate, cuando deterioren la objetividad de la información.". La misma previsión se contenía en el anterior Convenio Colectivo aprobado por Resolución de 30 de marzo de 1998.

¹⁷⁴ En el mismo sentido, BLAT GIMENO, F.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 193. También CAPSETA CASTELLA, J.: *La cláusula de conciencia periodística*, cit., págs. 157-158. Igualmente CALVO GALLEGO, F.J.: "Algunas reflexiones sobre la nueva Ley de cláusula de conciencia", cit., pág. 402, y MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de comunicación y cláusula de conciencia de los periodistas*, cit., pág. 110.

frecuencia un fenómeno de huida del derecho del trabajo mediante la contratación de efectivo personal dependiente acudiendo a fórmulas no laborales¹⁷⁵, lo que ha dado lugar incluso a pronunciamientos del Tribunal Supremo en unificación de doctrina¹⁷⁶ declarando la laboralidad de prestaciones de servicios formalmente celebradas como civiles.

En contraposición a esta determinación que se ha efectuado del ámbito de aplicación subjetiva de la cláusula de conciencia, la Ley Orgánica 2/1997 efectúa en alguno de los supuestos regulados una referencia a la laboralidad de la prestación de servicios, lo que supone una evidente reducción de su ámbito de aplicación que ha sido criticada doctrinalmente¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Así se ha afirmado que en el sector de los medios de comunicación se producen numerosas situaciones de precariedad, inseguridad y directa explotación, como consecuencia, las más de las veces, de la elusión de la normativa laboral mediante la utilización de mecanismos no laborales de prestación de servicios: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y CALVO GALLEGO, F.J.: "Las relaciones laborales en los medios de comunicación", en AAVV: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación del Derecho del Trabajo*, cit., pág. 240.

¹⁷⁶ Como ejemplo de ello la Sentencia del Tribunal Supremo (UD) de 31 de marzo de 1997, Ar. 3578, que declara la posible laboralidad de los reporteros gráficos, profesionales que deben incluirse en el ámbito de aplicación de la Ley 2/1997 si su actividad tiene contenido informativo.

¹⁷⁷ CAPSETA CASTELLA, J.: *La cláusula de conciencia periodística*, cit., pág.158.

Sin embargo, es necesario poner de relieve que en su artículo 1, destinado a determinar el ámbito de aplicación de la Ley no se hace mención alguna a la naturaleza jurídica de la prestación de servicios de los profesionales de los que cabe predicar la aplicación de los derechos consecuencia del ejercicio de la cláusula de conciencia.

Otro de los interrogantes que cabe plantear es si titulares de estos derechos serán únicamente quienes prestan servicios en medios de comunicación de titularidad privada, o también deben incluirse los de titularidad pública. Con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica 2/1997, reguladora del ejercicio de este derecho, se plantearon doctrinalmente las dos posibilidades.

PÉREZ ROYO mantuvo la imposibilidad de su ejercicio en los medios de titularidad pública pues, en ellos difícilmente puede protegerse al periodista frente a los cambios que se producen en la composición del órgano de control del medio de titularidad pública, que es de designación parlamentaria y, por tanto, representativo de la sociedad¹⁷⁸.

¹⁷⁸ PÉREZ ROYO, J. en AAVV: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. Debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales*, cit., pág. 60. En el mismo sentido, CALVO GALLEGO, F.J.: "Algunas reflexiones sobre la nueva Ley de cláusula de conciencia", cit., pág. 396: "esta orientación ideológica sólo puede acontecer en medios privados, ya que los medios públicos han de ser, por imperativo legal, neutrales, plurales e independientes."

En sentido contrario, Marc CARRILLO¹⁷⁹ entiende que pese a que efectivamente el estatus jurídico de los medios de comunicación pública es diferente al de un medio de comunicación privada, la cláusula de conciencia ha de poder operar en cualquiera de ellos. El fundamento de esta opción ha de hallarse en el contenido de la cláusula de conciencia que no se limita a los supuestos de cambio de línea editorial. Igualmente DE LA QUADRA SALCEDO¹⁸⁰ establece como elemento de distinción entre medios de titularidad pública y privada que el medio privado es una empresa de tendencia, donde tiene clara operatividad la cláusula de conciencia en su sentido clásico, mientras que los medios públicos en teoría deben caracterizarse por la neutralidad. En éstos la cláusula podría operar si se dota de un contenido más amplio que el tradicional de rescisión unilateral del contrato con derecho a indemnización.

Esta parece que es la voluntad del legislador, que en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/1997 menciona a las empresas de comunicación, y por tales hemos de entender tanto las de naturaleza pública como privada; además, posteriormente, en el texto articulado de la ley no efectúa distinción alguna respecto a la

¹⁷⁹ CARRILLO, M. en AAVV: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. Debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales*, cit., págs. 70-71.

¹⁸⁰ DE LA QUADRA SALCEDO, T. en AAVV: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. Debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales*, cit., pág. 96.

naturaleza del medio de comunicación en el que el profesional de la información, al que se le conceden los derechos que forman el contenido de la cláusula de conciencia, presta sus servicios. En el mismo sentido, el Capítulo 4° del Estatuto de Redacción de la empresa de titularidad pública Radiotelevisión Valenciana se dedica a la cláusula de conciencia, a la que se otorga un contenido específico: derecho a negarse a hacer un determinado trabajo cuando el profesional considere que vulnera los principios del ordenamiento constitucional o, la ley de creación de RTVV, o violente su conciencia (artículo 5), así como la no obligación de firmar los trabajos que hayan sufrido alteraciones de fondo que no sean resultado de un acuerdo previo (artículo 8). Además en el Capítulo 8° de este Estatuto, artículo 24, se prevé la posibilidad de resolver el contrato laboral cuando se haya producido un cambio sustancial en los principios protegidos por el Estatuto, manifestado en cambios reiterados que atenten contra la libertad, honor e independencia profesional del personal informador.

Una tercera cuestión que plantea la regulación de la cláusula de conciencia es si la misma puede ser ejercitada con independencia del concreto contenido de la prestación, o si por el contrario, debe reducirse su aplicación a aquellos profesionales que desarrollan sus funciones en secciones relacionadas con temas políticos, económicos o similares. La Ley no efectúa distinción alguna por lo que debe extenderse a todos los profesionales de la información con irrelevancia de que su concreta prestación sea afectada por el cambio, ya que además puede inferirse que los cambios editoriales acaban

afectando a todas las secciones del medio de comunicación. Igualmente, también existe (o puede existir) daño en los principios éticos o dignidad moral del profesional por el hecho de pertenencia a un medio de comunicación con una línea ideológica que no se comparte¹⁸¹. Lo relevante a estos efectos será que el contenido de la prestación consista en comunicar información.

3.3.1.2.- Contenido objetivo

Respecto al contenido que la Ley 2/1997 otorga al ejercicio del derecho a la cláusula de conciencia es necesario señalar que, pese a que en su concepto más reducido este derecho concede al profesional de la información el derecho a resolver su contrato de trabajo recibiendo una indemnización de la empresa editora¹⁸², la regulación legal concede a este instituto jurídico un contenido mucho más amplio.

Una vez determinado el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley, y la finalidad fundamental de la

¹⁸¹ En este sentido, CALVO GALLEGO, F.J.: "Algunas reflexiones sobre la nueva Ley de cláusula de conciencia", cit., pág.407.

¹⁸² Cuando entienda que el cambio producido en la línea ideológica del periódico atenta contra su honor o sus convicciones o intereses. En este sentido, APARICIO TOVAR, J.: "Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas", en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y del Peso y Calvo*, cit., pág. 300.

misma, consistente en garantizar la independencia en la prestación de servicios de los profesionales de la información, la Ley se estructura en dos partes: la primera de ellas se dedica a la posibilidad de extinción indemnizada del contrato, lo que se ha definido como el contenido clásico de la cláusula de conciencia, y en la segunda se establece un supuesto específico de *ius resistentiae* en relación con la objeción de conciencia de los profesionales de la información.

3.3.1.2.a. Extinción indemnizada de la relación. Presupuestos de aplicación

La primera de las posibilidades que establece la ley en relación con la cláusula de conciencia se contiene en el artículo 2 que establece los dos únicos presupuestos habilitantes para que el profesional pueda acceder a la solicitud de la resolución indemnizada de su contrato.

El primero de ellos está previsto para los cambios sustanciales de orientación o línea ideológica del medio de comunicación (artículo 2.1.a)). Es el supuesto más clásico de cláusula de conciencia.

De la redacción de este artículo resultan destacables varios puntos.

En primer lugar, no se hace mención alguna a la alteración que dicho cambio debe producir en los principios éticos y de conciencia del profesional. Según el tenor literal, el cambio sustancial en la orientación

o línea ideológica del medio permitirían al profesional acceder a los derechos derivados de la cláusula de conciencia. Sin embargo, no puede ser ésta la interpretación que deba hacerse, ya que la finalidad de la Ley es precisamente proteger la libertad de información mediante la garantía de la conciencia de los profesionales de la información. Por ello, pese a que en la norma no se mencione esta necesidad de alteración de los principios morales y éticos del profesional, debe entenderse implícita en la misma, pues ésta era la voluntad del legislador¹⁸³.

La segunda de las incógnitas que deben resolverse es qué debe entenderse por cambio en la orientación informativa o línea ideológica, especialmente si estamos ante conceptos equivalentes e intercambiables o si, por el contrario, se trata de dos supuestos diferentes. Se ha precisado doctrinalmente que nos encontramos ante conceptos que no pueden calificarse de sinónimos y que, mediante esta dualidad, se pretende garantizar al profesional de la información frente a cambios en los principios editoriales y frente a modificaciones en el tratamiento que se concede a la información¹⁸⁴, de modo que se protege no sólo la independencia del profesional

¹⁸³ CAPSETA CASTELLÀ, J.: *La cláusula de conciencia periodística*, cit., pág. 168.

¹⁸⁴ CALVO GALLEGOS, F.J.: "Algunas reflexiones sobre la nueva Ley de cláusula de conciencia", cit., pág. 405.

sino también su dignidad profesional y principios deontológicos¹⁸⁵.

Finalmente, respecto a los requisitos objetivos, se exige que el cambio tenga naturaleza sustancial, de modo que no se estaría protegiendo frente a oscilaciones leves en la orientación o ideología del medio de comunicación sino que los cambios han de ser de entidad notoria o intensa¹⁸⁶. Aquí puede hallarse la exigencia de alteración en la conciencia del profesional, ya que la sustancialidad puede interpretarse en relación con el efecto que crea en la moral o principios éticos del profesional¹⁸⁷.

Es necesario retrotraer la línea argumentativa hacia el ámbito subjetivo, ya que de este primer presupuesto habilitante de ejercicio de la cláusula de conciencia resulta destacable que el legislador lo restrinja únicamente al personal vinculado laboralmente

¹⁸⁵ BAZ RODRÍGUEZ, J.: "La cláusula de conciencia de los profesionales de los medios de comunicación del artículo 20,1 d) CE: un supuesto de ejercicio de los Derechos Fundamentales del trabajador en la empresa", cit., pág. 736.

¹⁸⁶ Pese a ello no ha de ser radical en el sentido de que afecte a cada uno de los principios inspiradores del medio ni que se produzca de forma brusca, súbita o sorpresiva. Así lo pone de manifiesto MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de comunicación y cláusula de conciencia de los periodistas*, cit., pág. 124.

¹⁸⁷ CALVO GALLEGO, F.J.: "Algunas reflexiones sobre la nueva Ley de cláusula de conciencia", cit., pág.406.

con el medio de comunicación¹⁸⁸. Esta limitación resulta únicamente aplicable a este supuesto ya que ni en el artículo 1 de la Ley ni en el resto de su articulado se prevé una cláusula semejante, ni tampoco se incluye en el artículo 20.1 d) del texto constitucional. La previsión legislativa olvida que existen otros vínculos jurídicos de prestación de servicios a los que también debería extenderse la garantía del artículo 2.1 a) de la Ley Orgánica 2/1997¹⁸⁹.

El segundo de los presupuestos habilitantes para la rescisión indemnizada del contrato es el traslado del profesional a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador. Como en el caso anterior, tampoco se hace mención alguna a la necesidad de que junto a esta modificación concorra una alteración en los principios éticos o morales, en la conciencia del profesional. En este caso, lo que se exige es que el cambio suponga un alejamiento de la orientación profesional del trabajador. La redacción de este

¹⁸⁸ El texto del artículo 2.1.a) de la Ley es el siguiente: "Cuando en el medio de comunicación con el que estén vinculados laboralmente se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica".

¹⁸⁹ Sin embargo, cabe plantear la posibilidad de aplicación directa del artículo 20.1.d) del texto constitucional que no restringe de este modo el ámbito subjetivo de aplicación de la cláusula de conciencia. En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de comunicación y cláusula de conciencia de los periodistas*, cit., pág. 115 Y 116.

presupuesto de aplicación de la cláusula supone un cambio respecto a la Proposición de Ley Orgánica en la que se hablaba de modificaciones de las condiciones de trabajo que supongan un perjuicio grave para la integridad profesional o deontológica del profesional. El cambio de redacción fue debido a que se entendió que el texto anterior ya quedaba contemplado en el artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores¹⁹⁰.

Así pues, en este supuesto legal, lo que se exige es un traslado a otro medio del mismo grupo y que, en consecuencia, se produzca un perjuicio en la profesionalidad del informador, pero no debe olvidarse que, de acuerdo con la finalidad de la ley, también ha de suponer una alteración en la conciencia del profesional, de modo que deberá producirse un traslado a un medio en que puedan violentarse o contrariarse los principios éticos del profesional de la información. Si no se efectúa esta interpretación el supuesto carece de sentido en el contexto legal en que se encuentra situado.

Analizadas las causas que originan el derecho del profesional a la solicitud de extinción indemnizada de su contrato, queda patente que no podemos asemejar ninguno de los supuestos a las causas previstas en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. En efecto, el artículo 49.1.j del Estatuto prevé la voluntad del trabajador como

¹⁹⁰ Según pone de manifiesto CAPSETA CASTELLÀ, J.: *La cláusula de conciencia periodística*, cit., pág. 172.

causa de extinción cuando exista un incumplimiento contractual del empresario, precepto que posteriormente se desarrolla en el artículo 50. La cláusula abierta del artículo 50.1.c podría llevar a pensar que los supuestos previstos en la Ley Orgánica 2/1997 pudieran encuadrarse en la misma. Sin embargo, en la redacción de este supuesto se hace más patente la necesidad de un incumplimiento empresarial, que además pueda ser calificado como grave, para que se abra la posibilidad de extinción indemnizada del contrato. En este sentido, se ha afirmado que no es posible equiparar las causas justas de extinción contenidas en el artículo 50 del Estatuto con la invocación de la cláusula de conciencia, ya que en aquél se plantea la extinción ante ilícitos o incumplimientos laborales¹⁹¹.

En los supuestos de extinción indemnizada del contrato previstos en la Ley de cláusula de conciencia no presenciamos ningún incumplimiento empresarial que permita entender que podría integrarse en el ya mencionado artículo 50.1.c del Estatuto de los Trabajadores.

En mi opinión, lo que hace esta Ley es incorporar un supuesto legitimador de la extinción causal e indemnizada del contrato por voluntad del trabajador;

¹⁹¹ SEGALÉS, J.: "Notas sobre el primer pronunciamiento del TC en materia del derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la Información", cit., pág. 137. Del mismo autor: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, cit, pág.346.

facultad que se concede a los profesionales de la información como garantía del derecho a comunicar libremente información veraz.

3.3.1.2.b. Consecuencias jurídicas

El artículo 2.2 de la Ley establece las consecuencias jurídicas del ejercicio del derecho a la cláusula de conciencia, efectuado de acuerdo con los presupuestos habilitantes contenidos en el mismo artículo.

En efecto, de acuerdo con esta previsión legislativa, el profesional que solicita la rescisión de su contrato con fundamento en el ejercicio de la cláusula de conciencia tendrá derecho a una indemnización, de cuantía no inferior a la pactada contractualmente, o en su defecto, la establecida por la ley para el despido improcedente.

Sin lugar a dudas la redacción de esta cláusula origina algunas cuestiones polémicas, fundamentalmente la forma de determinar la cuantía de la indemnización. Y ello porque, de acuerdo con el texto literal de la Ley, en primer lugar entrará en juego la indemnización pactada en el contrato, y sólo en ausencia de la misma cabrá invocar la previsión legal para el despido calificado como improcedente. Esta regulación abre la posibilidad a la existencia de pactos entre las partes que prevean una

cuantía inferior a la legalmente prevista para los casos de improcedencia de las extinciones¹⁹².

La previsión legislativa no deja margen para efectuar una corrección de la literalidad de la misma, de manera que, en alguna medida, pueden originarse pactos abusivos, ya que no puede presuponerse la igualdad de las partes, profesional de la información y medio de comunicación, en el momento de la celebración del contrato.

Sin embargo se han formulado por la doctrina interpretaciones correctoras de la literalidad del precepto con la intención de subsanar posibles efectos abusivos. Así una de las soluciones pasa por entender que la indemnización pactada sólo entraría en juego en caso de que fuera mayor que la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, esto es, que la autonomía de la voluntad de las partes estaría limitada por la previsión legal que en cada momento estableciese la cuantía de la indemnización por despido declarado o reconocido improcedente. Se trataría, de acuerdo con esta posición doctrinal, de un

¹⁹² En contra, MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de comunicación y cláusula de conciencia de los periodistas*, cit., págs. 166 y ss. Para este autor el criterio legal debe entenderse tan sólo como una cantidad mínima de referencia, y, por consiguiente, la cantidad establecida por despido improcedente juega como un mínimo de derecho necesario relativo (págs. 167 y 168).

mínimo de derecho necesario, mejorable por la autonomía de las partes¹⁹³.

Otra de las posibilidades doctrinales sugeridas es la de efectuar una interpretación con fundamento en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores que limita la voluntad de las partes, en cuanto fuente de la relación, al imposibilitarse el establecimiento en perjuicio del trabajador de condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales o convenios colectivos¹⁹⁴.

Sin embargo, en este caso es la propia Ley Orgánica 2/1997 la que establece el carácter subsidiario de la indemnización legal respecto a la derivada del acuerdo de las partes, no estableciéndose, efectivamente, ningún límite mínimo a la misma.

En mi opinión, pese a la defectuosa redacción de la ley¹⁹⁵, los términos del precepto resultan claros

¹⁹³ CALVO GALLEGO, F.J.: "Algunas reflexiones sobre la nueva Ley de cláusula de conciencia", cit., pág.414. Véase también NEVADO FERNÁNDEZ, M.J.: *El ejercicio del Derecho al Honor (por el trabajador) en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 46 a 49.

¹⁹⁴ CAPSETA CASTELLÀ, J.: *La cláusula de conciencia periodística*, cit., pág. 174.

¹⁹⁵ Especialmente por la introducción de la fórmula "no será inferior a la pactada contractualmente o, en su defecto, a la establecida por la Ley para el despido improcedente"; ya que la indemnización será o bien la pactada o bien la legal, no siendo necesario introducir la expresión *no será inferior*, que en lugar de añadir algún matiz llega a deteriorar el sentido del artículo.

aunque el efecto que produce distorsione la finalidad protectora de la Ley.

Sin embargo, sí deben efectuarse algunas consideraciones al respecto del posible pacto de indemnización inferior a la prevista legalmente para las extinciones declaradas improcedentes. Efectivamente, el pacto indemnizatorio deberá respetar los límites derivados de las exigencias derivadas de la buena fe contractual, de manera que esta exigencia anulará aquellos acuerdos de cuantías irrisorias, ya que, en caso contrario, estaría invalidando el contenido esencial del derecho fundamental a la cláusula de conciencia, al desaparecer la posibilidad efectiva de poder ejercitarlo¹⁹⁶.

La voluntad de las partes podría, entonces, acordar, no únicamente cuantías indemnizatorias superiores a las fijadas legalmente para los supuestos de despidos improcedentes, sino también cuantías inferiores, pero siempre que se respetase el contenido esencial del derecho fundamental a la cláusula de conciencia.

Para ello cabe concretar un límite de cuantía indemnizatoria mínima que determine, en mi opinión,

¹⁹⁶ De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional en torno al concepto contenido esencial de los derechos fundamentales se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección: Fundamento Jurídico 8º de la STC nº 11/1981, de 8 de abril.

cuándo se estaría sin duda ante un pacto indemnizatorio respetuoso con el contenido esencial del mencionado derecho. El supuesto podría asemejarse a las indemnizaciones previstas legalmente para las extinciones por causas objetivas o a las derivadas de extinciones en casos de traslados o modificaciones sustanciales que causan un perjuicio no cualificado al trabajador, en las que, pese a no existir incumplimiento empresarial se otorga al trabajador una indemnización cuya cuantía legal es inferior a la fijada para los despidos disciplinarios calificados como improcedentes.

Así la previsión legal de indemnización para estos supuestos que, en la actualidad queda fijado en veinte días de salario por año de servicio, podría configurarse como el límite mínimo de cuantía indemnizatoria que respetaría el contenido esencial del derecho contenido en la Ley Orgánica 2/1997, y al cual deberían ajustarse las partes en su autonomía negociadora; límite mínimo para estos supuestos de extinción en que no existe incumplimiento contractual de ninguna de las partes.

Las anteriores consideraciones no impiden afirmar que, en todo caso, sería deseable una redacción del precepto que salvara posibles efectos no deseados del mismo, esto es, que es posible mantener que una más clara expresión legal evitaría los posibles pactos indemnizatorios abusivos.

3.3.1.2.c.- Aspectos adjetivos: la ausencia de previsiones legislativas

Otros problemas jurídicos no resueltos por la norma hacen referencia a cuestiones procedimentales, laguna que ha sido calificada de importantísima, inexplicable e injustificable¹⁹⁷. La única previsión legislativa al respecto es que se exige una solicitud de rescisión de la relación jurídica por parte del profesional de la información. Sin embargo, quedan pendientes interrogantes tan sustanciales como la calificación como judicial o extrajudicial de la extinción, y en el primer caso, la determinación del orden jurisdiccional competente, el establecimiento de un plazo para ejercitar la acción, o la concreción y el alcance de la carga de la prueba.

La similitud de las previsiones de la LO 2/1997 con la redacción del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores hace pensar que dicha extinción debe tener carácter judicial, por lo que el profesional de la información deberá dirigir su solicitud de extinción ante el órgano judicial competente, el cual será el que valore la concurrencia de las causas de extinción. Sin embargo, se ha manifestado la posibilidad de que esta extinción pudiera tener carácter extrajudicial con fundamento en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo y en las posibilidades de solución extrajudicial que abren otros

¹⁹⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de comunicación y cláusula de conciencia de los periodistas*, cit., pág. 189.

preceptos del Estatuto de los Trabajadores (artículos 40.1 y 41.3)¹⁹⁸, de modo que el acceso a la extinción judicial se producirá únicamente cuando exista desacuerdo entre profesional y empresario.

Y, finalmente, se ha planteado también la opción por una doble posibilidad habilitada por la LO 2/1997, de modo que el trabajador se encontraría con ambas posibilidades para el ejercicio del derecho fundamental: la dimisión con la consiguiente reclamación posterior, en caso que fuese necesaria, o la posibilidad de instar la rescisión del contrato de acuerdo con el artículo 50 ET¹⁹⁹. La primera posibilidad derivaría del tenor del derecho en el texto constitucional, mientras que el segundo de la pretensión deducible del mecanismo en la LO 2/1997²⁰⁰.

¹⁹⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de comunicación y cláusula de conciencia de los periodistas*, cit., pág. 192.

¹⁹⁹ SEGALÉS, J.: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, cit, pág.342. Según este autor la LO 2/1997 adopta la articulación del derecho tomando como referente el artículo 50 ET.

²⁰⁰ En efecto antes de la LO 2/1997 y de acuerdo con el tenor de la Constitución de 1978 el mecanismo que hubiera accionado el derecho del profesional hubiera sido el dimisionario y no el rescisorio. SEGALÉS, J.: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, pág. 335 y ss.

Situándonos en la reclamación judicial, tampoco queda determinado en la ley cuál es el orden jurisdiccional competente para la resolución de estas rescisiones de contratos. Parece lógico establecer que el orden jurisdiccional competente dependerá de la naturaleza del vínculo que une a las partes, y así, será el laboral, civil o administrativo en atención al propio vínculo²⁰¹.

Por consiguiente, cuando la relación jurídica que vincula a las partes es de naturaleza laboral parece claro que el orden jurisdiccional competente será el orden social, en cuanto que éste es competente para resolver las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo²⁰².

Dentro del ámbito jurisdiccional social cabría plantearse si la modalidad procesal adecuada sería la dedicada a la *tutela de la libertad sindical*, ya que según dispone el artículo 181 de la mencionada Ley de Procedimiento Laboral las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas también se tramitarán conforme a esta modalidad procesal.

²⁰¹ MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de comunicación y cláusula de conciencia de los periodistas*, cit., pág. 200.

²⁰² Artículo 2.a del RDLeg. 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de procedimiento laboral.

No obstante, hay que tener en cuenta la previsión contenida en el artículo siguiente, según el cual las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, entre otras, en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental habrán de tramitarse con arreglo a la modalidad procesal correspondiente. Dicho precepto ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de noviembre de 1994²⁰³, señalando que su finalidad es excluir del procedimiento propio de la tutela de los derechos fundamentales, la impugnación de aquellos actos jurídicos que resultan impugnables, justamente, por la lesión de estos derechos fundamentales, pues existe ya un procedimiento específico para su impugnación judicial.

Sin embargo, la extinción por voluntad del trabajador no goza de modalidad procesal especial, sino que su tramitación se efectuará mediante el procedimiento ordinario. ¿Deberemos entonces entender que sí podrá seguirse la modalidad procesal específica de tutela de derechos fundamentales cuando la extinción tenga su origen en la voluntad del trabajador en aplicación de la cláusula de conciencia, puesto que para esta forma de extinción no existe una modalidad procesal determinada?

Las anteriores consideraciones parten del equívoco de entender que existe una vulneración o alteración en un derecho fundamental como consecuencia de la actuación del empresario. Y esta premisa no puede

²⁰³ Ar.9239.

admitirse como correcta, pues se estaría impidiendo al medio de comunicación la posibilidad de cambio en la orientación informativa o en la línea ideológica o el traslado de los profesionales de la información a su servicio, objetivo que, desde luego, no pretendía la norma.

Las actuaciones del medio de comunicación han de ser calificadas de lícitas y correctas, aunque afecten al profesional, y en definitiva no vulneran por sí ningún derecho fundamental²⁰⁴. La empresa de comunicación ha de poder ejercer su derecho fundamental a la libertad de prensa. Su actuación no supondrá una vulneración de ningún derecho fundamental del profesional de la información sino que la actuación empresarial generará el ejercicio del derecho fundamental al ejercicio de la cláusula de conciencia.

En la doctrina judicial el planteamiento de este tipo de extinciones del contrato por voluntad del trabajador fundamentada en el ejercicio de la cláusula de conciencia se ha resuelto de acuerdo con el procedimiento ordinario, sin acudir a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales. Y además se han aplicado a esta forma de extinción la regulación derivada de la

²⁰⁴ SEGALÉS, J.: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, cit., pág.333.

aplicación del artículo 50, entendiendo que estamos ante regulaciones equiparables²⁰⁵.

Si esto es así cabría también entender aplicables el resto de criterios y normas jurídicas relativas a la extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, de modo que, por analogía cabría extender el plazo para interponer la acción (un año), así como la carga de probar, que incumbirá al trabajador, que deberá acreditar que se da alguno de los presupuestos habilitantes para el ejercicio de la cláusula de conciencia²⁰⁶.

El principal inconveniente de la aplicación de los criterios jurisprudenciales relativos a la extinción justificada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador es que para el ejercicio de un derecho fundamental el profesional ha de permanecer en la prestación de servicios durante la tramitación del proceso correspondiente, y por tanto, continuar en la situación que violenta su conciencia. Por ello se ha

²⁰⁵ Así, la STSJ de Madrid de 5 de mayo de 1998, AS 1705, entiende que de la equiparación de regulaciones se deriva que en estos supuestos el trabajador no puede romper unilateralmente la relación laboral sino únicamente solicitar la rescisión, por lo que se impone la necesidad de mantener en vigor el vínculo laboral hasta la decisión judicial.

²⁰⁶ En contra de esta analogía entre la aplicación de la cláusula de conciencia y la extinción del artículo 50 del Estatuto se manifiesta MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de comunicación y cláusula de conciencia de los periodistas*, cit., pág. 190.

propugnado la facilitación del cese del profesional mientras se tramita el proceso con la finalidad de evitar los perjuicios del profesional²⁰⁷.

3.3.1.2.d. *ius resistentiae* y cláusula de conciencia

Como ya he anticipado, junto al contenido clásico de la cláusula de conciencia (rescisión indemnizada de la prestación de servicios), la Ley Orgánica 2/1997 incluye una previsión relacionada con la ética y deontología profesional. En efecto, en el artículo 3 se otorga a los profesionales de la información la posibilidad de negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los perjuicios éticos de la comunicación, sin que por ello pueda ser sancionado o perjudicado. Así pues, se configura un *ius resistentiae* a órdenes empresariales que puedan atentar a los principios éticos de la profesión, por lo que se está instituyendo un supuesto normativo de límite al poder directivo empresarial²⁰⁸.

²⁰⁷ SEGALÉS, J.: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, cit, pág. 340.

²⁰⁸ En el mismo sentido, SEGALÉS, J.: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, cit, pág. 96, para quien supone una oposición al poder de dirección y no a la libertad de información del medio de comunicación.

El problema de su aplicación viene dado, una vez más, por la indeterminación y dificultad en la interpretación del contenido ético a que se refiere la norma. Junto a ello es necesario señalar la imprecisión de la misma respecto a las posibilidades del profesional de la información ante un incumplimiento empresarial del precepto.

Respecto al primero de los problemas jurídicos señalados, hay que relacionar la mención a los *principios éticos de la profesión* con el derecho fundamental que la cláusula de conciencia intenta garantizar: el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, y asimismo con las previsiones éticas contenidas en los Códigos deontológicos desarrollados por los Colegios Profesionales de periodistas y en los Estatutos de Redacción de cada medio de comunicación. Esto último puede llevar a diferencias de tratamiento según el medio de comunicación en que se prestan servicios, pero resultaría justificado por hallarnos ante empresas de tendencia. Nos encontraríamos así, una vez más, ante un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción queda en manos de los colectivos directamente implicados en el ejercicio del derecho a comunicar información.

Efectivamente la indefinición caracteriza la expresión utilizada por el artículo 3 de la L.O. 2/1997 al referirse a *los principios éticos de la comunicación*, a pesar de ser éste el parámetro destinado a valorar la viabilidad de la negativa del profesional de la información a la orden empresarial.

Cabe exponer las manifestaciones de principios éticos existentes en la actualidad, cuya peculiaridad principal, que merece ser destacada, es el hecho de haber sido producidas en el seno de las propias asociaciones de profesionales de la información, es decir que la propia profesión periodística es la que se dota de los mecanismos éticos de regulación del ejercicio de la profesión, aunque las mismas no pueden gozar de efectividad *erga omnes*, por su origen privado²⁰⁹.

Distinguiendo por ámbitos de actuación, cabe señalar en primer lugar que la Federación Internacional de Periodistas aprobó en el Congreso mundial de la misma celebrado en 1954 una declaración de Principios sobre la conducta de los periodistas, texto que fue posteriormente enmendado en 1986. En ella el primero de los deberes esenciales es el respeto a la verdad en relación con el derecho del público a conocerla; deber sobre el que se desarrolla el resto de principios enunciados en el texto.

Mucho más concreto es el texto aprobado por la Federación de Asociaciones de la Prensa de España (FAPE), que ha desarrollado una serie de principios y normas deontológicas de la profesión periodística, aprobados en Sevilla el 27 de noviembre de 1993. De acuerdo con el mencionado texto, el primer compromiso ético del profesional de la información es el respeto a la verdad,

²⁰⁹ En el mismo sentido puede verse SEGALÉS, J.: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, cit., pág. 174.

con el límite del derecho de las personas a su propia intimidad e imagen. Igualmente deberá respetarse el principio a la presunción de inocencia, especialmente en asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia. Se establecen igualmente principios relativos a la prohibición de tratamientos discriminatorios o que puedan incitar a la violencia. Como medios de garantía del cumplimiento de dichos principios se establecen previsiones para evitar las presiones externas que puedan recibir los profesionales de la información que puedan desviarle del cumplimiento de los principios éticos antes mencionados. Y finalmente se incluyen una serie de principios de actuación del periodista en su labor informativa, teniendo como meta el primero de los principios mencionados: la elaboración de información veraz.

Destaca principalmente el anterior código ético por la concreción de conductas prohibidas y legítimas, a diferencia de otros textos de contenido ético, especialmente los dictados para otras profesiones por sus Colegios Profesionales, que se han determinado principalmente por su enorme grado de abstracción, lo que dificulta las posibilidades de aplicación.

En el ámbito autonómico cabe destacar la existencia del Estatuto Marco de Cataluña, en el que se reitera que el deber de informar ha de estar basado en unos principios éticos, que no deben ser vulnerados ni por el medio informativo ni por la política económica y comercial de la empresa. El eje sobre el que giran estos principios es, al igual que en los textos anteriores, la

necesidad de comunicar información veraz, al que se puede añadir la independencia de los profesionales en el ejercicio de esta actividad.

Finalmente, los Estatutos de Redacción de algunos medios de comunicación contienen también una serie de principios éticos que también deben ser tenidos en cuenta para la interpretación del artículo 3 de la Ley Orgánica 2/1997. En estos instrumentos se contienen además de las habituales manifestaciones en torno a la comunicación de información veraz e independencia de los profesionales, la determinación ideológica de los medios de comunicación a que se refieren, destacando la independencia del propio medio, la defensa de la democracia pluralista y la proscripción de tendencias relacionadas con la violencia²¹⁰.

Del conjunto de principios que se recogen en los diferentes textos que acabo de reseñar, se ha puesto de manifiesto que algunos de ellos vienen impuestos por el propio derecho a la información, y así entre ellos se encuentra el respeto a la veracidad, derecho de la personalidad, protección de la juventud y la infancia, secreto profesional, derecho de rectificación y medios

²¹⁰ En este sentido, véase el artículo 3.1 del Estatuto de Redacción de El PAÍS aprobado por el Consejo de Administración de PRISA, el 29 de abril de 1980; también el artículo 2 del Estatuto de Redacción del periódico El Mundo.

legales de acceso a la información²¹¹. Sin embargo, otros suponen verdaderas limitaciones a la libertad de prensa, lo que destaca principalmente por haber sido impuestas por los sujetos que intervienen en el ejercicio de la profesión²¹². Entre éstos últimos se reseñan el derecho a la presunción de inocencia o la concesión de oportunidades a la parte afectada por la información de dar su versión previa de los hechos²¹³.

Otros principios éticos, a diferencia de los constatados anteriormente, tienen un origen institucional. Así en el ámbito internacional se puede señalar la existencia de un Proyecto de Código de Honor profesional de las Naciones Unidas, en el se incita a los profesionales de la información a ofrecer únicamente informaciones exactas, evitando calumnias, difamaciones voluntarias y acusaciones sin pruebas, actuando bajo el principio de la buena fe, y respetando la intimidad de las personas. Debido a su ámbito internacional de aplicación contiene una cláusula relativa a los profesionales que desarrollen su labor informativa respecto a acontecimientos relativos a otros países, para

²¹¹ SEGALÉS, J.: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, cit., pág. 176.

²¹² SEGALÉS, J.: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, cit., pág. 176.

²¹³ SEGALÉS, J.: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, cit., pág. 176.

los cuales se impone la obligación de adquirir los conocimientos necesarios sobre éstos, para poder actuar con equidad y exactitud.

Y en el ámbito europeo es absolutamente preciso constatar la existencia del Código Europeo de ética periodística aprobado por la Asamblea parlamentaria del Consejo Europeo el 1 de julio de 1993²¹⁴ en el que se resaltan los principios de veracidad e imparcialidad en la realización de trabajos informativos en relación con el derecho a la información de los ciudadanos y la libertad de expresión de los periodistas.

La importancia de este recién reseñado instrumento normativo deriva de su mayor vinculabilidad y efectividad *erga omnes*, cuyo contenido debe ser asumido por los estados miembros, objetivo pretendido por la Resolución 1.003, de 1 de julio de 1993, pero que todavía no ha sido acogida en nuestro país²¹⁵.

Una vez determinado el vasto conjunto de normas de carácter ético dictadas respecto a los profesionales de la información, resulta necesario recordar que la

²¹⁴ El texto puede consultarse en el apéndice documental de la obra RAMOS FERNÁNDEZ, L.F.: *La profesión periodística en España (Estatuto jurídico y deontología profesional)*, Diputación de Pontevedra, Pontevedra, 1997, págs. 451 y ss.

²¹⁵ SEGALÉS, J.: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, cit., pág. 169.

previsión legislativa no contiene más que una norma de conducta en favor del profesional de la información, pero a la que no se añade más consecuencia jurídica que la imposibilidad de sancionar o perjudicar al profesional por el ejercicio de este derecho a participar en la elaboración de informaciones contrarias a tales principios. Así resultan claras las posibilidades de defensa del profesional ante una sanción laboral, siempre que ésta esté fundamentada en el "no hacer" del profesional. Sin embargo, en nada se concretan las posibilidades del profesional ante un incumplimiento empresarial en el respeto a este derecho del trabajador. Quizá debería haberse previsto normativamente un supuesto más de ejercicio del derecho a la extinción indemnizada del contrato cuando se produjesen injerencias reiteradas e injustificadas en la labor del profesional, y dicha actuación empresarial afectase a su conciencia ética o profesional.

Junto al supuesto normativo de *ius resistentiae* que acabamos de reseñar, los Estatutos de Redacción y los Convenios Colectivos han previsto otro supuesto de resistencia: la negativa a firmar trabajos que hayan sufrido alteraciones de fondo que no sean resultado de un acuerdo previo²¹⁶. Pese a que dichas previsiones se

²¹⁶ Artículo 46 del CC estatal para prensa no diaria de 30 de marzo de 1998; artículo 6 del Estatuto de Redacción de EL PAÍS; artículo 8 del Estatuto de Redacción de RTVV; Estatuto Marco de Redacción de Cataluña.

encuentran dentro de las regulaciones propias de la cláusula de conciencia²¹⁷, creo que en realidad no estamos ante un supuesto de vulneración de principios éticos por la actuación empresarial, sino que más entraríamos en el campo de los derechos de autor, protegidos por la Ley de propiedad intelectual.

3.3.2.- Objeción de conciencia en los profesionales sanitarios

A diferencia de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, la objeción de conciencia sanitaria no ha sido objeto de regulación legislativa.

El Código de ética y deontología médica, aprobado por la Organización médica colegial, prevé, sin embargo, en su artículo 26 la siguiente cláusula:

"1. El médico tiene el derecho a negarse por razones de conciencia a aconsejar alguno de los métodos de regulación y de asistencia a la reproducción, a practicar la esterilización o a interrumpir un embarazo.

²¹⁷ Excepto en el Estatuto de Redacción de El Mundo, artículo 9, en el que también se contiene el derecho de los redactores a retirar la firma de los artículos cuyo contenido haya sido modificado o sustancialmente alterado en su fondo o forma o le cree un problema de conciencia; sin embargo, resulta destacable que este derecho no se considera incluido en el contenido de la cláusula de conciencia, sino como un derecho independiente, aunque en este caso sí se hace referencia a la existencia de un problema de conciencia.

Informará sin demora de su abstención y ofrecerá, en su caso, el tratamiento oportuno al problema que se le consultó. Respetará siempre la libertad de las personas interesadas de buscar la opinión de otro médico. Y debe considerar que el personal que con él colabora tiene sus propios derechos y deberes. 2. El médico podrá comunicar al Colegio de Médicos su condición de objetor de conciencia a los efectos que considere procedentes, especialmente si dicha condición le produce conflicto de tipo administrativo o en su ejercicio profesional. El Colegio le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria".

La previsión deontológica otorga al profesional sanitario el derecho a negarse en la recomendación de determinadas actuaciones médicas relacionadas con la reproducción: métodos de regulación y asistencia a la reproducción, esterilización o interrupción del embarazo²¹⁸.

²¹⁸ Otras conductas que a priori podrán plantear problemas de conciencia son las relativas a prácticas eutanásicas. Sin embargo, no será el caso de nuestro país, ya que se trata de conductas prohibidas por nuestro ordenamiento jurídico penal. De acuerdo con ello no podrían plantearse supuestos de órdenes empresariales legales en estas materias. No estaríamos, por tanto, ante una conducta que afectase a la libertad de conciencia del profesional, sino ante una orden ilegítima por contravenir las disposiciones del Código penal y, por tanto, quedaría amparada la negativa del trabajador al cumplimiento de la misma. En este sentido, el artículo 143.4 del Código penal señala: "El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera

También el Código Deontológico de la Enfermería Española, aprobado por Resolución 32/89 del Consejo General de Enfermería, en su artículo 22 reconoce el derecho a la objeción de conciencia de este personal en el ejercicio de su profesión, en los siguientes términos:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Constitución Española, la Enfermera/o tiene, en el ejercicio de su profesión, el derecho a la objeción de conciencia que deberá ser debidamente explicitado ante cada caso concreto. El Consejo General y los Colegios velarán para que ninguna/o Enfermera/o pueda sufrir discriminación o perjuicio a causa del uso de ese derecho".

La inexistencia de regulación legal del derecho a abstenerse de practicar una interrupción del embarazo fue uno de los motivos del recurso previo de inconstitucionalidad presentado contra el texto definitivo del proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal sobre despenalización del aborto en determinados supuestos. El Tribunal, en la resolución de este recurso mediante la Sentencia número 53/1985, de 11 de abril, señaló que el mencionado derecho

una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo". La situación variará, sin duda, en otros países, en los que la legislación sí reconoce dichas conductas como legítimas. Sólo en estos casos se pueden plantear problemas de conciencia en el profesional.

a abstenerse por motivos de conciencia tiene su respaldo en el artículo 16 del texto constitucional, ya que se trata de una especificación de la libertad ideológica.

El anterior reconocimiento tiene importantes consecuencias prácticas, ya que implica que puede ser ejercido con independencia de que se haya dictada o no tal regulación, por ser la Constitución directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales²¹⁹. El artículo 16 de la Constitución permitiría así la adecuación de los comportamientos personales a las propias convicciones, siempre que no lesionen ningún bien social²²⁰.

La conexión entre objeción de conciencia, libertad de conciencia y libertad ideológica ya había sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia número 15/1982, de 23 de abril, en la que ya se señalaba que supone *no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma*²²¹.

El derecho a la objeción de conciencia, al ponerse en relación con la libertad ideológica, es un derecho reconocido en el ordenamiento constitucional y,

²¹⁹ Fundamento Jurídico 14° de la STC 53/1985.

²²⁰ BLAT GIMENO, F.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit, pág. 113.

²²¹ Fundamento jurídico 6° de la STC 15/1982. Reiterado en STC 35/1985, de 7 de marzo.

por ello, directamente aplicable, sin necesidad de regulación específica²²².

El problema que dicha práctica plantea es la necesidad de compatibilizar los derechos concurrentes, ya que junto al derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios concurre el derecho del resto de los ciudadanos, por ejemplo, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en los términos permitidos por el artículo 417 bis del Código penal, o al acceso a métodos de regulación y asistencia a la reproducción. De este modo, la dificultad estriba en que debe garantizarse que dichos derechos sean compatibles con la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, por lo que, sí parece necesaria una regulación legal.

La única previsión vigente se encuentra en el Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo en cuyo artículo 9.2 se establece la necesaria comunicación inmediata a la interesada a quien no se practicará la interrupción voluntaria del embarazo, al objeto de que pueda acudir a otro facultativo.

²²² Véase, por todos, CAMPS RUIZ, L.M.: "Notas sobre la eficacia de los preceptos constitucionales de contenido laboral", en AAVV: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980, págs. 137 y ss.

3.3.2.1.- La necesidad de regulación del derecho a la objeción de conciencia sanitaria: titulares del derecho y contenido del mismo

Como ya ha quedado reflejado, la aplicación directa del artículo 16 de la Constitución permitiría considerar vigente el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario. Sin embargo, creo que existen problemas aplicativos de dicho derecho que exigen la regulación del mismo, como son la determinación de su ámbito subjetivo de aplicación así como el verdadero contenido que debe otorgársele²²³.

Desde un punto de vista subjetivo es necesario determinar qué sujetos se encontrarán legitimados para el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria, ya que podrá mantenerse desde una posición estricta en la que resultan amparados por el derecho únicamente el personal facultativo, hasta una regulación amplia en la que cualquier colaboración en una interrupción de embarazo permitida por el Código penal, sea facultativa o no, resulte protegida.

Además, el contenido del derecho a la objeción de conciencia sanitaria y la forma en que podrá llevarse a cabo también resultan necesitados de una regulación que establezca los límites a que debe sujetarse el personal

²²³ Son exigencias de seguridad jurídica, principalmente, las que justifican la necesidad de una normativa específica. SAGARDY BENGOCHEA, J.A.: "Aborto: objeción de conciencia y rescisión de contrato de trabajo", en *Dilemas éticos de la medicina actual*, (ed. J. Gafo), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, pág. 325.

facultativo en el ejercicio del mismo para que no resulten lesionados otros derechos de los particulares.

Así, será necesario precisar el alcance del propio derecho a la objeción de conciencia, esto es, si ampara cualquier acto vinculado con la interrupción voluntaria del embarazo o únicamente aquellos de carácter imprescindible y que contribuyan de manera efectiva a que la gestación quede interrumpida. Ésta cuestión es la planteada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 13 de febrero de 1998²²⁴, en que se extiende el ámbito de la objeción sanitaria a todos aquellos actos en que se participa directamente en la interrupción voluntaria del embarazo²²⁵.

3.3.2.2.- Las proposiciones de ley presentadas relativas a la objeción de conciencia en la interrupción voluntaria del embarazo

La necesidad de que esta materia sea objeto de una regulación específica se manifiesta también en la abundancia de proposiciones de ley presentadas.

En efecto, a lo largo de las siete legislaturas se han presentado un gran número de proposiciones de ley relativas a la regulación voluntaria del embarazo en las que se contienen diferentes propuestas en torno al reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia de

²²⁴ AS 393.

los médicos y personal sanitario, que denotan la existencia de una inquietud legislativa en esta materia, pero que, sin embargo, no ha quedado reflejada en una regulación. Así pueden consultarse Proposiciones de Ley presentadas por diferentes Grupos Parlamentarios a lo largo de las siete legislaturas: I Legislatura, proposición presentada por el Grupo Parlamentario Comunista (BOCG, Serie B, 14 de julio de 1991, n° 145-I); II Legislatura: Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (BOCG, Serie B, 3 de mayo de 1985, n° 100-I), y Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Popular (BOCG, Serie B, 22 de mayo de 1985, n° 101-I); IV Legislatura, Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya (BOCG, Serie B, 23 de abril de 1990, n° 37-1); y, en la VI Legislatura, se presentaron siete iniciativas en esta materia, tres Proposiciones presentadas por el Grupo Socialista del Congreso (BOCG, Serie B, de 12 de abril de 1996, n° 12-1; de 3 de junio de 1997, n° 98-1 y de 18 de marzo de 1998, n° 170-1); tres presentadas por el Grupo Federal de Izquierda Unida (de 12 de abril de 1996, n° 17-1; de 3 de junio de 1997, n° 99-1 y de 18 de marzo de 1998, n° 169-1) y una presentada por el Grupo Mixto (BOCG, 18 de marzo de 1998, n° 177-1).

La abundancia de estas iniciativas así como el rechazo de todas ellas, justifica que se dedique atención

²²⁵ Sobre esta Sentencia véase MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: "La objeción de conciencia en materia de aborto", en Aranzadi Social, tomo I/1998, pág. 2522.

únicamente a las que ya han sido presentadas en la VII Legislatura, y que todavía se encuentran en tramitación.

Del análisis de las proposiciones de ley presentadas en la VII Legislatura podemos señalar que en todas ellas se otorga un contenido al derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario mediante el establecimiento de límites al mismo y garantías al derecho de las mujeres a ser atendidas en los centros sanitarios públicos.

En las proposiciones de ley presentadas por el Grupo Parlamentario Mixto el 22 de mayo de 2000²²⁶ y el 31 de mayo de 2000²²⁷, y por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida el 22 de mayo de 2000²²⁸, se establece la posibilidad del personal sanitario, médicos, ATS y demás personal facultativo, de formular reserva de no participación en interrupciones voluntarias del embarazo ante la autoridad sanitaria competente. A tales efectos se prevé la creación de un registro específico²²⁹. La

²²⁶ BOCG, VII Legislatura, Serie B, 5 de junio de 2000, n° 60-1.

²²⁷ BOCG, VII Legislatura, Serie B, 9 de junio de 2000, n° 71-1.

²²⁸ BOCG, VII Legislatura, Serie B, 5 de junio de 2000, n° 63-1.

²²⁹ En este sentido, debe recordarse la previsión contenida en el artículo 26 del Código de ética y deontología médica aprobado por la Organización médica colegial, que prevé la notificación de la condición de objetor al Colegio de Médicos, aunque únicamente con carácter facultativo para el médico y no de modo obligatorio.

inclusión en el citado registro se entendería a los solos efectos del acto específico de la interrupción voluntaria del embarazo pero no a los actos de orientación y asesoramiento previos ni a los actos posteriores, como cuidados o atención general.

Además, la formulación de reserva supondría la prohibición de practicar o intervenir en esta clase de intervenciones en cualquier tipo de centros, públicos o privados. Esta previsión responde a la voluntad de evitar el fraude que supondría la negativa a realizar estas prácticas en la sanidad pública y, por el contrario, admitirlas en el ejercicio privado de la medicina.

Se introduce un supuesto en que no se admite la alegación de razones de conciencia para la no participación en interrupciones voluntarias del embarazo. En efecto, cuando ésta revista carácter de urgencia por existir riesgo vital para la gestante, el personal médico especialista en Obstetricia y Ginecología y el personal de enfermería o auxiliar, integrado en centro sanitario público o privado, están obligados a prestar a la embarazada la asistencia necesaria para salvar su vida. Asimismo, tampoco podrá denegarse la asistencia a una mujer cuya vida o salud se encuentre en grave peligro a consecuencia de una interrupción de su embarazo²³⁰.

²³⁰ Artículo 4 de la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, BOCG, Serie B, 24 de abril de 2000, n° 10-1. Propuestas similares en las Proposiciones de Ley presentadas por los Grupos Mixtos E izquierda Unida publicadas en BOCG, VII Legislatura, Serie B, 5 de junio de 2000, n° 60-1; BOCG, VII

La regulación contenida en las anteriores proposiciones de ley trata de garantizar también la realización del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo dentro de la red sanitaria pública, de modo que se establezca la obligatoriedad de los centros sanitarios públicos de disponer de medios técnicos, humanos y facultativos necesarios para la práctica de este derecho.

3.3.2.3.- Objeción de conciencia sanitaria y relación de trabajo subordinado

La falta de regulación específica sobre esta materia deja presentes un sinnúmero de interrogantes por resolver, así como una serie de dificultades en su aplicación por la necesidad de conjugar los derechos de los facultativos a la objeción de conciencia y los derechos de terceros afectados por la abstención de los particulares por motivos de conciencia, especialmente en el supuesto de interrupción voluntaria del embarazo en los términos permitidos legalmente.

El conflicto afectará en las relaciones en que concurra subordinación (laboral y administrativas²³¹), ya que en estas prestaciones de servicios la libertad de

Legislatura, Serie B, 9 de junio de 2000, n° 71-1 y BOCG, VII Legislatura, Serie B, 5 de junio de 2000, n° 63-1

²³¹ En efecto, el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia debe predicarse tanto del personal funcionario, como del estatutario y del laboral. En este sentido, SIEIRA MURIENTES, S.: *La objeción de conciencia sanitaria*, Dykinson/Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pág. 207.

conciencia deberá además conjugarse con el derecho a la libertad de empresa, en el que encuentra fundamento el poder de dirección del empresario²³².

Efectivamente éste no puede surgir en relaciones de servicios en el ámbito de contratos civiles, en que el profesional no tiene obligación de someterse al criterio del cliente por lo que no puede concurrir la confluencia de derechos; el profesional es libre para negar su participación en tales prácticas²³³.

En cambio, en las prestaciones de servicios en que concurre subordinación existe la posibilidad de que surja el conflicto de intereses del profesional y del empresario por lo que debe determinarse si la objeción de conciencia sanitaria permite el ejercicio del *ius resistentiae* a la orden empresarial de participar en la práctica de actuaciones que contravienen la conciencia del profesional.

La situación resulta ciertamente gravosa cuando nos situemos en el campo de la sanidad pública, ya que el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia del profesional colisiona con la posibilidad de los

²³² MARTÍN VALVERDE, A.: "Contrato de trabajo y derechos fundamentales", en *Revista de Derecho Social*, n° 6/1999, pág. 13.

²³³ El único supuesto en que puede surgir el conflicto en estas prestaciones de servicios es cuando sobreviene a la perfección del contrato. En este sentido, SIEIRA MURIENES, S.: *La objeción de conciencia sanitaria*, cit., págs. 182 y ss.

sujetos afectados del ejercicio de derechos reconocidos legalmente y que deben ser igualmente satisfechos y garantizados, por lo que es necesario el establecimiento de mecanismos para el efectivo cumplimiento de sus derechos.

Por ello el reconocimiento del ejercicio a la libertad de conciencia efectuada por el Tribunal Constitucional al entender que no resulta necesario el desarrollo legislativo del artículo 16 de la Constitución, no puede adquirir carácter absoluto en las relaciones profesionales con subordinación.

Como se sabe el Tribunal Constitucional admite el establecimiento de modalizaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador dando prevalencia a los criterios de organización empresarial²³⁴. Ésta es, por ejemplo, la orientación de la doctrina sentada por el Tribunal en su STC 19/1985, de 13 de febrero, relativa a un supuesto de libertad religiosa y relación laboral. En ella el Tribunal considera que, pese a la garantía que la Constitución otorga a los derechos fundamentales y libertades públicas, ello no supone que la invocación de estos derechos o libertades pueda ser utilizado por una

²³⁴ En este sentido, MARTÍN VALVERDE, A.: "Contrato de trabajo y derechos fundamentales", cit., pág. 20, señala cómo en una economía de mercado como la que se configura en el artículo 38 CE, "no parece dudoso que el ejercicio de los derechos fundamentales en la empresa por parte de los trabajadores puede ser objeto de limitaciones específicas en atención al adecuado cumplimiento de las obligaciones de trabajo que el propio trabajador ha asumido en el contrato".

de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas²³⁵.

Además la configuración de este *ius resistentiae* requiere una precisión, y es que únicamente puede reconocerse este derecho a los profesionales sanitarios que no hayan sido contratados para realizar operaciones abortivas, pues en caso que así fuera nos encontraríamos ante un incumplimiento contractual sancionable por desobediencia²³⁶. En efecto, únicamente puede reconocerse el derecho de resistencia ante órdenes empresariales dirigidas a realizar labores que vulnerasen las convicciones éticas o morales del trabajador cuando éste no hubiese sido contratado para efectuar precisamente esas funciones, y no cuando efectivamente en el objeto del contrato se determinase la realización de éstas.

No obstante, debe considerarse también la posibilidad de que la realización de estas prácticas pueda tener un origen sobrevenido en la relación laboral, bien mediante un cambio en las funciones inicialmente

²³⁵ Fundamento Jurídico Primero de la STC 19/1985.

²³⁶ La diferenciación de estos dos supuestos, trabajador contratado o no para efectuar este tipo de operaciones, puede verse en SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: "El aborto y la objeción laboral de conciencia", en el Diario *El País*, de 20 de marzo de 1984, y del mismo autor, "Aborto: objeción de conciencia y rescisión de contrato de trabajo", en *Dilemas éticos de la medicina actual*, cit., pág. 323. En el mismo sentido, MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: "La objeción de conciencia en materia de aborto", cit., pág. 2521.

pactadas, bien mediante un cambio en la posición ideológica del trabajador.

En el primer supuesto, es decir cuando la objeción sobrevenida tiene su origen en una movilidad a iniciativa del empresario, podría pensarse que la modificación tuviera carácter sustancial, dependiendo de cuales fueran las funciones contratadas²³⁷, pero aunque así se considerase, las previsiones del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores no permitirían al profesional-objector acceder a la rescisión del contrato más que por la vía del artículo 50.1.a) del Estatuto, ya que la extinción indemnizada del artículo 41.3 únicamente está prevista cuando se trate de modificación de jornada, horario o régimen de trabajo a turnos que perjudiquen al trabajador. De este modo, únicamente cabría la aplicación de la extinción del artículo 50 si se entendiese que la

²³⁷ En este sentido, debe recordarse que el contrato individual puede acotar como objeto de la prestación parte de las funciones que integran la descripción del grupo o categoría profesional, siendo así solo exigibles las delimitadas de este modo, por lo que deberá tenerse en cuenta el pacto en el momento de calificar una movilidad funcional como sustancial, como puso de relieve ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: "Clasificación profesional y movilidad funcional", en *La reforma del mercado laboral*, (dir. Valdés Dal-Re), Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 180. En el mismo sentido, CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 39, señala cómo esta paralela reducción de las facultades empresariales sólo se producirá si efectivamente existe un pacto al respecto (...) pacto que normalmente habrá de ser explícito, concretado en una definición precisa de las funciones exigibles al trabajador por el empresario (...).

modificación redundada en perjuicio de la formación profesional o menoscaba la dignidad del profesional. La extinción indemnizada del contrato de trabajo prevista en la LO 2/1997 para los profesionales de la información, por utilización de la denominada cláusula de conciencia no encuentra así una figura similar aplicable a los profesionales sanitarios.

¿Debe entenderse, entonces, que la modificación de las funciones que suponga introducción de prácticas que resulten contrarias a la conciencia del profesional sanitario no podrá efectuarse, pues por la aplicación directa del artículo 16 del texto constitucional el profesional podrá negarse a la realización de dichas funciones?

En esta línea se ha manifestado que cuando los supuestos novatorios tengan un origen empresarial las adaptaciones deben respetar, con carácter absoluto, las objeciones de conciencia²³⁸. Sin embargo, cabe señalar que la anterior afirmación no parece del todo acertada, toda vez que, aunque las exigencias de la buena fe únicamente nos llevarían a esta hipótesis en supuestos límite, supone un recorte a los poderes empresariales de modificación del contrato, que no resulta acorde con la doctrina constitucional emanada, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985, ya reseñada. Lo que desde luego resulta patente es que se

²³⁸ MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: "La objeción de conciencia en materia de aborto", cit., pág. 2521.

plantea como necesaria una normativa que dé solución a estas cuestiones.

Igualmente la objeción puede tener carácter sobrevenido por un cambio ideológico en el profesional, lo que supondría, en caso de admitirse también para estos supuestos la objeción de conciencia, que las funciones contratadas devendrían de imposible realización. Debe cuestionarse si, en estos casos, existe o no obligación del empresario de modelar la relación laboral mediante la búsqueda de tareas que se acomoden a la posición ideológica del profesional.

La aplicación de la doctrina constitucional derivada de la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985 llevan a la consideración de inexistencia de obligación empresarial de modificación de funciones para acomodarse al cambio ideológico del trabajador; la fuerza vinculante del contrato y la seguridad jurídica conducen a la anterior conclusión. Sin embargo, posiciones doctrinales recientes consideran que la aplicación del artículo 1258 del Código civil viene a suponer que las partes se obligan no sólo a lo expresamente pactado sino también a lo que deriva de la buena fe y de las leyes²³⁹. Así, se mantiene que siempre que no se ocasione un grave perjuicio económico ni se altere sustancialmente la

²³⁹ MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S.: "Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Relaciones Laborales* n° 17/1999, págs. 28-29. También se manifestó en este sentido, BLAT GIMENO, F.R.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, cit., pág. 92.

organización empresarial debería generalizarse la aplicación de la libertad de conciencia a todos los trabajadores²⁴⁰.

En ambos supuestos de objeción de conciencia sobrevenida se plantea, de este modo, la posibilidad empresarial de adaptar las funciones del trabajador a tareas que no vulneren su libertad ideológica²⁴¹, por aplicación del principio de la buena fe empresarial. Así, las exigencias de la buena fe vendrían a exigir una adaptación de las funciones del trabajador, cuando ello no causase perjuicio empresarial, lo que supondría además evitar la pérdida de empleo del trabajador²⁴². Esta movilidad debe producirse, sin embargo, sin generar discriminación en las relaciones laborales, de modo que

²⁴⁰ MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S.: "Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", cit., págs. 28-29.

²⁴¹ Éste es el supuesto de hecho que origina la STS (CA) de 20 de enero de 1987, Ar. 18, en que se analiza el traslado de ATS a servicios distintos de los ginecológicos dentro del mismo centro médico por el deseo de no intervenir en interrupciones voluntarias de embarazos. El Tribunal considera que dicho traslado no menoscaba ni niega la libertad ideológica y religiosa de las ATS por la existencia de un fundamento objetivo notorio para dicho traslado que, además, no afecta ni al lugar de residencia, ni a las categorías profesionales ni a los salarios. En definitiva, resulta lícita de la orden empresarial de traslado motivada por la circunstancia de objeción de conciencia del trabajador cuando, como en este caso, se respetan las demás condiciones de trabajo.

²⁴² SIEIRA MURIENTES, S.: *La objeción de conciencia sanitaria*, cit., págs. 194-195.

no se produzca como represalia frente a la negativa del trabajador a su participación en interrupciones voluntarias del embarazo²⁴³.

En todo caso no puede obviarse que también las exigencias de la buena fe obligan al trabajador a evitar excesos o extralimitaciones innecesarios en el ejercicio de los derechos fundamentales²⁴⁴.

La posición se manifiesta contraria a la doctrina constitucional difundida en la reiterada STC 19/1985, pero resulta más acorde con el respeto a la libertad de conciencia del profesional que, de otro modo, no quedaría protegido. Únicamente se exigiría del empresario la acreditación de que las necesidades organizativas empresariales obligan a que ese concreto trabajador-objeto sea quien efectúe las funciones asignadas, de

²⁴³ Supuesto contemplado en la STSJ Aragón de 18 de diciembre de 1991, AS 6686, en la que se declara la existencia de discriminación en el traslado de un médico anestesista tras su negativa a participar en interrupciones voluntarias del embarazo. Así el Tribunal declara en el Fundamento de Derecho 1º *in fine* que *las conductas sospechosas de encubrir un comportamiento antijurídico deben ser analizadas con especial rigor y cuidado para evitar, por todos los medios, que al socaire de actuaciones formalmente ajustadas al ordenamiento jurídico puedan filtrarse modos de proceder que, reduzcan a papel mojado aquellas garantías destinadas a la protección de los derechos fundamentales*. Destaca la Sentencia citada por el tratamiento de la objeción de conciencia en clave de derechos fundamentales. En este sentido, MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: "La objeción de conciencia en materia de aborto", cit., pág. 2520.

²⁴⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: "Contrato de trabajo y derechos fundamentales", cit., pág. 20.

modo que, si así queda probado, será el interés empresarial el predominante, pero no en caso contrario. Ésta es la doctrina que emana en otras resoluciones del Tribunal Constitucional, más protectoras del ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral²⁴⁵.

3.3.3.- Objeción de conciencia y profesionales farmacéuticos

En términos similares se plantea la cuestión en relación con los profesionales farmacéuticos.

La Ley del medicamento, Ley 25/1990, de 20 de diciembre, establece en su artículo 3.1 la obligación de laboratorios, importadores, mayoristas, oficinas de farmacia, servicios de farmacia de hospitales, centros de salud y demás estructuras de atención a la salud, de suministrar o dispensar los medicamentos que se les soliciten. Dicha obligación abarca únicamente a lo que la propia ley define como medicamento en el artículo 8.1²⁴⁶,

²⁴⁵ STC 99/1994, de 11 de abril, en la cual la modulación de los derechos fundamentales en la relación laboral por su inserción en la organización empresarial ajena se limita a aquellos supuestos en que sea *estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva*.

²⁴⁶ En efecto el artículo 8.1 de la Ley 25/1990 entiende por medicamento toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a

concepto del que resultan excluidos los denominados por la ley *productos sanitarios*²⁴⁷. Así pues si no existe obligación de dispensar los denominados *productos sanitarios* no puede existir respecto a ellos objeción de conciencia²⁴⁸.

Sin embargo, la mencionada obligación de dispensa de medicamentos puede plantear, en algunos casos, conflictos relacionados con la libertad ideológica del personal farmacéutico²⁴⁹, por lo que, también respecto a estos profesionales, pueden generarse conflictos de derechos: la libertad de conciencia de los profesionales y el derecho al acceso a los medicamentos de los ciudadanos.

En este sentido, algunas de las leyes autonómicas de ordenación farmacéutica garantizan que el ejercicio

funciones corporales o al estado mental. También se consideran medicamentos las sustancias medicinales o sus combinaciones que pueden ser administrados a personas o animales con cualquiera de estos fines, aunque se ofrezcan sin explícita referencia a ellos.

²⁴⁷ Definidos en el artículo 8.12 de la Ley 25/1990, y entre los que se incluyen los preservativos masculino y femenino y el DIU. En este sentido, LÓPEZ GUZMÁN, J.: *Objeción de conciencia farmacéutica*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1997, pág. 94.

²⁴⁸ En este sentido, LÓPEZ GUZMÁN, J.: *Objeción de conciencia farmacéutica*, cit., pág. 94.

²⁴⁹ Especialmente respecto a la dispensa de métodos anticonceptivos así como de las denominadas "píldoras abortivas", como pone de manifiesto SIEIRA

del derecho a la objeción de conciencia de estos profesionales no limite o condicione el derecho a la salud de los ciudadanos²⁵⁰. No se trata, pues, de reconocer el derecho a la objeción de conciencia de estos profesionales que, como se sabe, deriva de la aplicación directa del artículo 16 de la Constitución, sino únicamente de garantizar que el ejercicio de este derecho no limite o condicione el derecho a la salud de los ciudadanos.

Por ello en estas leyes autonómicas no se determina cuál es el ámbito de aplicación, subjetivo y objetivo, del derecho de estos profesionales a abstenerse de actuaciones concretas por razones de conciencia.

En el caso de que éstos fuesen profesionales dependientes o asalariados²⁵¹ podemos determinar que el contenido del derecho a la objeción de conciencia, de acuerdo con la doctrina constitucional, legitimaría la

MURIENTES, S.: *La objeción de conciencia sanitaria*, cit., págs. 221 y ss.

²⁵⁰ Artículo 17 de la Ley 4/1996, de 26 de diciembre de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; artículo 5 de la Ley 8/1998, de 16 de junio de la Comunidad Autónoma de La Rioja; y artículo 6 de la Ley 5/1999, de 21 de mayo de la Comunidad Autónoma de Galicia.

²⁵¹ En efecto, profesionales farmacéuticos no son únicamente los titulares de las oficinas de farmacia, sino que entre éstos cabe incluir los asalariados de una oficina de farmacia, los farmacéuticos de hospital y los farmacéuticos de industria. Sobre todos ellos, véase LÓPEZ GUZMÁN, J.: *Objeción de conciencia farmacéutica*, cit., págs. 150, 151 y ss, y 158 y ss.

negativa al cumplimiento de órdenes empresariales relativas a la participación en actuaciones que resulten contrarias a sus propias convicciones morales. El *ius resistentiae* ante este tipo de órdenes empresariales se encontraría justificado en el ejercicio de un derecho constitucional relacionado con el derecho fundamental a la libertad ideológica. Sin embargo, cabe matizar la anterior afirmación. En efecto, el ejercicio de esta resistencia a órdenes empresariales estará sometida a los mismos límites ya establecidos respecto a los profesionales sanitarios, y así no tendrá los mismos efectos si el farmacéutico ya conocía, con anterioridad a la celebración del contrato de trabajo, el ejercicio de prácticas contrarias a sus propias convicciones morales o fue contratado precisamente para esas actuaciones concretas. En el mismo sentido, es posible extender para estos profesionales las afirmaciones efectuadas para los profesionales sanitarios en relación con la objeción de conciencia sobrevinida en la relación laboral.

Debe tenerse presente para estos profesionales la concurrencia de la obligación legal establecida en el ya mencionado artículo 3.1 de la Ley 25/1990, por lo que exista o no dependencia la aplicación de la objeción de conciencia supondrá el incumplimiento de un mandato normativo. En este sentido, la propia Ley 25/1990 establece, en el Capítulo Segundo del Título IX, un cuadro de infracciones y sanciones administrativas, entre las que podemos señalar, a los efectos que nos ocupan, la consideración como infracción grave de "la negativa a dispensar medicamentos sin causa justificada..." (artículo 108.2.b.15) así como la de "cualquier acto u

omisión encaminado a coartar la libertad del usuario en la elección de la oficina de farmacia" (artículo 108.2.b.17).

No puede obviarse que el ejercicio de un derecho fundamental, de rango constitucional, debe prevalecer sobre la obligación legal de suministro y dispensa de medicamentos, lo que no puede suponer, en ningún caso, que ello venga a limitar el derecho a la salud de los ciudadanos, por lo que deberán establecerse mecanismos de garantía del mismo, que en virtud de la normativa vigente, hoy se consideran insuficientes.

Además, puede hallarse un reconocimiento legal del derecho fundamental a la objeción de conciencia del profesional farmacéutico en el artículo 108.2.b.15 de la Ley 25/1990, que introduce la cláusula sin causa justificada, en la cual cabría incluir no sólo consideraciones profesionales sino también de carácter ético²⁵².

²⁵² Como señala SIEIRA MURIENES, S.: *La objeción de conciencia sanitaria*, cit., pág. 224.

3.4.- Límites deontológicos al poder de dirección

El problema de la autonomía moral o ética del profesional en los términos planteados puede llegar a incidir en el poder directivo empresarial. En efecto, el conjunto de normas éticas a que se ha hecho referencia es posible que llegue a figurar como límite insoslayable en la facultad empresarial de dar órdenes e instrucciones al profesional-trabajador en el ejercicio de su poder directivo.

Se trataría de este modo de cohonestar las facultades empresariales con las normas éticas impuestas al ejercicio de las profesiones reguladas. Como se aprecia, la situación excede de la problemática creada por la propia libertad ideológica del trabajador en la relación laboral, puesto que, en el caso que nos ocupa, existe un conjunto de principios éticos impuestos por sujetos ajenos a la propia prestación de servicios: los Colegios profesionales. El equilibrio que ha de buscarse no se halla ya en la concurrencia de derechos de empresario y trabajador, sino que existe una vinculación a principios heterónomos.

Por ello será necesario determinar si esta circunstancia genera un *ius resistentiae* a favor del trabajador ante órdenes empresariales que contraríen dichos principios éticos, o por el contrario existe obligación del trabajador de cumplimiento de dichas órdenes e instrucciones empresariales, sin perjuicio de

una posterior reclamación, es decir, de vigencia del principio *solve et repete*.

La clave de la cuestión puede hallarse en la interpretación constitucional y jurisprudencial que se ha efectuado del valor jurídico de las normas deontológicas emanadas de los Colegios profesionales. En efecto, según el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo las normas deontológicas de las profesiones no son *simples tratados de deberes morales*, sino que determinan obligaciones de necesario cumplimiento para los colegiados²⁵³. Ello responde a la propia naturaleza jurídica de los entes colegiales, a los que la Ley delega el ejercicio de potestades públicas.

Así pues, las órdenes empresariales que conlleven el incumplimiento de normas deontológicas estarán sometidas al mismo régimen jurídico que las órdenes ilegales, y por consiguiente, en aplicación de la admisión judicial de un relativo *ius reistentiae*, no generaran deber de obediencia en el trabajador.

Como se sabe, la legitimidad objetiva de la orden empresarial se subordina en la ley a un ejercicio regular del poder de dirección²⁵⁴, circunstancia que cabe poner en duda ante una orden que supusiera para el trabajador una

²⁵³ Véase la jurisprudencia citada en la nota 134 de este capítulo.

²⁵⁴ Artículos 5.c) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores. Sobre el tema véase ROMÁN DE LA TORRE, M^aD.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., pág.368 y ss.

vulneración de estas normas deontológicas, ya que, en realidad, nos hallaríamos ante una extralimitación de las facultades empresariales.

Este tipo de desobediencia a órdenes empresariales que menoscaben los principios éticos de la profesión no podrá, de acuerdo con el planteamiento efectuado, ser sancionado por el empresario, por tratarse de desobediencia justificada.

El reconocimiento de este *ius resistentiae* puede tener soporte en los estatutos de las profesiones colegiadas y en los códigos deontológicos, en la medida en que en ellos se garantiza la *independencia* de los profesionales en el ejercicio de su profesión²⁵⁵. Esta independencia a que se hace referencia en dichos instrumentos jurídicos no puede venir referida a la imposibilidad del ejercicio en régimen asalariado, pues como ya he señalado, se ha admitido con generalidad la posibilidad de prestación laboral de servicios en este caso. Así, lo que los Estatutos de las profesiones y Códigos deontológicos vienen a garantizar es la imposibilidad de que estos profesionales se encuentren subordinados desde un punto de vista técnico y ético, y

²⁵⁵ Así, como ejemplo, puede verse el vigente Estatuto General de la Abogacía Española, que en su artículo 1º afirma la cualidad de independiente de la profesión de la abogacía, y el Código deontológico de la Abogacía Española en su artículo 1.1 se establece la independencia intelectual y moral del abogado como condición esencial para el ejercicio de la profesión. En el mismo sentido el artículo 1 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales, entre otros.

por ello, lo que se está garantizando es su autonomía técnica y moral.

Un ejemplo de regulación legal de este *ius resistentiae* a órdenes e instrucciones empresariales no regulares en cuanto puedan vulnerar normas deontológicas se halla en el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/1997, reguladora del derecho de los profesionales de la información a la cláusula de conciencia. En él se establece, como ya he señalado, el derecho del profesional a negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio.

En definitiva, puede afirmarse que las normas deontológicas, pese a que sus destinatarios sean los propios profesionales, alcanzan en sus efectos al empresario, limitando las posibilidades derivadas de su poder de dirección que deberá ajustarse a dichas normas²⁵⁶. La imposibilidad de sanción en casos de desobediencia a órdenes que vulneren normas deontológicas resulta patente, y en caso de que se produjese, los Tribunales deberían avalar la actuación de desobediencia

²⁵⁶ En este sentido se expresa RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Contrato de trabajo y autonomía del trabajador", en AAVV: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, cit., págs. 35 y 36: "las reglas corporativas y las normas éticas de la profesión son límites a su poder de dirección y se imponen al empresario que no puede imponer al trabajador ignorar esas reglas ni sus criterios profesionales".

del profesional-trabajador por hallarse plenamente justificada.

4.- Garantías del poder directivo: el poder disciplinario del empresario. Convivencia con las facultades disciplinarias del Colegio profesional

La conexión existente entre los poderes directivo y disciplinario en la relación de trabajo resulta patente, habiéndose caracterizado las facultades sancionadoras del empresario como instrumento necesario para la eficacia de las directivas²⁵⁷ y como consecuencia "penal" de la violación del poder directivo por el trabajador²⁵⁸. Esta relación entre ambos poderes permite en este momento la caracterización del poder disciplinario del empresario en la relación laboral de profesionales titulados con unos perfiles diferentes a los habituales por la reconocida singularidad que presentan en la misma las facultades directivas del empresario.

En efecto, se ha comenzado afirmando la existencia de una autonomía técnica del profesional en la

²⁵⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^aF.: "Perfiles del poder disciplinario", *Tribuna Social*, n° 63, 1996, pág. 10. En este sentido, se ha afirmado que el poder directivo constituiría únicamente un poder moral si no fuese acompañado del de sancionar los incumplimientos de los trabajadores a las órdenes del empresario. Así, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, decimonovena edición, Civitas, Madrid, 2001, pág. 380.

²⁵⁸ MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, 1965, pág. 142.

relación de trabajo; autonomía que no resulta incompatible con la subordinación jurídica característica de la laboralidad del vínculo jurídico entre profesional y empresario. Como consecuencia de ello se configura un diferente régimen de responsabilidades, civiles, penales y administrativas. A su vez, se reconoce la necesidad de respeto a las normas deontológicas de la profesión, que también *limitan* el poder directivo empresarial.

Una vez caracterizado de este modo el ejercicio de las facultades directivas empresariales es preciso ahondar en la singularización que todo ello pueda suponer para otro de los poderes empresariales que se ha caracterizado como un poder instrumental o garante de poder directivo: el poder disciplinario, cuya extensión irá pareja a la del resto de poderes empresariales.

Sus peculiaridades específicas en este tipo de relaciones de trabajo, en las que el prestador es un profesional, caracterizado por la autonomía técnica y moral, como límites a los poderes empresariales, se acrecientan si entra en juego otro de los elementos típicos de estas profesiones: la adscripción obligatoria a los Colegios profesionales, a los que el artículo 5,i) de la Ley 2/1974 encomienda las funciones disciplinarias en materia profesional y colegial entre las propias de estos entes.

La existencia de una duplicidad de sujetos con funciones disciplinarias sobre estos profesionales supone, a su vez, la concurrencia de dos regímenes diferentes, a los que parece necesario otorgar ámbitos jurídicos diferenciados, aunque resulta patente su

incidencia sobre la prestación de trabajo del profesional.

Con carácter previo al análisis de estas cuestiones en torno a los poderes disciplinarios de empresario y Colegio profesional que inciden en la relación de trabajo de los profesionales asalariados, es necesario reflejar la existencia de una facultad empresarial intermedia entre el ejercicio de las facultades directivas de carácter ejecutivo y de ordenación y las disciplinarias.

En efecto, debe destacarse la presencia de las facultades de vigilancia y control²⁵⁹, previas o independientes al ejercicio del poder disciplinario, y que forman parte del denominado poder directivo empresarial²⁶⁰. La ausencia o presencia de estas

²⁵⁹ En efecto, el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores concede al empresario la posibilidad de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales.

²⁶⁰ MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, ob. cit., pág. 152 y 153. También LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, pág. 491. En diferente sentido se expresa LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, A. Giuffré, Milán, 1956, pág. 38, para quien "...atribuyendo una larga estensione al concetto di potere disciplinare non vi dovrebbe essere difficoltà a ricompendervi anche un'attività che è necessariamente preventiva di accertamento e di controllo e che è la condizione senza della quale non è possibile esercitare in concreto il potere disciplinare attraverso l'irrogazione delle sanzioni".

facultades de control configuran uno de los indicios de trabajo libre o de laboralidad en las prestaciones de servicios de difícil configuración²⁶¹, por lo que resulta preciso realizar un breve apunte sobre su existencia en las relaciones laborales con profesionales titulados.

La finalidad otorgada a estas facultades es la comprobación y vigilancia de la realización del trabajo²⁶², debiendo constatarse que en la relación de trabajo de profesionales asalariados las funciones empresariales de control adquieren singularidades específicas. Éstas pueden venir dadas porque las circunstancias de tiempo y lugar de la prestación de trabajo se configuran en muchas de estas relaciones de un modo peculiar, circunstancia que afectará a la efectividad de las facultades de vigilancia y control.

A ello cabrá añadir que dentro de las facultades de control es posible distinguir entre un control genérico con el objetivo de comprobar que los trabajadores se encuentran realizando las funciones correspondientes y un control técnico sobre la forma en que dichas funciones se están realizando²⁶³. De éste último, reconocida la autonomía del profesional asalariado respecto de los aspectos técnicos de su

²⁶¹ LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, ob. cit., pág. 494.

²⁶² MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, cit., pág. 152.

²⁶³ MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, cit., pág. 152.

prestación, cabe afirmar que, con carácter general, no será necesaria su concurrencia.

Debe traerse a colación en este momento la existencia de otras prestaciones de servicios laborales en las que también existe un diferente tratamiento de las facultades de control, lo que no ha impedido la declaración de laboralidad de las mismas. Es lo que sucede en el denominado trabajo a domicilio y en los contratos de trabajo cuyo objeto es la ejecución de una obra. En ambos las facultades de vigilancia directa e inmediata sobre el efectivo cumplimiento de la prestación, tal y como se configuran en el común de las relaciones laborales, desaparecen, convirtiéndose en un control sobre el resultado.

A la misma conclusión cabe llegar en el caso de los profesionales asalariados. Por las circunstancias especiales de tiempo y lugar que cabe apreciar en muchas de estas prestaciones, y por la ausencia de un control técnico sobre el trabajo no podrá, como regla general, existir un control y vigilancia inmediato sobre el modo en que se realiza la prestación, pero sí cabrá realizarlo sobre el resultado de la misma.

En definitiva, también la facultad de vigilancia y control sobre la actividad laboral permanece en las relaciones laborales con profesionales, aunque con peculiaridades específicas que distorsionan en cierto modo su ejercicio, pero que no hacen desaparecer su presencia.

Finalmente, antes de entrar en el análisis de las facultades disciplinarias empresariales y colegiales, debe ponerse de manifiesto que resulta de aplicación, tanto a profesionales libres como dependientes, las previsiones contenidas en el Título V del Libro V, artículos 448 a 453 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 6/1985, de 1 de julio, en donde se conceden facultades disciplinarias que recaen sobre abogados y procuradores por su actuación ante los Juzgados y Tribunales, y que podrán ser impuestas por el Juez o la Sala ante la que se sigan las actuaciones. Se trata de una facultad sancionadora que se superpone a las antedichas facultades del empresario y del Colegio profesional. Únicamente serán sancionables los actos de abogados y procuradores que constituyan una de las actuaciones contenidas en el artículo 449 de la mencionada Ley, todas ellas relacionadas con la actuación de estos profesionales ante los órganos judiciales. Las sanciones a imponer consistirán bien en apercibimiento, bien en multa cuya cuantía máxima será la prevista en el Código penal como pena correspondiente a las faltas (artículo 450), atendiendo a la gravedad, antecedentes y circunstancias de los hechos cometidos. Así pues, en el caso de abogados y procuradores podemos hablar de tres sujetos con facultades disciplinarias sobre sus actuaciones profesionales: empresario, Colegio profesional y Juez o Sala ante la que realicen la actuación procesal correspondiente.

4.1.- Régimen disciplinario laboral

El cumplimiento de las órdenes e instrucciones empresariales, configuradas como obligaciones de los trabajadores en los artículos 5 c) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, se garantizan en el artículo 58 de este texto legal mediante el otorgamiento de facultades disciplinarias que permiten al empresario sancionar incumplimientos laborales de los trabajadores.

El presupuesto objetivo necesario para que el poder disciplinario del empresario resulte legítimo es la existencia de un ejercicio regular del poder directivo acompañado de la desobediencia injustificada del trabajador. Únicamente las órdenes legítimas, subjetiva y objetivamente, deben ser cumplidas por el trabajador, sin perjuicio de la posterior reclamación judicial.

Como ya se ha señalado, la regularidad de la orden se configura en nuestro sistema como un presupuesto que debe presumirse, por lo que genera en el trabajador un deber de obediencia, cuyo incumplimiento puede llevar aparejada la sanción más grave, con las únicas excepciones reconocidas de atentado contra la dignidad del trabajador, de ilegalidad y de peligrosidad²⁶⁴, en los que se admite un limitado *ius resistentiae*. Como se sabe la inicial tendencia de los Tribunales a la aplicación

²⁶⁴ En este sentido pueden verse las SsTS de 21 de septiembre de 1987, Ar.6225 y Ar. 6229.

rígida del llamado *solve et repete* se ha ido suavizando, introduciéndose la posibilidad de incumplimiento de ciertas órdenes empresariales, cuando no emanen de un ejercicio regular del poder de dirección²⁶⁵. Así, aunque no se considere superada la aplicación del *solve et repete*, para que la desobediencia sea considerada causa de sanción disciplinaria ha de tener como origen un poder directivo ejercitado regularmente²⁶⁶.

El ámbito de órdenes empresariales que no generan deber de obediencia sino, antes al contrario, resistencia del trabajador a obedecerlas, se amplía en las relaciones de trabajo de profesionales, por el necesario respeto a su autonomía técnica y moral. En estos casos una orden empresarial que atentase contra la autonomía técnica o contra las normas deontológicas profesionales no se configuraría como ejercicio regular de facultades directivas, y en consecuencia no nos encontraríamos ante incumplimientos laborales sancionables.

La anterior afirmación equivale a la constatación de una limitación en el espacio de actuación del poder disciplinario, pero ello no puede ser de otro modo, por la conexión existente entre poder directivo y poder disciplinario. Resultan así extrapolables los límites y especialidades que concurren en aquél.

²⁶⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Obediencia debida y desobediencia justificada", *Relaciones Laborales*, n° 2/1988, pág. 1 y ss.

²⁶⁶ En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Obediencia debida ...", cit., pág. 4.

En la relación de trabajo son sancionables las conductas que comporten quebrantamiento de deberes dimanantes del contrato de trabajo²⁶⁷, esto es, incumplimientos laborales y, en consecuencia, la concurrencia de una conducta regular del trabajador no puede ser sancionada. La falta de atención a órdenes e instrucciones empresariales que invadan esa esfera de autonomía reconocida al trabajador con conocimientos técnicos superiores a los del empresario es comportamiento regular del profesional y, en consecuencia, no resulta sancionable ya que no nos encontramos ante un incumplimiento contractual.

Ello no implica, evidentemente, ausencia de facultades disciplinarias. El poder empresarial disciplinario permanece en la medida en que puede afirmarse la integración del profesional en un ámbito de organización ajeno. Únicamente quedará fuera de la facultad disciplinaria del empresario los espacios de autonomía que se han garantizado a este tipo de profesionales.

Debe recordarse en este sentido que la ausencia de posibilidades sancionadoras del empresario respecto al trabajador será un indicio cualificado de ausencia de laboralidad; y viceversa, la presencia de estas facultades deberá determinar la laboralidad del vínculo, lo que no debe confundirse con la efectividad de

²⁶⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Problemas particulares sobre el poder disciplinario y las sanciones en la empresa", *Tribuna Social*, nº 63, 1996, pág. 69.

imposición de sanciones sino con la posibilidad de imponerlas²⁶⁸.

La determinación de aquello que resulta sancionable por el empresario no resulta, en el plano teórico, diferente de lo que pueda afirmarse respecto del resto de trabajadores: incumplimientos laborales, esto es, incumplimientos de obligaciones derivadas del contrato de trabajo. La única diferencia que puede establecerse es que en estos casos el respeto al ámbito de autonomía alcanzará no sólo al poder directivo empresarial, sino también a las facultades disciplinarias. El régimen jurídico que cabe aplicar, por tanto, a la posibilidad empresarial de sancionar a un profesional asalariado se ajustará al cuadro de infracciones y sanciones previsto en la norma convencional aplicable del mismo modo que para el conjunto de trabajadores de la empresa, debiéndose respetar la aplicación de los principios de tipicidad de faltas y sanciones, de proporcionalidad y de revisión judicial de las sanciones.

Resulta destacable, sin embargo, que concurre, por el establecimiento de este régimen disciplinario laboral, una diferencia sustancial entre los profesionales asalariados y el ejercicio libre de la

²⁶⁸ Así se ha señalado específicamente que "... es la inexistencia del poder de disciplina en una relación de trabajo lo que resulta incompatible con el vínculo de dependencia laboral...", LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, ob. cit., pág. 513.

profesión, ya que en este último caso, por la existencia de contratos de prestación de servicios no laborales, no resulta en absoluto trasladable el esquema disciplinario propio del contrato de trabajo. En efecto, el poder disciplinario no resulta propio de los negocios civiles y mercantiles, sino que se explica en el contexto de la dependencia laboral.

El fundamento material que se ha otorgado a este poder disciplinario, esto es, la necesidad de eficiente funcionamiento de la organización productiva de la empresa²⁶⁹, no resulta así trasladable a otras prestaciones de servicios, en las que, en cambio, serán aplicables otros medios de reacción frente a incumplimientos de las obligaciones contractuales, propios de la naturaleza de la prestación que hayan concertado las partes, siendo la regla general la prevista en el artículo 1124 del Código Civil, pudiendo optar el perjudicado entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación.

El reconocimiento de las facultades disciplinarias del empresario en la relación laboral se justificó por la insuficiencia, ineficacia e inadecuación de los medios de derecho privado para responder a incumplimientos del trabajador, y se presentó como garantía a la conservación de la relación laboral, y por

²⁶⁹ ALBIOL MONTESINOS, I. en AAVV: *Derecho del Trabajo*, tomo II, *Contrato Individual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 472.

tanto, en beneficio del propio trabajador²⁷⁰. Sin embargo, es necesario señalar que el poder disciplinario es más una ventaja para el empresario, ya que contribuye al mantenimiento de su organización del trabajo²⁷¹, y viene a configurarse como un método más ágil para la imposición de sanciones y más flexible y adaptable a los incumplimientos leves del trabajador.

Sin embargo, en el ejercicio de las profesiones tituladas concurren una serie de normas de necesario cumplimiento que escapan del ámbito de la relación laboral. Me refiero al cumplimiento de las normas propias de la profesión, normas deontológicas y normas colegiales, la vigilancia del cumplimiento de las cuales se concede legalmente a los Colegios profesionales, y a los mismos, en consecuencia, se les otorga la facultad disciplinaria sobre los colegiados.

En esto, encuentran un punto de coincidencia los profesionales asalariados y quienes ejercen la profesión sin sumisión a un contrato de trabajo, esto es, los profesionales liberales. Su ejercicio profesional se encuentra mediatizado por el necesario respeto de estas

²⁷⁰ DURÁN LÓPEZ, F.: "Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador", *Revista de Política Social*, n° 123/1979, págs. 11 y ss.

²⁷¹ DURÁN LÓPEZ, F.: "Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador", cit., pág.14.

normas, y su incumplimiento podrá ser sancionado, en ambos casos, por el correspondiente Colegio profesional.

4.2.- Régimen disciplinario colegial

Las funciones atribuidas a los Colegios profesionales en el artículo 5 i) de la Ley 2/1974, relativas a la ordenación de la actividad profesional²⁷², defensa de la ética y respeto a los derechos de los particulares va acompañada, por razones obvias, de la posibilidad de que estas corporaciones impongan sanciones disciplinarias ante incumplimientos de los colegiados. Así, se ha afirmado que la propia existencia de los Colegios profesionales se justifica por el ejercicio que de las funciones de vigilancia y control realizan a través de la potestad disciplinaria²⁷³, es decir, que el ejercicio por los Colegios profesionales de funciones

²⁷² La ordenación del ejercicio de las profesiones constituye, además, uno de los fines esenciales de estos entes, según determina el artículo 1.3 de la LCP. Constituye uno de las funciones públicas que la ley les otorga, y cuyo ejercicio determina la naturaleza de corporaciones de derecho público. Sobre el tema véase DEL SAZ, S.: *Los Colegios profesionales*, cit., pág. 145 y ss.

²⁷³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: "El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional" en AAVV: *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, cit., pág. 313.

públicas destinadas a proteger los intereses de terceros justifica la existencia de los entes colegiales²⁷⁴.

Los Estatutos Generales de la profesión, elaborados por el Consejo General y aprobados por el Gobierno, son el instrumento jurídico que debe regular el régimen disciplinario de la profesión²⁷⁵, según dispone el artículo 6.3.g) de la Ley de Colegios profesionales y ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 93/1992, de 11 de junio. De acuerdo con lo que se afirma en esta Sentencia, es necesario distinguir el Estatuto General de una profesión y los estatutos particulares de cada colegio, pues ello hará posible la compatibilidad del principio de legalidad con la autorregulación corporativa. Los estatutos particulares son elaborados por el correspondiente Colegio, y aprobados autónomamente por el Consejo General que culmina la organización corporativa de la profesión

²⁷⁴ En este sentido, FANLO LORAS, A.: "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial", en AAVV: *Los Colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996, pág.100.

²⁷⁵ Ejemplos de ello son los siguientes: Estatuto General de la Abogacía Española (RD 658/2001); Estatutos Generales de la Organización médica colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales (RD 19.5.1980): faltas: artículo 64/sanciones artículos 63 a 68; Estatuto general de los Colegios Profesionales de habilitados de clase pasivas (RD 19.1.1996) : faltas (art. 52) sanciones (artículos 53 a 63); Estatuto orgánico de Gestores administrativos: RD 424/1963 modificado por RD 2532/1998; Estatuto General de procuradores: (RD 2046/1982), faltas: artículos 61 a 65/sanciones: artículos 66 a 72.

respectiva. En cambio, los Estatutos Generales, una vez elaborados por dicho Consejo General, son aprobados por el Gobierno. Estos «estatutos generales de la profesión», cuyo establecimiento es confiado por la Ley a Reales Decretos del Gobierno, obviamente llamados a ser publicados en el «Boletín Oficial del Estado», son los que deben regular -entre otros temas- el régimen disciplinario de la profesión. Por el contrario, los estatutos particulares únicamente vienen a regular el funcionamiento del Colegio correspondiente²⁷⁶.

Una vez más debe traerse a colación la obligatoriedad de la colegiación en relación con la función pública de ordenación de la actividad profesional y las facultades disciplinarias del Colegio profesional. Y ello porque difícilmente pueden ejercerse estas funciones públicas si la regulación no tiende a generalizarse a todos los profesionales. En efecto, escasa repercusión tendrá la ordenación del ejercicio profesional y la facultad disciplinaria colegial si la adscripción no se configura como obligatoria y universal²⁷⁷ con la excepción de aquellos profesionales que desarrollan sus funciones en el ámbito de la Administración pública, a los que, en mi opinión, debería

²⁷⁶ Artículos 6.3.g y 6.4 de la Ley de Colegios Profesionales.

²⁷⁷ Así lo pone de relieve SÁNCHEZ SAUDINÓS, J.M.: *Los Colegios profesionales en el ordenamiento constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pág. 268, nota al pié 557.

excluirse de esta obligatoria colegiación, como ya se ha puesto de relevancia.

Los principales problemas que plantea el régimen disciplinario colegial son los relativos a la vigencia de las garantías derivadas del principio de legalidad, consagrado en el artículo 25 del texto constitucional, en su doble vertiente de necesidad de tipificación de infracciones y sanciones²⁷⁸, y de reserva de ley. Como ya se ha señalado en el espacio dedicado a las normas deontológicas colegiales²⁷⁹, se ha admitido una flexibilización de la noción del principio de legalidad en torno a las sanciones administrativas colegiales, siendo suficiente una mínima cobertura legal. La fundamentación que en la jurisprudencia se concede a dicha afirmación se halla en que nos encontramos ante relaciones de especial sujeción²⁸⁰, lo que legitima la imposición de sanciones contenidas en normas reglamentarias, y una cierta indefinición de conductas sancionables cuando se trata de incumplimientos de normas

²⁷⁸ DEL SAZ, S.: *Los Colegios profesionales*, cit., pág.153. En el mismo sentido, CALVO SÁNCHEZ, L.: *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 830-831.

²⁷⁹ Ver el epígrafe 3 de este capítulo relativo a normas deontológicas profesionales.

²⁸⁰ Véase por todas la STS (3ª) de 4 de diciembre de 1995, Ar.9679, en la que se cita la doctrina constitucional en el sentido de que la reserva de ley consagrada en el artículo 25 de la CE pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial.

deontológicas²⁸¹, siendo suficiente que sea posible predecir con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que pueda hacerse merecedor quien cometa una o más infracciones concretas²⁸².

La única cobertura legal existente es la previsión contenida en la Ley de Colegios Profesionales en el sentido de atribuir a estos entes facultades sancionadoras para el mantenimiento y ordenación de la actividad profesional. Dicha situación ha sido legitimada por la jurisprudencia constitucional y reiterada por el Tribunal Supremo. La única razón que cabe alegar en defensa de dicha posición es puesta de manifiesto por la doctrina: *"...el grado de especialización de los criterios de cada profesión y la propia existencia de la lex artis hacen que sea impensable que el Parlamento ... haya de entretenerse en tipificar todas las modalidades disciplinarias de todos los Colegios Profesionales..."*²⁸³.

Parece así justificarse la falta de determinación por Ley del cuadro sancionador en la existencia de un importante grado de especialización, por lo que

²⁸¹ STC 219/1989, de 21 de diciembre.

²⁸² CALVO SÁNCHEZ, L.: *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, cit., págs. 830-831.

²⁸³ MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L.: "El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional" en AAVV: *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, cit., pág. 347.

resultaría de imposible realización el estricto cumplimiento de reserva de ley, ya que, por esta vía podría potenciarse la desaparición del régimen disciplinario colegial.

Sin embargo, tal posición contrasta con la gravedad de algunas de las sanciones que pueden ser impuestas por los Colegios profesionales. En efecto, los Estatutos Generales de las profesiones contienen entre sus sanciones la suspensión del ejercicio profesional así como la expulsión del Colegio, que de hecho viene a suponer la imposibilidad del ejercicio, por tratarse de profesiones colegiadas. La justificación de esta facultad colegial de impedir el ejercicio de la profesión se ha encontrado en la naturaleza jurídica de estos órganos, ya que se trata de corporaciones de derecho público²⁸⁴.

Pese a ello parece que por su gravedad dichas sanciones debieran estar contenidas en una norma con rango de ley. El mismo anhelo cabría señalar respecto a otras funciones atribuidas a los colegios profesionales, y cuya regulación se reserva también a los estatutos generales. Me refiero a la aptitud de estos instrumentos jurídicos para regular la adquisición, denegación y pérdida de la condición de colegiados (artículo 6.3.a) LCP), cuya compatibilidad con el tenor literal del artículo 36 del texto constitucional resulta dudosa, al

²⁸⁴ GALLEGO MORALES, A.J.: *Colegios Profesionales y Sindicatos. Confluencias y tensiones*, cit., pág. 99.

prever éste que será la Ley la que regulará el ejercicio de las profesiones tituladas²⁸⁵.

A todo ello cabría añadir una objeción más. La Ley de Colegios profesionales atribuye a éstos la función de ejercer la facultad disciplinaria, lo que supone la atribución de una competencia ejecutiva diferente de la facultad de dictar normas en materia disciplinaria²⁸⁶.

4.3.- Duplicidad de regímenes disciplinarios: caracteres diferenciales y efectos

4.3.1.- Caracteres diferenciales

Nos situamos pues ante dos sujetos con facultades disciplinarias respecto al ejercicio asalariado de una profesión: el empresario y el Colegio profesional.

Las diferencias que deben establecerse entre las facultades disciplinarias del empresario en la relación laboral y del Colegio profesional respecto de los inscritos en el mismo vienen determinadas en cuatro singulares aspectos: el sujeto titular de las facultades disciplinarias y su relación jurídica con el sujeto infractor, el contenido objetivo de las facultades

²⁸⁵ Sobre esta cuestión véase ampliamente GALLEGO MORALES, A.J.: *Colegios Profesionales y Sindicatos. Confluencias y tensiones*, cit., pág. 66.

²⁸⁶ SAINZ MORENO, F.: "Artículo 36", en *Comentarios a las leyes políticas, Constitución Española de 1978*, tomo III, EDERSA, Madrid, 1983, pág.578.

sancionadoras, la diferente naturaleza jurídica de las sanciones, el diferente instrumento jurídico en que se contienen los regímenes jurídicos de estas facultades²⁸⁷.

Con respecto al primero de dichos aspectos, resulta manifiesto que los sujetos titulares de las facultades sancionadoras son distintos, y con distinta relación respecto al profesional asalariado.

En el caso del empresario es necesaria la presencia de una relación laboral entre éste y el profesional; únicamente será posible el ejercicio de la facultad disciplinaria respecto a sus trabajadores, es decir, de aquellos con los que mantiene una relación de trabajo asalariado.

El Colegio profesional, por el contrario, no mantiene ninguna relación de trabajo con los profesionales; es la pertenencia al Colegio profesional, la adscripción de los profesionales al mismo, la que legitima la imposición de sanciones a estos sujetos, que se producirá, por tanto, únicamente respecto a los inscritos en el ente profesional²⁸⁸. El Colegio

²⁸⁷ Y como consecuencia de todo ello, también resulta diferente la jurisdicción competente en caso de reclamación.

²⁸⁸ Así LEGA, C. (*Le libere professioni intellettuali...*, cit., pág. 305) concreta este ámbito subjetivo de aplicación señalando que dicho poder se ejercita respecto de los profesionales que en el momento que cometen la infracción disciplinaria están inscritos en el Colegio. Ello viene a suponer que no pueden eximir la responsabilidad disciplinaria pidiendo la cancelación

profesional no actúa como empresario, ni mantiene con el profesional más relación que la derivada de la pertenencia de éste al ente colegial; sin poder ignorar que la relación que se crea entre el profesional y el Colegio se ha caracterizado como relación de especial sujeción, y que es en el ámbito de una relación de esa naturaleza en la que se ejerce la potestad disciplinaria²⁸⁹. Sus funciones disciplinarias derivan de la atribución de funciones públicas que la Ley efectúa en favor de los Colegios profesionales. Por el contrario, las facultades disciplinarias del empresario derivan de una relación *inter privatos*.

En segundo lugar, en relación con el contenido objetivo de las facultades disciplinarias, es manifiesto que en un caso viene referido a incumplimientos relativos a las obligaciones derivadas de la relación laboral, y en otro, han de aplicarse a los derivados de las relaciones del colegiado con el Colegio y del profesional respecto a las normas propias de la profesión, en los términos establecidos en la Ley de Colegios profesionales.

Así, es necesario poner de relieve que la potestad disciplinaria del Colegio profesional viene

de su inscripción colegial después de haber cometido la infracción con la finalidad de evitar el procedimiento disciplinario (ob.cit., págs. 305-306).

²⁸⁹ SÁNCHEZ SAUDINÓS, J.M.: *Los Colegios profesionales en el ordenamiento constitucional*, cit., págs. 271-272.

referida tanto al orden profesional como colegial²⁹⁰, ya que al mismo corresponde la vigilancia en el cumplimiento de las normas relativas a la ordenación de la profesión así como de las normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiales²⁹¹. Su extensión alcanzará únicamente a la conducta de los colegiados en el ejercicio de su profesión, y no a los producidos fuera de dicho ámbito²⁹²; así, no debe aplicarse a cuestiones relativas a la vida privada del profesional o cuestiones ajenas a la profesión²⁹³.

En cuanto a las facultades disciplinarias del empresario, como ya se ha señalado, quedan limitadas a los incumplimientos de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, ya que únicamente podrán ejercerse para la sanción de conductas relacionadas con las obligaciones contractuales derivadas de esa relación.

También la naturaleza jurídica de las sanciones disciplinarias se configura como una de las diferencias

²⁹⁰ Así lo especifica el artículo 5 i) de la LCP. Al respecto se ha señalado que la distinción no resulta carente de sentido: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: "El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional" en AAVV: *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, cit., pág. 299.

²⁹¹ Artículo 5 i) y t) de la LCP.

²⁹² GALLEGO MORALES, A.J.: *Colegios Profesionales y Sindicatos. Confluencias y tensiones*, cit., pág. 99.

²⁹³ SAINZ MORENO, F.: "Artículo 36", en *Comentarios a las leyes políticas*, ob.cit., pág. 545.

fundamentales entre las facultades disciplinarias de los dos sujetos. Resulta manifiesto que en el caso de las sanciones colegiales nos encontramos ante sanciones administrativas emanadas de un ente con funciones propias de derecho público. En cambio, en el ámbito disciplinario laboral nos encontramos con el establecimiento de sanciones entre sujetos privados. La diferente naturaleza jurídica de las sanciones permitirá, como veremos, la doble imposición ante un hecho generador de una duplicidad de infracciones en el ámbito colegial y en el laboral.

Finalmente, es necesario también determinar los distintos instrumentos jurídicos que determinan el régimen disciplinario aplicable. En efecto, de acuerdo con las previsiones del artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores la graduación de faltas y sanciones relativas a incumplimientos laborales de los trabajadores debe estar contenida en disposiciones legales o en el convenio colectivo aplicable. Se produce así una atribución a la negociación colectiva de la competencia para delimitar el marco de ejercicio del poder disciplinario²⁹⁴, de modo que la facultad sancionadora únicamente será posible si existen reglas que califiquen una conducta como infracción.

Respecto a la facultad disciplinaria colegial son los Estatutos Generales de la profesión, realizados por el Consejo General de Colegios profesionales y aprobados

²⁹⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^aF.: *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Sevilla, 1991, pág. 133.

por el Gobierno, los que vienen llamados al establecimiento del régimen disciplinario.

4.3.2.- Efectos

Por último, es necesario hacer hincapié en los efectos que la existencia de una duplicidad de regímenes disciplinarios puede tener sobre la efectiva prestación de servicios.

Así, primeramente, se puede destacar cómo una misma conducta del profesional puede dar lugar a una doble actividad disciplinaria, siempre que de dicha conducta sea posible afirmar que vulnera simultáneamente obligaciones derivadas de la relación laboral y normas colegiales y profesionales. La anterior afirmación no supone, a mi parecer, vulneración del principio *non bis in ídem*, por tratarse de normas sancionadoras de diferente naturaleza jurídica. Resulta así posible que un hecho resulte sancionable de acuerdo con los Estatutos Generales del Colegio profesional y, del mismo modo, sea considerado falta laboral, con la consiguiente duplicidad de sanciones²⁹⁵. Nos encontraríamos, por consiguiente, ante una doble infracción que indudablemente debe generar una doble imposición de sanciones, aunque la actividad del profesional haya sido sólo una.

²⁹⁵ De acuerdo con el cuadro de faltas y sanciones que, en su caso, haya establecido el Convenio Colectivo aplicable.

En segundo lugar, ha de ponerse de manifiesto cuál es la influencia que una sanción colegial pueda tener en la relación laboral así como si existe algún tipo de repercusión de una posible sanción laboral sobre la relación entre el Colegio profesional y el profesional. Comenzando por esta segunda posibilidad, puede afirmarse que una sanción laboral, aunque suponga la extinción de la relación o la suspensión temporal de la misma, no viene a afectar a la relación que mantiene el profesional con el Colegio profesional. En efecto, ésta permanecerá inalterada ante posibles modificaciones de la relación laboral. La relación colegial abarca un ámbito de actuación más amplio que la relación laboral, y en consecuencia no será posible encontrar ninguna posible repercusión de una sanción laboral en la relación colegial.

Lo mismo no puede afirmarse respecto al primero de los planteamientos. En efecto, respecto a la influencia de una sanción colegial sobre la relación laboral²⁹⁶, es necesario señalar que ésta resulta especialmente relevante cuando la sanción impuesta consiste bien en la suspensión temporal en el ejercicio de la profesión bien en la expulsión del Colegio. En ambos casos, con carácter temporal o definitivo, se imposibilita al profesional para el desarrollo de sus

²⁹⁶ Cuando la conducta no suponga, al tiempo, infracción sancionable por el empresario.

funciones, lo que sin duda influirá en la efectividad de la prestación laboral.

En el primer caso, la sanción colegial consistente en la suspensión en el ejercicio profesional habrá de suponer también una cesación temporal en la prestación laboral, por lo que habrá de coonestarse con las causas de suspensión de la relación laboral previstas en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores. En el caso de la expulsión definitiva del Colegio profesional la sanción habrá de encontrar su acogida en alguna de las causas de extinción de la relación laboral previstas legalmente. La diferencia entre ambas sanciones deriva del carácter temporal o definitivo de las mismas y éste será también el efecto sobre la relación laboral, su suspensión o su extinción.

En ambos casos nos encontramos ante una pérdida de la capacidad para el desarrollo de las funciones correspondientes. La falta de capacidad deriva de la obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio de determinadas profesiones que, como hemos visto, está prevista en nuestro sistema jurídico.

4.3.2.1.- La extinción del contrato por expulsión del Colegio profesional

El supuesto de falta de capacidad con carácter definitivo y sobrevenido con posterioridad al inicio de la relación laboral ha sido puesto en relación con la ineptitud como causa de extinción objetiva del contrato de trabajo. En efecto, la interpretación judicial de esta

causa de extinción ha inferido que por ineptitud cabe entender la falta de aptitud, preparación, suficiencia o idoneidad para el desarrollo de la prestación debida por el trabajador, lo que viene a hacer referencia a la ausencia de condiciones físicas, psíquicas o legales necesarias para el desempeño del trabajo²⁹⁷.

Se incluye, de este modo, en el ámbito de aplicación de la ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo, la pérdida de los requisitos exigidos legalmente para el desempeño de la actividad de que se trate²⁹⁸, lo que supone, a juicio de la doctrina, una ampliación de tal concepto, por lo que ha sido objeto de críticas²⁹⁹.

Se trataría, de este modo, de un supuesto de concurrencia de una circunstancia sobrevenida, la falta

²⁹⁷ En este sentido pueden verse las SsTSJ de Cataluña de 26 de enero de 1999, AS 875, y de 12 de mayo de 1999, AS 1473; la del TSJ de Andalucía-Granada de 5 de enero de 1999, AS 688; la STSJ de La Rioja de 22 de octubre de 1998, AS 6829, entre otras.

²⁹⁸ SsTS de 29 de marzo de 1984, Ar.2448, de 29 de diciembre de 1988, Ar.9938 y de 3 de julio de 1989, Ar.5422.

²⁹⁹ FITA ORTEGA, F.: *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág.74 y ss., para quien estos supuestos suponen una falta de capacidad para la prestación del trabajo que debería llevar como consecuencia la nulidad del contrato, y su inclusión en la ineptitud sobrevenida únicamente encuentra justificación en razones de economía y rapidez del procedimiento extintivo, y en que se trata de la solución más favorable para el trabajador.

de colegiación como consecuencia de sanción, que imposibilita definitivamente la efectiva prestación de servicios, por lo que cabría aplicar la ineptitud sobrevenida, prevista como causa de extinción en el artículo 52 letra a) del Estatuto de los Trabajadores³⁰⁰.

El supuesto sería asimilable a la ausencia sobrevenida del título habilitante³⁰¹, a la falta de la habilitación administrativa correspondiente³⁰², a la

³⁰⁰ Así la STS de 27 de octubre de 1983, Ar.5159, entiende que cuando el trabajador debido a ineptitud no puede desempeñar la actividad para la que fue contratado y aquélla se produce con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa, el contrato de trabajo se extingue de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

³⁰¹ STSJ de Cantabria de 13 de marzo de 1992, AS 1319, STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de diciembre de 1995, AS 4537, SsTSJ de Cataluña de 14 de abril de 1998, AS 2062, y de 5 de octubre de 1996, AS 3910, de Murcia de 5 de octubre de 1998, AS 4312, y de 13 de marzo de 2000, AS 629, de Aragón de 26 de junio de 2000, AS 1770, entre otras, en las que la falta de titulación deriva de la entrada en vigor de la L.O. 1/1990 de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo.

³⁰² Al respecto pueden verse las Sentencias dictadas en relación con el personal de seguridad tras la entrada en vigor de la Ley 23/1992 de seguridad privada, a partir de la cual es exigible la habilitación del Ministerio del Interior: SsTSJ de Andalucía-Málaga de 11 de septiembre de 1995, AS 3377, y de 30 de noviembre de 1995, AS 4244, SsTSJ de Madrid de 1 de octubre de 1998, AS 3759, y de 6 de octubre de 1998, AS 3689, de Canarias-Santa Cruz de Tenerife de 14 de febrero de 2000, AS 928.

privación del carné de conducir³⁰³ o similares.

³⁰³ STSJ Baleares de 18 de julio de 1994, AS 3095, en la que la ineptitud se deriva de la no posesión del título de conducir clase c.1 exigible, tras la modificación del Código de circulación, para la conducción en instalaciones aeroportuarias, lugar de prestación de servicios del trabajador.

4.3.2.2.- La suspensión del contrato por suspensión en el ejercicio profesional

Cuando esta imposibilidad legal de prestación de los servicios tiene carácter temporal no parece adecuado acudir a la extinción del contrato de trabajo³⁰⁴ sino, más bien, a la suspensión del mismo durante el lapso de tiempo que permanezca esta imposibilidad, con la consecuente exoneración temporal de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.

El análisis de las causas previstas en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores nos induce a afirmar que si la sanción colegial va acompañada de la sanción disciplinaria laboral y ambas sanciones coinciden

³⁰⁴ Sin embargo, esto es precisamente lo que hace el TSJ de Cataluña en su sentencia de 26 de enero de 1999, AS 875, en la que considera ajustada a derecho la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevinida ante una privación del permiso de conducir por tiempo de un año, siendo éste necesario para el desempeño de sus funciones. Así el Tribunal no considera en ningún momento la temporalidad al efecto de valorar la causa de extinción como excesiva ante una pérdida de las condiciones legales necesarias para el desarrollo de su relación laboral, cuya duración es de un año. En cambio, en la STSJ del País vasco de 9 de septiembre de 1996, AS 3584, el supuesto de inhabilitación temporal del empresario para el ejercicio de la actividad no es considerado como causa para procede a la extinción de los contratos de sus trabajadores, sino que el Tribunal amparándose en la temporalidad de la inhabilitación considera que debiera aplicarse la suspensión de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del artículo 45.1 j) del ET.

en la duración temporal, la causa de suspensión a aplicar será la prevista en la letra h) del mencionado precepto.

En caso de que no exista esta coincidencia es preciso señalar la ausencia de una causa de suspensión que sea equivalente a la ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo, en la que, como hemos visto, se incluyen los supuestos de imposibilidad definitiva de prestación de servicios por falta de capacidad legal.

La ausencia de esta previsión legislativa no puede, sin embargo, llevarnos a la consideración de que cualquier pérdida de capacidad legal para el desarrollo de la prestación, tenga carácter temporal o definitiva, deba considerarse causa de extinción por ineptitud. Antes al contrario, la desaparición de las condiciones legales para el desarrollo de la prestación con carácter temporal debe ser asumida como una suspensión del contrato, no pudiéndose equiparar los efectos entre las imposibilidades temporales y definitivas³⁰⁵.

Del listado de causas de suspensión del contrato de trabajo contenido en el artículo 45 del Estatuto se puede afirmar que no nos hallamos ante una previsión

³⁰⁵ Así ORTÍZ LALLANA, C.: *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985, pág. 278, para quien la ineptitud, para que tenga efectos extintivos, debe revestir carácter permanente. En sentido contrario la STSJ de Cataluña de 26 de enero de 1999, AS 875.

legislativa cerrada³⁰⁶, sino que, mediante la introducción de las causas de suspensión por mutuo acuerdo de las partes y por consignación válida en el contrato, se permite la estipulación de otras causas de suspensión no contenidas en el precepto. En efecto, la voluntad de las partes puede ampliar las causas suspensivas del contrato, por tratarse de un precepto con carácter de norma mínima, mejorable por pacto individual o colectivo³⁰⁷.

Así, resulta perfectamente viable que las partes acuerden la suspensión del contrato por imposibilidad legal temporal de llevar a cabo la prestación, pacto que podrá tener lugar en el inicio de la relación laboral o en cualquier momento posterior, incluso una vez concurrente la mencionada incapacidad legal temporal.

Podría plantearse como segunda alternativa, aplicable ante la ausencia de pacto expreso entre las partes, la inclusión de estos supuestos en el concepto de fuerza mayor temporal contenida en la letra i) del artículo 45. Para ello es necesario entender que esta norma puede venir referida a la fuerza mayor que incida en cualquiera de las dos partes del contrato de trabajo,

³⁰⁶ En realidad se trata de una enumeración mixta, en la que se alternan supuestos concretos de suspensión y otros de carácter abierto. Véase en este sentido VIDA SORIA, J.: "Suspensión del contrato de trabajo", en AAVV: *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo IX, Vol. 1ª, EDERSA, Madrid, 1983, pág.41.

³⁰⁷ VIDA SORIA, J.: "Suspensión del contrato de trabajo", cit., pág. 42.

cosa que permite el tenor literal del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores³⁰⁸. En efecto, si en el concepto de fuerza mayor hemos de incluir tanto los hechos catastróficos como los imposibilitantes no catastróficos, supuestos que se han venido en denominar de fuerza mayor impropia, cabría entender que la imposibilidad de ejercicio profesional por suspensión temporal de la colegiación tendría cabida en estos últimos.

El problema de la aplicación de la fuerza mayor temporal a los casos de imposibilidad legal temporal de prestación de servicios relacionada con la falta de capacidad del trabajador, es que el artículo 47 del Estatuto agrupa en su regulación los supuestos de suspensión por fuerza mayor junto a los de suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y en ambos casos se produce una remisión al artículo 51. Pues bien, tanto en el artículo 47 como en el 51 se contemplan supuestos que afectan a la situación de la empresa como factor imposibilitante de la prestación, y parecen no poderse aplicar a la imposibilidad de la prestación con origen en la situación del trabajador.

Así pues, la dificultad que conlleva la falta de previsión legal de esta concreta causa de suspensión del contrato continuará vigente cuando las partes no la acuerden como tal ni exista constancia de la misma en el

³⁰⁸ VIDA SORIA, J.: "Suspensión del contrato de trabajo", cit., pág. 63.

contrato individual ni en el convenio colectivo; y ello porque el resto de causas contenidas en el artículo 45 hacen referencia a supuestos muy concretos en los que no cabe englobar la falta de capacidad legal del trabajador de naturaleza temporal.

La solución pasaría así por la necesidad de incluir en el clausulado del contrato estos supuestos concretos como causa de suspensión temporal del contrato de trabajo, y, en su ausencia, cabría, no obstante, la asignación al trabajador únicamente de las funciones que no contraríen la expulsión temporal del Colegio profesional.

Una solución más drástica nos llevaría a entender que cualquier vulneración de las normas colegiales reviste suficiente entidad y gravedad como para incluir el supuesto en una transgresión de la buena fe contractual, y en consecuencia proceder al despido disciplinario del trabajador.

Conclusiones

PRIMERA

La principal consecuencia que cabe extraer del conjunto de manifestaciones efectuadas en torno al ejercicio asalariado de profesiones liberales es, sin lugar a dudas, la necesidad de una especial atención a estas relaciones contractuales en las que el sujeto obligado a efectuar una prestación de servicios se sitúa en una posición jurídica intermedia entre la autonomía y la subordinación.

Es esta singularidad, la coordinación de una posición jurídica subordinada con el necesario reconocimiento de campos de autonomía, la que habrá de determinar cualquiera de los aspectos sobre los que situemos el punto de estudio.

SEGUNDA

La prestación de servicios de profesionales liberales es posible mediante la integración del profesional en un ámbito de organización ajeno, acudiendo a la constitución de una relación laboral.

No existe, sin embargo, una generalizada opinión jurídica de admisión incuestionable de esta posibilidad, fundamentándose los reparos en una gran variedad de cuestiones.

Conclusiones

El primer obstáculo se encuentra en los orígenes del Derecho del Trabajo, ya que las primeras normas laborales tenían como destinatario al trabajador manual, de contornos muy desiguales a los que configuran la relación laboral de los profesionales.

Fue así precisa la acción conjunta del legislador, mediante la inclusión del trabajo intelectual en el ámbito de aplicación del contrato de trabajo, y de la jurisprudencia, mediante la flexibilización de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Es necesario, en todo caso, desterrar la presunción de trabajo libre que, aún hoy, viene siendo aplicada a este tipo de prestaciones de servicios, para dar paso a un coherente análisis de las notas de laboralidad.

En efecto, en la calificación de estas prestaciones de servicios aún pesa excesivamente su clásica configuración como prestaciones de servicios civiles, resultando altamente dificultosa la determinación de su verdadera naturaleza jurídica por el prejuicio con el que habitualmente se accede al análisis de las mismas. Así, es fácil encontrar afirmaciones judiciales en las que la pretensión laboralizadora del profesional debe superar el obstáculo de la presunción de independencia que acompaña al ejercicio de las profesiones liberales.

TERCERA

El acceso a los elementos esenciales del contrato de trabajo resulta, en cualquier caso, resbaladizo e incierto, pero más aún lo es en estas prestaciones de servicios en las que no comparecen los indicios más típicos de laboralidad. Me refiero a las características señas de trabajo dependiente relacionadas con el tiempo y lugar de trabajo, ausentes en el ejercicio de profesiones liberales, aún en su modo asalariado. Y en las que, sobre todo, concurre autonomía en el modo de realización de los servicios.

Parece, pues, evidente que la delimitación entre el contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de trabajo se presenta especialmente dificultosa, pero debe atenderse a la verdadera inclusión del profesional en el ámbito empresarial de organización, y junto a ello a la presencia de poderes empresariales de dirección, y por consiguiente a la efectiva subordinación jurídica, a pesar del mantenimiento de ámbitos de libertad en el ejercicio de la profesión.

CUARTA

Son tres las notas que tradicionalmente han caracterizado a las profesiones liberales: la posesión de una titulación, la necesaria adscripción colegial y la independencia en el ejercicio de la profesión, ésta última de indudables efectos, como se verá, en el desarrollo efectivo de la prestación de servicios.

Conclusiones

Efectivamente, una de las características que siempre ha acompañado a las profesiones liberales es la de tratarse de profesiones intelectuales, esto es, la de efectuar una actividad intelectual y por ello opuesta a la típica actividad del trabajador manual.

Junto a este requisito de titulación, la normativa vigente viene exigiendo la incorporación del profesional a un ente colegial. Puede afirmarse, sin embargo, que este requisito no constituye, en realidad, un rasgo definitorio de la prestación de servicios profesionales, sino que se trata de una característica exigida actualmente por el derecho positivo, que podría desaparecer sin desnaturalizar la figura del profesional liberal.

A pesar de ello, no puede desconocerse que esta exigencia normativa vincula en muchos aspectos el efectivo ejercicio profesional, ya que se trata de un requisito requerido para la válida prestación de servicios.

Además, en mi opinión, partiendo de la existencia inevitable de los Colegios profesionales, entiendo que la incorporación a los mismos debe producirse sea cual sea el modo de prestación de servicios elegido por el profesional (con la clara excepción de los profesionales que no prestan sus servicios en el mercado, sino que desarrollan sus funciones en el ámbito de la Administración).

Conclusiones

En efecto, si a los Colegios profesionales se atribuyen funciones públicas, en materia disciplinaria y de control deontológico, éstas deben aplicarse a los profesionales con independencia de la naturaleza de su prestación de servicios.

También, por tanto, los profesionales asalariados quedarán sometidos al control deontológico del Colegio profesional.

QUINTA

No resulta suficiente, sin embargo, identificar el sujeto al que se refiere el término profesional liberal, ni tampoco mostrar la compatibilidad de su caracterización con la relación laboral. Es necesario, indudablemente, revelar las peculiaridades que adquiere la contratación asalariada de estos sujetos.

Y para ello un primer camino se refiere a las cuestiones relativas al propio acceso al contrato de trabajo, ya que, como se sabe, la libre elección de profesión u oficio, garantizada constitucionalmente en el artículo 35, se ve limitada en algunas profesiones de dos modos: mediante la exigencia de posesión de un título y mediante la necesidad de que el profesional ejerciente se inscriba en un registro colegial.

Son razones de orden público las que justifican la existencia de profesiones cuyo ejercicio únicamente es posible si el prestador de los servicios acredita la

Conclusiones

posesión de una titulación, de tal modo que titulación y adscripción obligatoria al Colegio profesional se configuran como límites para el ejercicio de las profesiones liberales.

Pero, además, ambas circunstancias deben considerarse también desde su condición de límites para la libertad empresarial de contratación.

En este sentido, no debe olvidarse su relación con el objeto del contrato, esto es, con el contenido de las obligaciones, ya que únicamente podrán exigirse estos requisitos cuando el pacto contractual delimite funciones para las que la legislación los exija.

Pero la vinculación de estos elementos también debe hacerse con el consentimiento como elemento del contrato, ya que la concurrencia de la titulación y la colegiación obligatoria acentúan la relevancia que la persona del trabajador tiene en el contrato de trabajo, de tal modo que el consentimiento se encontrará viciado si, prestado en la creencia de que se poseen los requisitos legales exigidos, en realidad esta circunstancia no concurre, vicio en la formación del consentimiento que provocará la nulidad del contrato y la consiguiente ausencia de eficacia.

SEXTA

Debe tenerse en cuenta también que el perfil de personal titulado está presente en algunas instituciones

Conclusiones

laborales a efectos de determinar algún aspecto de su régimen jurídico. Una muestra de ello es el período de prueba.

En efecto, en la configuración vigente del período de prueba desempeña un papel destacado la titulación del trabajador contratado, ya que, como es sabido, el régimen legal de duración del período de prueba que determina el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, de aplicación en aquellos supuestos en los que la negociación colectiva no haya procedido a su regulación, establece la posibilidad de pactar períodos de duración diferente si estamos ante un trabajador técnico titulado, pudiéndose alcanzar en este caso una duración sustancialmente superior.

Para la válida aplicación de este régimen legal es preciso determinar que la titulación que deviene relevante en el momento del establecimiento del período de prueba no es la subjetiva, esto es, la titulación poseída por el trabajador, sino que, por el contrario, la única que resulta efectiva es la titulación que podemos denominar objetiva, en cuanto comprometida en el contrato de trabajo. Únicamente de este modo el período de prueba resulta acorde con las funciones comprometidas.

Es posible así afirmar la absoluta vinculación entre el pacto funcional y la duración del período de prueba, en relación con la titulación exigida.

SÉPTIMA

Uno de los modos previstos normativamente de vinculación laboral del profesional, que además está considerado como un modo de inserción en el mercado de trabajo, es el contrato en prácticas.

El interés de esta modalidad contractual, desde el punto de vista de los profesionales asalariados, se centra en el análisis que de las titulaciones habilitantes para su celebración debe hacerse. Constituye así un ejemplo más de la relevancia del título en la relación contractual.

Junto a ello, no debe olvidarse la absoluta vinculación del contenido de las obligaciones contractuales con el título que justifica la realización del contrato.

Y además debería constituirse en la fórmula generalizada de acceso de los profesionales aprendices en el mercado de trabajo. No es, sin embargo, lo habitual en algunas profesiones, en las que, por el contrario, se accede a las mismas en condiciones marginales de precariedad y habitualmente caracterizadas por la ausencia de retribución.

Su finalidad formativa y, en consecuencia, su carácter temporal, son la prueba de su virtual utilidad a los efectos de la inserción de los profesionales aprendices, al modo de los médicos residentes, para los que sí existe una modalidad contractual de inserción en

el ejercicio de la profesión, que además es el puente de acceso a la titulación de médico especialista.

OCTAVA

Finalizadas las previsiones acerca del acceso al contrato de trabajo que constituyen especialidades por la condición del trabajador de profesional titulado y colegiado, procede afirmar que también los poderes empresariales resultan afectados por estas características del trabajador.

Efectivamente, con carácter general se puede señalar la existencia de limitaciones en el ejercicio de los poderes empresariales cuyo origen hay que encontrarlo en la condición de profesional liberal del trabajador. Debe por ello entrarse en el análisis de dichas limitaciones, más acentuadas en el poder directivo, pero sin duda también existentes en el organizativo.

NOVENA

Pues bien. El poder organizativo empresarial se encuentra coartado en su ejercicio en todas las cuestiones relativas a la determinación de funciones, no sólo en el momento inicial de fijación de las mismas, sino que cualquier posterior modificación o variación quedará vinculada por las exigencias normativas que acompañan al ejercicio de las profesiones liberales.

Conclusiones

De este modo, la determinación inicial de las funciones objeto del contrato y la clasificación del trabajador en la categoría profesional adecuada deben efectuarse teniendo en cuenta las cualificaciones, aptitudes y titulaciones que el trabajador compromete en la prestación de sus funciones.

Por consiguiente, la ausencia del título exigido por normas imperativas para la realización de una concreta prestación profesional supondrá la nulidad del pacto funcional en que se incluyan las mismas.

Es necesario, sin embargo, efectuar una doble línea argumental. En efecto, la vinculación entre título y categoría o grupo profesional, derivada de su relación con las funciones contratadas, puede tener un origen legal pero también puede tener un origen convencional.

Las posiciones de la Jurisprudencia se presentan sustancialmente diferentes dependiendo de cuál sea el origen de la imposición de titulación.

Pero además, las consecuencias jurídicas que se atribuyen a las discrepancias entre titulación y realización de funciones son diferentes también si nacen con el contrato o si, por el contrario, son consecuencia de una movilidad funcional.

Se equivoca, en mi opinión, la doctrina de los Tribunales al no asemejar ambas cuestiones.

En efecto, si el contrato incluye la realización de funciones para las que el trabajador no se encuentra

Conclusiones

capacitado, por la carencia de título, aquél devendrá nulo, pero el trabajador puede exigir las retribuciones correspondientes a un contrato válido. Por el contrario, si siendo válido el contrato de trabajo se produce una modificación del mismo, de modo que pase a realizar funciones distintas de las pactadas para las que el trabajador no se encuentra capacitado, el pacto deviene nulo, pero, en este caso, el trabajador, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, no tiene derecho a las retribuciones por el trabajo ya realizado.

La falta de congruencia entre ambos supuestos resulta patente.

También establece diferencias la jurisprudencia cuando el título deriva de una exigencia convencional, ya que en estos supuestos se mantiene la imposibilidad de acceder a la categoría profesional, pero no la de percibir las diferencias salariales correspondientes.

Esta variación en el tratamiento se justifica, sin embargo, por la diferente naturaleza de las exigencias de título que derivan de una norma imperativa respecto de las que tienen su origen en un convenio colectivo, pues, en este segundo caso, se estima en la jurisprudencia que el título *tiene el designio de mantener el nivel cultural y técnico adecuado para una actividad profesional determinada, o la finalidad de mejorar el perfil o preparación de los trabajadores o responde a necesidades organizativas de la empresa.*

Conclusiones

A pesar de ello, considero criticable que se admita la posibilidad de realización de funciones sin el título exigido en convenio colectivo, y éste es precisamente el efecto de las decisiones judiciales que conceden las diferencias retributivas entre categorías a pesar de la no posesión de la titulación convencional, de modo que lo único que se impide es el acceso a la categoría superior.

Finalmente, otro de los conflictos que las exigencias de titulación del profesional pueden generar en la determinación de funciones hace referencia a los supuestos denominados de polivalencia funcional, ya que éstos suponen una ampliación de las exigencias de cualificaciones en el trabajador, ya que se exige al mismo una mayor amplitud de sus aptitudes profesionales.

DÉCIMA

La determinación de la naturaleza jurídica de cualquier prestación de servicios no es un proceso nítido, sino que habitualmente entre los diferentes modelos contractuales existen supuestos dudosos, de difícil deslinde.

La exclusión de una concreta prestación de servicios del ámbito laboral únicamente puede justificarse por la ausencia de las notas de dependencia y ajenidad.

Es pues el análisis de dichos elementos, que caracterizan el contrato de trabajo, el punto de modulación que permite la clarificación de las denominadas *zonas grises* en la contratación de profesionales.

UNDÉCIMA

El fenómeno de las agrupaciones de profesionales no suele configurarse mediante el recurso a fórmulas laborales de contratación. Sin embargo, es posible encontrar en las mismas elementos de laboralidad, indicios que revelan la existencia de dependencia y ajenidad. En estos casos el punto de duda se sitúa en las relaciones entre los propios profesionales, y no en la relación de éstos con los clientes.

Los puntos determinantes que cuestionan la naturaleza jurídica de estas relaciones giran en torno a la comprobación del mantenimiento de la autonomía propia del ejercicio de estas profesiones, pese a la inserción de los sujetos en un grupo, o por el contrario, la destrucción del principio de igualdad entre los miembros del grupo, mediante la introducción de jerarquía interna entre los mismos. Pero también debe considerarse la ausencia de comunicación de ingresos y pérdidas entre los miembros del grupo.

DUODÉCIMA

Una de las zonas grises sobre las que los Tribunales más aplican la presunción de trabajo libre, en contra de la laboralidad de la relación, es la de los pasantes en despachos de abogados. Sin embargo, debe criticarse esta posición ya que, aunque efectivamente puedan configurarse relaciones de cooperación entre abogados, sin vínculos de dependencia, y a pesar de que sea la abogacía una de las típicas profesiones de ejercicio libre, no por ello se excluye en todos los casos el establecimiento de vínculos de subordinación.

Además, en las relaciones que se establecen entre los denominados *pasantes* y los titulares de despachos de abogados frecuentemente se observan múltiples indicios de dependencia y de ajenidad, de modo que se acercan a las relaciones laborales, más allá de la voluntad declarada de las partes.

Es éste, sin duda, uno de los más claros fenómenos de huida de las normas laborales.

La frecuente ausencia de retribución no puede funcionar como elemento disuasorio de la declaración de laboralidad, sino que todo lo más debería conducir a la declaración judicial de la obligación de su abono.

La posición de los Tribunales es, pese a todo, clara en el sentido de excluir la laboralidad, y también en este juicio se mueve el Estatuto General de la Abogacía, al prever dos fórmulas para la colaboración o pasantía en despachos de los que sean titulares otros

Conclusiones

profesionales, reconociendo el régimen laboral, pero también el denominado *régimen de especial colaboración*, régimen contractual de perfiles difusos y poco claros, dependiente en su configuración de la voluntad declarada de las partes. Se constituye así una fórmula de escape a la declaración de laboralidad, que apoya el prejuicio judicial ante estas relaciones, fundamentado únicamente en la condición de profesionales liberales de los sujetos de la relación.

DECIMOTERCERA

También es habitual la huida del Derecho del Trabajo en el sector de las empresas de comunicación, siendo éste un espacio en el que resulta especialmente difícil la calificación jurídica de las prestaciones de servicios.

La dificultad deriva, en este caso, de las altas dosis de autonomía necesarias para la realización de las tareas informativas, pero ello no debe impedir contemplar cómo se cubren necesidades permanentes del medio de comunicación mediante el acceso a fórmulas no laborales de contratación, siendo habitual la inserción en el medio como consecuencia de colaboraciones esporádicas. No puede ignorarse que se generan una gran variedad de situaciones en las prestaciones de servicios, pero tampoco que en muchos casos se excluye la laboralidad pese a la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad.

Conclusiones

Resulta interesante en este punto referirse a la especial configuración de la ajenidad en la prestación de servicios de reporteros gráficos, cuestión intensa y acertadamente estudiada por la Jurisprudencia.

En efecto, no únicamente resulta cuestionada la denominada ajenidad en los frutos, por la especial relación que el reportero gráfico mantiene con el resultado de su trabajo, sino que también puede afirmarse que la ajenidad en los medios, en los riesgos y en el mercado adquieren peculiaridades en estas prestaciones de servicios.

Pese a ello, existe una corriente jurisprudencial de acogida de estas relaciones en el ámbito de la laboralidad, pues no se excluye de modo absoluto, pese a las mencionadas especialidades, la concurrencia de ajenidad.

DECIMOCUARTA

También las prestaciones de profesionales al servicio de las Administraciones Públicas resultan de difícil deslinde respecto de las relaciones laborales o con subordinación. En efecto, como es sabido, la prestación de servicios profesionales para las Administraciones Públicas se formaliza actualmente mediante el contrato de consultoría y asistencia, pero la calificación jurídica de las actividades objeto de este contrato pueden ser igualmente objeto de un contrato de trabajo para obra y servicio determinado.

Conclusiones

El criterio propuesto para la adecuada calificación parte de la observación del sujeto que contrata con la administración, que deberá poseer una organización con elementos personales y materiales suficientes. Parece, así, evidente que si quien contrata únicamente aporta su prestación personal de servicios no es posible encuadrar dicha actividad en el contrato de consultoría o asistencia.

En cualquier caso, resultaría deseable un mayor énfasis en la delimitación legal de los tipos contractuales, de modo que se dificultase el uso abusivo que de las contrataciones administrativas suele hacerse.

DECIMOQUINTA

Es posible, para finalizar este recorrido sobre las *zonas grises* de contratación, aproximarse a las prestaciones de servicios de profesionales liberales que ejercen su profesión de forma autónoma e independiente y al tiempo son contratados para impartir clases en un concreto curso de formación. En éstas es preciso constatar la efectiva integración en el ámbito empresarial de organización y dirección del centro en que se imparte la docencia para afirmar la laboralidad de su relación.

Y también es éste el fundamental punto de análisis que debe aplicarse respecto de la relación que mantiene el personal sanitario al servicio de entidades aseguradoras privadas. Por esta razón, constituye un

Conclusiones

punto de encuentro la determinación de existencia de indicios que podemos relacionar con el sometimiento a organización y disciplina ajenos, o por el contrario, concurrencia de autoorganización en la prestación de servicios.

La peculiaridad principal de esta prestación de servicios sanitarios se centra en la presencia de la intermediación de la entidad aseguradora en la relación entre el profesional y el paciente, constituyéndose una relación tripartita, en la que la relación del profesional y el paciente no tiene su origen en un contrato entre ambos, sino en la relación contractual entre el paciente y la entidad aseguradora, y entre ésta y el médico.

Dos son los elementos específicos, que junto a la integración del profesional en el ámbito de organización ajeno, utilizan los Tribunales para la calificación de estas prestaciones: la forma de retribución y las posibilidades del profesional de nombrar sustituto en los supuestos de ausencia, debatiéndose, por tanto, la concurrencia o no de la nota de ajenidad y el carácter personalísimo de la prestación.

En cualquier caso, lo que sí puede afirmarse es que los supuestos más evidentes son, una vez más, los dos extremos en los que la convicción sobre su calificación jurídica no admite duda, por mostrarse bien claros los indicios de independencia y autoorganización (en los que la entidad únicamente funciona como procuradora de

pacientes), o bien, de dependencia y, en consecuencia, su inserción en un ámbito empresarial ajeno.

DECIMOSEXTA

Si en el acceso al contrato de trabajo el profesional asalariado encuentra peculiaridades por su doble condición de personal titulado y colegiado, aún mayores particularidades es posible encontrar en el efectivo desarrollo de la relación laboral.

En efecto, es en el curso de la relación empresario-trabajador en el que aparece una mayor influencia de la condición de profesional liberal de uno de los sujetos.

Así, resulta preciso preservar la autonomía e independencia de las profesiones liberales, pero al tiempo hacerla conjugar con la subordinación y dependencia jurídica de las relaciones laborales, con evidentes influencias en los poderes de dirección y disciplinario del empresario. Es precisamente la garantía de esa independencia la que justifica estos límites a los poderes empresariales.

Aparece, de este modo, muy claramente la configuración del profesional asalariado como un ser híbrido: a la vez independiente y subordinado, con las ventajas propias de los trabajadores asalariados por la protección aportada por el Derecho del Trabajo, y las

ventajas correspondientes al ejercicio independiente de profesiones liberales.

Pero también con los límites propios de ambas condiciones de asalariado y de profesional: sumisión a las normas emitidas por el ente colegial al que pertenece y a los poderes empresariales; renuncia a la libre elección de su clientela; pérdida de capacidad de organización...

En coherencia, mantendrá su autonomía en los aspectos relativos al ejercicio de su arte profesional, pero deberá combinarlo con la sumisión a órdenes, instrucciones y posibles sanciones empresariales.

Parece, pues, obligatorio situar al profesional ajeno a la organización empresarial, y por tanto ajeno a la participación en la toma de decisiones. Y también ajeno a los medios de producción y ajeno a posibles beneficios empresariales.

Las garantías de protección del Derecho del Trabajo van acompañadas de esta pérdida de capacidad de decisión y de capacidad organizativa.

DECIMOSÉPTIMA

Resulta, por tanto, de interés determinar cuál es el contenido de la autonomía técnica de reconocimiento generalizado a los profesionales liberales, también cuando el ejercicio de su profesión se efectúa de modo asalariado.

Conclusiones

Y para ello es preciso establecer que la autonomía de que goza el profesional asalariado no tiene los mismos contornos que la autonomía del profesional liberal en ejercicio independiente.

Así, el profesional asalariado renuncia a la libertad de aceptación, a la capacidad de rechazar y elegir las tareas, clientes o asuntos. Esta facultad pertenece al empresario, que, como manifestación de su poder de dirección, dictará órdenes e instrucciones sobre estas cuestiones.

Por esta razón, es posible afirmar que dicho extremo constituye un fuerte indicio de laboralidad, que la falta de capacidad para la aceptación o rechazo de las funciones a asumir diferencia sustancialmente el ejercicio asalariado y el ejercicio independiente de las profesiones liberales.

Por el contrario, en el ejercicio asalariado de profesiones liberales sí se conserva la libertad de concepción, y también una relativa libertad de ejecución, pues es indudable que debe reconocerse un ámbito de libertad en la toma de decisiones técnicas, y también en algunos aspectos de su ejecución.

Ello permite configurar un cierto *ius resistendae* respecto de aquellas órdenes de contenido técnico que supongan una injerencia en el ámbito de autonomía e independencia que se reconoce a los profesionales asalariados, pues sólo donde es posible el

poder de dirección existe el correspondiente deber de obediencia.

DECIMOCTAVA

Es precisamente como consecuencia del reconocimiento de ese ámbito de autonomía técnica por lo que resulta posible determinar, en mi opinión, una diferente distribución de responsabilidades frente a terceros como resultado de la actuación del profesional.

En efecto, parece de interés cuestionar el régimen general de responsabilidad del empresario respecto de los daños generados a terceros por los trabajadores a su servicio, pues sólo respecto a las actuaciones consecuencia de su deber de obediencia debería aquél responder. No creo, en consecuencia, exigible una responsabilidad empresarial en los ámbitos no abarcados por el poder de dirección.

Las conclusiones deben efectuarse, principalmente, en torno al régimen de responsabilidad civil previsto en el Código civil, y al de responsabilidad civil derivada de la comisión de un hecho delictivo.

DECIMONOVENA

Las posibilidades de defender esta posible distribución de responsabilidades se extraen del propio

Conclusiones

precepto legal, ya que, como es sabido, la fórmula del artículo 1903 párrafo cuarto del Código civil exige una relación de dependencia, lo que puede limitar su ámbito de aplicación en los casos de profesionales asalariados. En efecto, como ya he adelantado, en estos casos se mantiene la autonomía técnica, por lo que en esos concretos actos técnicos originadores del daño no existe vínculo dependiente. Así, no pudiéndose hablar de dependencia técnica en los mismos términos que para el resto de trabajadores asalariados, tampoco cabe establecer la responsabilidad del empresario por hechos técnicos con los mismos perfiles.

Puede, por consiguiente, plantearse la posibilidad de no obligar a responder al empresario de aquellos daños que se produzcan en el ejercicio de tareas no dependientes, con fundamento en que en éstas no existen más obligaciones que las derivadas de las reglas de la profesión, que deben considerarse ajenas al vínculo laboral existente entre el profesional y el empresario, y que deben ser respetadas por ambos. De este modo, es posible exigir responsabilidad al propio profesional, por la vía del artículo 1902 del Código civil, por los perjuicios causados por su actuar técnico, en el que no existe dependencia técnica y de los que sólo él puede considerarse responsable.

No puede desconocerse que no es ésta la opción adoptada por la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo. Tampoco en la jurisprudencia penal es acogida esta distribución entre empresario y trabajador

en función de la distinción de obligaciones dependientes y no dependientes.

VIGÉSIMA

A pesar de ello, y en el mismo sentido que me he manifestado cuando se trataba de la responsabilidad civil, entiendo que lo mismo debe mantenerse respecto de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un hecho delictivo. Así, aunque en estos supuestos estemos ante una obligación subsidiaria, -la empresa sólo sería responsable si deviniera insolvente el autor material de la infracción penal-, y manteniendo la existencia de campos de autonomía sin injerencias empresariales, no debería declararse la responsabilidad empresarial más que en caso de que los daños provinieran de la comisión de un delito o falta en la ejecución de una obligación dependiente, y no en los casos de obligaciones no dependientes por pertenecer a la esfera de la autonomía técnica del profesional.

VIGESIMOPRIMERA

Finalmente, debe reflejarse la existencia de diferencias de régimen jurídico previstas normativamente para el personal al servicio de las Administraciones públicas, puesto que la regulación vigente se encuentra en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, tras la reforma introducida mediante la Ley 4/1999, de 13 de enero, que

establece que la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio debe exigirse directamente a la Administración pública correspondiente, quien deviene competente para exigir de oficio, a los causantes del daño y una vez reparado éste, la responsabilidad en que hubieran incurrido, siempre que el daño se hubiera producido por dolo, culpa o negligencia graves.

VIGESIMOSEGUNDA

Junto con el respeto debido a la autonomía técnica de los profesionales liberales, que se mantiene en las relaciones laborales, no debe olvidarse que también ha de garantizarse la independencia moral del profesional en el desarrollo de su prestación de servicios.

En este sentido, tres puntos resultan de especial interés. En primer lugar, como se sabe, los Colegios profesionales tienen encomendada la función de velar por el control deontológico en el ejercicio de las profesiones, y en este sentido, emiten normas de necesario respeto por los colegiales, tengan o no relación laboral. El recuerdo a estas normas deontológicas debe hacerse en cuanto puede afirmarse, sin lugar a dudas, que también supondrán un límite al poder directivo empresarial, ya que el profesional asalariado encontrará una justificación para resistirse a las

Conclusiones

órdenes empresariales que contravengan esos deberes deontológicos propios de las profesiones liberales.

El reconocimiento de este *ius resistentiae* a órdenes empresariales vulneradoras de los deberes deontológicos pretende garantizar la *independencia* de los profesionales en el ejercicio de su profesión, de modo que puede afirmarse que estas normas deontológicas, pese a que tengan como destinatarios a los profesionales, alcanzan en sus efectos al empresario, limitando las posibilidades derivadas de su poder de dirección que deberá ajustarse a dichas normas.

Pero junto a estas normas colegiales existen dos instituciones jurídicas cuya finalidad es proteger la libertad de conciencia del profesional: la cláusula de conciencia, de reconocimiento constitucional destinado a los profesionales de la información, y la objeción de conciencia, de especiales repercusiones en los profesionales sanitarios, por su posible enfrentamiento con el derecho a la salud de los particulares.

VIGESIMOTERCERA

En efecto, la cláusula de conciencia de los profesionales de la información puede considerarse un instrumento de garantía de la independencia moral de estos profesionales. La regulación de los términos de su ejercicio tuvo lugar mediante la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio. Esta norma, sin embargo, no vino a cubrir todas las lagunas que provocaba la falta de disposición

Conclusiones

legislativa, sino que, por el contrario, deja tras de sí una suma de cuestiones sobre las que plantear dudas. La regulación es, en este sentido, insuficiente, pero sobre todo, indeterminada, y en algunos puntos, incluso confusa. Así, por ejemplo, no llega a resolverse si el ámbito subjetivo del derecho a la cláusula de conciencia es exclusivamente el laboral, o puede extenderse a otras modalidades de contratación; ni tampoco si puede ejercerse en los medios de comunicación de titularidad pública, o únicamente en los de titularidad privada; ni se dota de un contenido preciso, en relación con la alteración de la libertad de conciencia, a los supuestos de extinción indemnizada de la relación; llegándose al límite de la confusión en la fórmula utilizada por la norma para el establecimiento de la cuantía indemnizatoria, que deja abierta la posibilidad de grandes posibilidades de actuación a la autonomía individual. Además, se dejan sin determinar cuestiones adjetivas de relevancia fundamental, como la consideración de la extinción como judicial o extrajudicial, con todas las consecuencias que una u otra opción generan.

En todo caso, la Ley tiene la virtud de introducir, junto al contenido clásico de la cláusula de conciencia -esto es, la posibilidad de extinción indemnizada del contrato ante cambios sustanciales de orientación o línea ideológica del medio de comunicación- otros supuestos, que pasan así a integrar también los derechos de garantía de la libertad de conciencia.

VIGESIMOCUARTA

En el caso de los profesionales sanitarios no encontramos una regulación legislativa, aunque sí un reconocimiento en el Código de ética y deontología médica y en el Código deontológico de la Enfermería, que permiten la alegación de razones de conciencia -para la negativa al consejo de métodos de regulación y de asistencia a la reproducción, esterilización y participación en interrupciones del embarazo-, aunque apenas introducen garantías al derecho del paciente ante la negativa que el profesional sanitario puede oponerle.

La ausencia de regulación legislativa no impide el derecho a abstenerse por motivos de conciencia como especificación de la libertad ideológica, de reconocimiento constitucional. Sin embargo, la aplicabilidad directa del artículo 16 de la Constitución no es suficiente, pues los problemas que genera la aplicación del derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario exigen un desarrollo normativo específico del precepto constitucional, y una muestra del interés que suscita la materia es la abundancia de proposiciones de ley presentadas en todas las legislaturas.

Las mayores dificultades se plantean, como es obvio, en las relaciones de personal sanitario en las que concurra subordinación, pero especialmente en la sanidad pública, en la que debe imponerse el establecimiento de

Conclusiones

mecanismos que hagan realmente efectivos los derechos de los terceros afectados por la alegación de motivos de conciencia del personal sanitario.

En parecidos términos puede plantearse la cuestión cuando los problemas de conciencia se plantean a los profesionales farmacéuticos. Me refiero a la afectación que dichas posiciones producen en terceros, ajenos a la relación de subordinación del profesional respecto al empresario. Deben, en este sentido, garantizarse, junto con el derecho a la objeción de conciencia del profesional, pese a su inserción en una organización empresarial ajena, los derechos a la salud de los ciudadanos.

VIGESIMOQUINTA

Otro de los poderes empresariales en los que es posible determinar influencias derivadas de la condición de profesional del trabajador es el poder disciplinario, y, en este caso, su origen hay que encontrarlo en la condición de colegiado del mismo. En efecto, la incorporación del profesional al ente colegial viene a suponer la sumisión de éste a los poderes disciplinarios del Colegio. De este modo, son dos los sujetos con facultades sancionadoras sobre el profesional: el empresario y el Colegio profesional.

No cabe duda de que nos hallamos ante dos sujetos con facultades disciplinarias de naturaleza muy dispar, que mantienen una relación jurídica con el profesional en

Conclusiones

nada similar y que, del mismo modo, también son de diferente naturaleza jurídica las sanciones que uno y otro pueden imponer.

Así, es posible plantear los problemas que pueden derivarse de esta duplicidad de actividad sancionadora ante una misma conducta, posibilidad que no supondrá, en mi opinión, infracción del principio *non bis in ídem*.

Pero ello no impide afirmar que la existencia de una duplicidad de regímenes disciplinarios puede tener indudables efectos sobre la prestación de servicios de los profesionales asalariados.

De este modo, es sobre todo de interés la influencia que entre las diferentes sanciones impuestas puede generarse, especialmente la repercusión de una sanción colegial sobre la relación laboral. No puede otorgarse el mismo valor a la situación inversa, ya que las posibles sanciones laborales en nada modifican la relación del profesional con el Colegio profesional.

Pero algunas sanciones colegiales, las más graves, sí ofrecen una importante repercusión en la relación laboral. Me refiero a aquellos casos en que la sanción impuesta consiste bien en la suspensión temporal en el ejercicio de la profesión, bien en la expulsión del Colegio. En estas dos situaciones se imposibilita al profesional para el desarrollo de sus funciones, al menos para aquellas para las que sea precisa la incorporación al mismo. Ambos supuestos constituyen una pérdida de

capacidad -temporal o definitiva- para el desarrollo de las funciones correspondientes.

En el caso de la expulsión del Colegio profesional es posible poner este supuesto en relación con la ineptitud como causa de extinción objetiva del contrato de trabajo. No parece, sin embargo, que deba acudirse a la extinción del contrato, cuando la sanción colegial tiene carácter temporal, por tratarse de una sanción de suspensión en el ejercicio de la profesión. Existen, a mi parecer, dos posibilidades de solución en los que permanece vigente el vínculo laboral respetándose al tiempo la sanción colegial de suspensión. Es posible, en primer lugar, acudir a la voluntad de las partes para proceder a la suspensión del contrato, por el tiempo que dure la expulsión temporal del Colegio profesional. Pero cabe también, y en segundo lugar, asignar al trabajador únicamente aquellas funciones para las que no sea necesaria la incorporación al Colegio profesional, si ello resulta posible.

VIGÉSIMOSEXTA

Llegados a este punto, es posible obtener algunas afirmaciones indudables: la prestación asalariada de trabajos muy cualificados -en los que cabe incluir la de los profesionales liberales- expropia espacios a los poderes empresariales: el poder directivo se limita o desaparece en las cuestiones técnicas, el control del empresario no es tan absoluto sobre el modo de realizar

Conclusiones

el trabajo, ya que se controla y dirige con miras a la obtención de un resultado. Además, los indicios típicos de espacio y tiempo de trabajo tampoco sirven de parámetros para la delimitación de su subordinación.

Junto a estas dificultades señaladas, comunes a los trabajadores intelectuales, deben añadirse las ya apuntadas que derivan de la condición de profesionales colegiados, y así, también los dictados de los Colegios profesionales delimitan los poderes del empresario.

Ahora bien, no creo que ello pueda llevarnos a entender que la relación laboral de estos profesionales quede tan desnaturalizada que no sea posible reconocerla. En mi opinión, existe relación laboral porque el profesional se inserta en una organización profesional ajena, acata órdenes e instrucciones empresariales y queda sometido a su poder disciplinario.

No creo, tampoco, que se produzca una excesiva flexibilización del concepto de dependencia, aunque sí un ejercicio más ponderado de los poderes empresariales y una subordinación menos rígida. El empresario organiza, controla y se beneficia del trabajo efectuado por el profesional. Éste asume una organización ajena, se introduce en un sistema de organización de otro, pero no renuncia a los márgenes de autonomía de los que goza como profesional.

Quizás pueda resultar de interés, en este punto, retomar el criterio de la dependencia económica, que doctrinalmente ha sido concebida por la conjunción de

Conclusiones

cuatro factores: trabajo personal -sin colaboradores-, trabajo por cuenta de la empresa, trabajo sin inversión en elementos patrimoniales y trabajo integrado en una organización ajena.

Debe, pues, en mi opinión, esquivarse la idea de la necesidad de establecimiento de un modelo contractual propio y adaptado a las peculiaridades del ejercicio de profesiones liberales en régimen asalariado, por alejarse en demasía del modelo ordinario de relación laboral. Y así no creo que del conjunto de observaciones realizadas se derive un exceso de puntos de fricción entre el modelo asalariado de relaciones laborales y el ejercicio de profesiones liberales.

Diferente posicionamiento puede en cambio mantenerse, a mi parecer, sobre la conveniencia de retomar el debate sobre la necesidad de instaurar una categoría intermedia, entre el asalariado y el autónomo. En efecto, un posible estatuto jurídico de trabajo a medio camino entre la subordinación y la autonomía, y dependiendo, en todo caso, de los perfiles que se atribuyesen a este nuevo modo de entender el trabajo para otro, podría permitir incluir en este modelo a los profesionales liberales insertos en organizaciones empresariales, modelo al que se aplicasen las normas protectoras del Derecho del Trabajo, pero al que también se reconociesen ámbitos de autonomía en el modo de realización de sus funciones. El caso de los profesionales asalariados podría constituir así un ejemplo más de esta necesidad.

Conclusiones

Partiendo de esta premisa, y de las dificultades que hasta el momento ha planteado la introducción de esa figura intermedia entre el trabajador asalariado y el empresario autónomo, el debate podría derivarse, como alternativa, hacia la conveniencia de configurar este tipo de prestaciones de servicios como relación laboral especial.

La justificación a la anterior afirmación es doble. Por un lado, ello permitiría el establecimiento de una regulación específica y diferenciada de la relación laboral común, necesaria en algunos aspectos de su relación.

Pero además, al igual que en el resto de relaciones laborales especiales, es indudable que las notas de laboralidad adquieren perfiles propios, especialmente la subordinación, lo que revelaría su especialidad frente al modelo ordinario.

Se trata, en todo caso, de propuestas de *lege ferenda*, que no deben impedirnos afirmar que la prestación de servicios asalariados, tal y como está configurada actualmente en el sistema jurídico de relaciones laborales en nuestro país, es posible con profesionales liberales, cuestión claramente reconocida por la doctrina pero de permanentes reticencias judiciales.

Bibliografía

AAVV: *Derecho del Trabajo. Tomo I. Fuentes y Relaciones Colectivas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

AAVV: *Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato Individual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

AAVV: *Curso de Derecho del Trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ALARCÓN CARACUEL: "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 28/1986.

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L.: "De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", en AAVV: *Código penal* (dir. Conde-Pumpido Ferreiro), Madrid, 1997.

ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, tomo II, V.II, 4ª edic., Barcelona, 1977.

ALBIOL MONTESINOS, I.: "En torno a la polémica ajenidad-dependencia", *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, nº 1/1971.

ALBIOL MONTESINOS, I. en AAVV: *Derecho del Trabajo, Tomo II, Contrato Individual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ALBIOL MONTESINOS /CAMPS RUIZ/ GOERLICH PESET: *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ALEMÁN PÁEZ, F.: *El encuadramiento profesional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995.

ALFONSO MELLADO, C.L./GARCÍA ORTEGA, J.: *Jomada y ordenación del tiempo de trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, EDERSA, Madrid, 1968.

ALONSO OLEA, M.: *La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio*, Civitas, Madrid, 1990.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, decimonovena edición, Civitas, Madrid, 2001

ALONSO PÉREZ, M^a.T.: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997.

APARICIO TOVAR, J.: "Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas", en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y del Peso y Calvo*, Madrid, 1980.

APARICIO TOVAR, J.: "La profesionalidad del trabajador (En torno a los artículos 22, 23, 24 y 25)", en AAVV: *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, tomo I, nº 100, marzo- agosto 2000.

ARAMENDI SÁNCHEZ: "Reflexiones para la aplicación de la reforma laboral", *Relaciones Laborales*, nº 22/1994.

ARIÑO ORTIZ/SOUVIRON: *Constitución y colegios profesionales: una reflexión sobre las corporaciones representativas*, Unión Editorial, Madrid, 1994.

BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

BANACLOCHE PÉREZ, J.: *La tributación de las profesiones liberales*, Instituto de empresa, Madrid, 1980.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1995.

BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, ed. Trotta, Madrid, 1991.

BAYON CHACÓN, G.: "El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo", *Revista de Política Social*, nº 71/1966

BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Madrid, 1978.

BAZ RODRÍGUEZ, J.: "La cláusula de conciencia de los profesionales de los medios de comunicación del artículo 20.1 d) CE: un supuesto de ejercicio de los Derechos Fundamentales del trabajador en la empresa", *Actualidad Laboral*, nº 47-48/1994.

BERRA, D.: Preface a RENAUX-PERSONNIC, V: *L'avocat salarié: entre indépendance et subordination*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988.

BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1995.

BLASCO PELLICER, A.: *Sanciones administrativas en el orden social*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

BLAT GIMENO, F.: *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986.

BOIX REIG/ORTS BERENGUER: "Sobre algunos aspectos del delito de intrusismo", en *Estudios penales y criminológicos*, XXI, 1998.

BORRAJO DACRUZ, E.: "Colegios profesionales y sindicatos en el sector médico", *Revista de Seguridad Social*, nº 15/1982.

BORRAJO DACRUZ, E.: "Sindicatos y Colegios profesionales: notas para su estudio", en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, nº 22/1982.

BORRAJO DACRUZ, E.: "Contrato de trabajo en prácticas y titulación de vigilante de seguridad", en *Actualidad Laboral*, tomo 2/1991.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de la *lex artis* y la carga de la prueba (Comentario a la STS de 24 de mayo de 1990)", en *Anuario de Derecho Civil*, 1991.

CALVO GALLEGO, F.J.: "Algunas reflexiones sobre la nueva Ley de cláusula de conciencia", *Relaciones Laborales*, Tomo I/1998.

CALVO GALLEGO/SOTO RIOJA: "Los colegios profesionales como asociaciones empresariales", *Actualidad Laboral* ; nº 20/1998.

CALVO SÁNCHEZ, L.: *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Civitas, Madrid, 1998.

CAMPS RUIZ, L.M.: "Notas sobre la eficacia de los preceptos constitucionales de contenido laboral", en AAVV: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980.

CAMPS RUIZ, L.M.: "Promoción profesional en la empresa", *Actualidad Laboral*, nº 7/1994.

CAMPS RUIZ, L.M.: *La nueva regulación del mercado de trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

CAMPS RUIZ, L.M.: *La reforma del mercado de trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

CAMPS RUIZ, L.M.: *La modificación de las condiciones de trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

CAPILLA RONCERO, F.: "Sociedades profesionales liberales. Cuestiones sobre su admisibilidad", en AAVV: *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Universidad de Granada, Granada, 1993.

CAPSETA CASTELLÀ, J.: *La cláusula de conciencia periodística*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC: en AAVV: *Derecho penal. Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CARRILLO, M.: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas (Una aproximación al estatuto jurídico de los profesionales de la información)*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Investigació de la Comunicació, ed. Civitas, Madrid, 1993.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo III, 14ª ed., ed. Reus, Madrid, 1986.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo IV, 13ª edic., ed. Reus, Madrid, 1986.

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: "La tutela de la profesionalidad del trabajador, la formación y la readaptación profesionales y el Estatuto de los Trabajadores", en *Revista de Política Social*, 121/1979.

CERVILLA GARZÓN, Mª D.: *La prestación de servicios profesionales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

COLINA ROBLEDO/RAMÍREZ MARTÍNEZ/SALA FRANCO: *Derecho Social Comunitario*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: "Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional", en *La reforma del Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a las leyes laborales*, dir. Borrajo Dacruz, Tomo I, Vol. 2º, EDESA, Madrid, 1994.

CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal*, tomo I, Ariel, Barcelona, 1972.

CRAYENCOUR: *Comunidad Europea y libre circulación de profesionales liberales*, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo 1982.

Bibliografía

CRUZ VILLALÓN, J.: "El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado", en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999.

CUENCA ALARCÓN, M.: "Titulación académica y derechos económicos: ¿Términos irreconciliables? (Comentario a la STS 4 junio 2001)", *Relaciones Laborales*, nº 5/2001.

DE LA QUADRA SALCEDO, T. en AAVV: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. Debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1994.

DE LA VILLA GIL, L.E.: "Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español", *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, Valencia, 4/1972.

DE LA VILLA GIL, L.E.: "El concepto de "trabajador" (En torno al art. 1.1)" en AAVV: *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, tomo I, nº 100, marzo- agosto 2000.

DE MIGUEL PAJUELO/DOMÍNGUEZ OLIVERA: "El régimen de responsabilidad del médico privado", en *Manual Jurídico de la profesión médica*, (coord. Palomar Olmeda), Dykinson, Madrid, 1998.

DE VAL TENA, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1998.

DEL SAZ, S.: *Los Colegios profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

DEL VALLE, J.M.: "Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho español del Trabajo", *Revista de Trabajo*, nº 89/1988.

DEL REY GUANTER, S. y BONILLA BLASCO, J.: "La naturaleza jurídica de las stock options: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de febrero de 2001", en *Actualidad Laboral*, nº 31/2001.

DELGADO GONZÁLEZ, A.F.: *Las sociedades profesionales: el ejercicio en común de las profesiones en España: sus aspectos administrativos, civiles y tributarios*, EDERSA, Madrid, 1996.

Bibliografía

Dictamen y Asesoría SA: "Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas: el caso de los bufetes de abogados", en *Revista de Trabajo*, nº 92/1988.

DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1973.

DURÁN LÓPEZ, F.: "Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador", *Revista de Política Social*, nº 123/1979.

DURÁN LÓPEZ, F.: "El período de prueba", en *Relaciones Laborales*, Tomo I/1988.

ENTRENA CUESTA, R.: "Estado autonómico y Colegios profesionales", *Revista jurídica de Cataluña*, nº 2/1987.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001", en *Relaciones Laborales*, nº 10/2001.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español, Obligaciones y contratos*, Volumen III, EDESA, Madrid, 1975.

ESTEVE SEGARRA, A.: "La prestación de servicios médicos: Criterios jurisprudenciales de delimitación entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios", *Revista General del Derecho*, nº 660, septiembre 1999.

FAJARDO GARCÍA, G.: "La reforma de la legislación cooperativa estatal", en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* (CIRIEC-España), nº 10/1999.

FANLO LORAS, A.: "Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial", en AAVV: *Los Colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1988.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^ªF.: *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Sevilla, 1991.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^ªF.: "Perfiles del poder disciplinario", *Tribuna Social*, nº 63, 1996.

FERNÁNDEZ RUBIO, M.: "Existencia de relación laboral: reportero gráfico y editorial de prensa diaria. (Comentario a la Sentencia del

Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1997)", en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 47.

FITA ORTEGA, F.: *La pequeña y la mediana empresa ante el ordenamiento jurídico-laboral*, Comité Econòmic i Social de la Comunitat Valenciana, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

FITA ORTEGA, F.: *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GALANTINO: "La disciplina comunitaria delle libere professioni", // *Diritto del Lavoro*, enero-febrero, 1999.

GÁLVEZ, J.: "Comentarios al artículo 35 CE", en la obra dirigida por Garrido Falla: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.

GALLEGO MORALES, A.J.: "Profesionalización, desprofesionalización y fórmulas organizativas", en AAVV: *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Universidad de Granada, Granada, 1993.

GALLEGO MORALES, A.J.: *Colegios profesionales y sindicatos. Confluencias y tensiones*, Comares, Granada, 1996.

GÁRATE CASTRO, J.: "La movilidad funcional", en AAVV: *El estatuto de los Trabajadores veinte años después, Revista Española de Derecho del Trabajo*, tomo I, nº 100, marzo-agosto 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA et al.: *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, 2ª edic., Civitas, Madrid, 1984.

GARCÍA MURCIA, J.: "Promoción y formación profesional en el trabajo", en BORRAJO DACRUZ, E.: *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo V, EDERSA, Madrid, 1985.

GARCÍA MURCIA, J.: "Sindicación y Colegios profesionales en la doctrina del Tribunal Constitucional", *VII Jornadas Universitarias Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 1991.

GARCÍA NINET/MORRO LÓPEZ: "Prestaciones personales obligatorias", en *El Estatuto de los Trabajadores* (Tomo I), (dir. Borrajo), Edersa, Madrid, 1990.

GARCÍA PÉREZ, R.: *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, Bosch, Barcelona, 1997.

GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del derecho del trabajo*, ed. Comares, Granada, 1999.

GARCÍA RIVAS, N.: "La imprudencia profesional: una especie a extinguir", *Revista de Derecho Social*, nº 6/1999.

GARCÍA RUBIO, A.: "Criterios jurisprudenciales en materia de calificación contractual de los servicios prestados por abogados", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 21/1996.

GARCÍA RUBIO, A.: "La calificación de los servicios prestados por los abogados: ¿contrato de trabajo o arrendamiento de servicios?", en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Universitat de Valencia, Valencia, 1996.

GARCÍA TESTAL, E.: "La naturaleza jurídica de la prestación de servicios de transportistas con vehículo propio", en *Relaciones Laborales*, nº 9/1999.

GARCÍA TESTAL, E.: "Personal de limpieza y contrato de trabajo", en *Aranzadi Social*, nº 15, diciembre 2000.

GITRAMA GONZÁLEZ, M.: "Configuración jurídica de los servicios médicos", en *Estudios de derecho público y privado, Ofrecidos al profesor Serrano y Serrano*, Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, Valladolid, 1965.

GOERLICH PESET, J.M.: "Los Médicos residentes: un supuesto "especial" de contrato de trabajo en prácticas", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 45/1991.

GOERLICH PESET, J.M.: "Comentario al artículo 16 del Estatuto", en *El Estatuto de los Trabajadores y Leyes Complementarias*, UGT, Valencia, 1994.

GOERLICH PESET, J.M.: "Contrato de trabajo y prestaciones de servicios sujetas al derecho común: nuevos problemas y nuevos criterios de solución para un antiguo problema interpretativo", en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Universitat de Valencia, Valencia, 1996.

GOERLICH PESET, J.M.: "Evolución reciente de los criterios de calificación del contrato de trabajo", en *Contratación y consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

GOERLICH PESET, J.M.: "La reforma de la contratación laboral: tiempo parcial y contratos de duración determinada", en ALBIOL MONTESINOS /CAMPS RUIZ/ GOERLICH PESET: *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

GOERLICH PESET, J.M.: "El personal estatutario al servicio de Instituciones Sanitarias", en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Volumen II, Madrid, 2001.

GOLDIN, A.O.: "El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas", *Relaciones Laborales*, nº 3/1996.

GÓMEZ TOMILLO, M.: *Libertad de información y teoría de la codelinuencia*, Comares, Granada, 1998.

GONZÁLEZ BALLESTEROS, T. en AAVV: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. Debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1994.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Relación entre abogado y su "pasante"", en *Revista de Política Social*, 120/1978.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La presunción de existencia del contrato de trabajo", *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ PÉREZ et al.: *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, Civitas, Madrid, 1999.

GRACIA MARTÍN, L.: en AAVV: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, (coord. Díez Ripollés, J.L. y Gracia Martín, L.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

HURTADO GONZÁLEZ, L.: "Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual de los autores", en *Relaciones Laborales*, nº 5/2001.

JORGE BARREIRO, A.: en AAVV: *Comentarios al Código penal*, (dir. Rodríguez Mourullo), Civitas, Madrid, 1997.

LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, A. Giuffré, Milán, 1956.

LEGA, C.: *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, A. Giuffré, Milán, 1974.

LEGA, C.: *Deontología de la profesión de abogado*, edición traducida por Sánchez Morón, Civitas, Madrid, 1983.

LÓPEZ GANDÍA, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

LÓPEZ GANDÍA, J.: en AAVV: *Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato Individual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

LÓPEZ GUZMÁN, J.: *Objeción de conciencia farmacéutica*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1997.

LÓPEZ MORA, F.: "Modelos de trabajo asociado y relaciones laborales", en CIRIEC-España, nº 13, 1993.

LÓPEZ MORA, F.: "Problemática general de los socios trabajadores de las empresas de Economía Social: ¿socios o trabajadores?", en *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, CIRIEC- España, nº 31, junio 1999.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: "Titulación habilitante para la celebración de un contrato en prácticas (A propósito de la STS de 26 de marzo de 1990)", *Actualidad Laboral*, tomo 2/1991.

LUJÁN ALCARAZ, J.: *Repartidores y mensajeros ¿contrato laboral o de transporte?*, Tecnos, Madrid, 1990.

LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.

LUJÁN ALCARAZ, J.: "El socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas", en *Aranzadi Social*, Vol. V, 1999.

LUJÁN ALCARAZ, J.: "Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial", en *Aranzadi Social*, nº 16, diciembre 2000.

LUJÁN ALCARÁZ, J.: "El III Acuerdo Nacional de Formación Continua", *Aranzadi Social*, nº 11/2001.

LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999.

LLORIA GARCÍA, P.: "EL concepto de título oficial en el delito de intrusismo. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 111/1993, de 25 de marzo", *Cuadernos Jurídicos*, nº 23/1994.

LLORIA GARCÍA, P.: *El delito de intrusismo profesional*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MARÍN LÓPEZ, J.J.: "Comentario a la STS 10 de octubre de 1991", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 27, septiembre/diciembre 1991.

MARTÍN JIMÉNEZ, R.: "Asistencia sanitaria de la Seguridad Social: responsabilidad objetiva y responsabilidad por culpa", *Relaciones Laborales*, nº 19/1999.

MARTÍN PUEBLA, E.: *Formación profesional y contrato de trabajo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.

MARTÍN QUERALT, J.: *Curso de Derecho Tributario*, Madrid, 1989.

MARTÍN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo, Madrid, 1976.

MARTÍN VALVERDE, A.: "Contrato de trabajo y derechos fundamentales", en *Revista de Derecho Social*, nº 6/1999.

MARTÍN VALVERDE, A.: "Trabajo Subordinado y trabajo autónomo en el derecho comunitario europeo", en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999.

MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: *La nueva regulación de la movilidad funcional*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: "La reforma de la movilidad funcional en la Ley 11/1994, de 19 de mayo", en *La nueva regulación de las relaciones laborales, Primeras Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social*, coord. MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., Facultad de Ciencias Jurídicas, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 1994.

MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *La contratación laboral de los servicios profesionales*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1988.

MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: "La objeción de conciencia en materia de aborto", en *Aranzadi Social*, tomo I/1998.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, L.: *La responsabilidad civil profesional*, Colex, Madrid, 1999.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: "El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio

Bibliografía

profesional" en *AAVV: Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996.

MENÉNDEZ MORENO, A.: *El concepto jurídico tributario de profesional*. Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1986.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", en *AAVV: Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2001.

MIALON, M.F.: "Le salariat dans les professions libérales", *Droit Social*, nº 7-8, 1978.

MIRÓN HERNÁNDEZ, M.: "Formación Profesional y negociación colectiva", en *Revista de Derecho Social*, nº 6/1999.

MIRÓN HERNÁNDEZ, M.: *El derecho a la formación profesional del trabajador*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de comunicación y cláusula de conciencia de los periodistas*, Comares, Granada, 2000.

MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S.: "Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Relaciones Laborales*, nº 17/1999.

MONREAL BRINGSVAERD, E.: "Los derechos de promoción y formación profesional en el trabajo. Análisis de la negociación colectiva posterior a la reforma laboral de 1994", en *Actualidad Laboral*, 27/1997.

MONTALVO CORREA, J.: *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1975.

MONTÉS PENADÉS, V.L.: "De la responsabilidad civil de los delitos y faltas y de las costas procesales", en *AAVV: Comentarios al Código penal de 1995*, (coord. Vives Antón), Volumen I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

MONTÉS PENEDÉS, V.L.: Prólogo a la obra de SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.

MONTOYA MELGAR, A.: *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, Escuela Social de Murcia, Murcia, 1972.

MONTOYA MELGAR, A.: "Dirección de la actividad laboral", en *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, (dir. Borrajo Dacruz), tomo V, EDESA, Madrid, 1985.

MONTOYA MELGAR, A.: "El poder de dirección del empresario", en AAVV: *El Estatuto de los Trabajadores, veinte años después*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, tomo I, nº 100, marzo-agosto 2000.

MONTOYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A.: *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1990.

MONTOYA MELGAR, A. y CÁMARA BOTÍA, A.: *Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas*, Tecnos, Madrid, 1991.

MORALES PRATS, F. en AAVV: *Comentarios al Nuevo Código penal*, (dir. Quintero Olivares), Aranzadi, Pamplona, 1996.

MORENO LISO, L. y VIÑUELAS ZAHINOS, M^a T.: "La libre circulación del abogado europeo: trabajador por cuenta propia, trabajador por cuenta ajena. Análisis de la Directiva 98/5, de 16 de febrero de 1998, del Parlamento Europeo y el Consejo, a la luz de la Sentencia de 7 de noviembre de 200 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *Aranzadi Social*, nº 5/2001.

MORENO MOLINA, J.A.: *Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentario a la Ley de Contratos de las administraciones Públicas tras la Ley 53/1999*, La ley, Madrid, 2000.

MUÑOZ MACHADO/PAREJO ALFONSO/RUILOBA SANTANA: *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983.

NEVADO FERNÁNDEZ, M.J.: *El ejercicio del Derecho al Honor (por el trabajador) en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

OJEDA AVILÉS, A.: "Las profesiones liberales y el mercado de trabajo", en *Formación profesional, contratación y mercado de trabajo*, RODRÍGUEZ RAMOS (ed), Universidad de Sevilla, Sevilla, 1991.

OLAVARRÍA IGLESIA, J.: *El ejercicio de las profesiones liberales: la transición del ejercicio individual al ejercicio organizado*, Tesis doctoral inédita, Valencia, 1992.

OLAVARRÍA IGLESIA, J.: "El artículo 36 de la Constitución: su elaboración en las Cortes Constituyentes", en *Derecho privado y Constitución*, nº 11/1997.

ORTÍZ LALLANA, C.: *La extinción del contrato por imposibilidad física de cumplimiento*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985.

ORTÍZ LALLANA, C.: *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*, Bosch, Barcelona, 1989.

ORTÍZ LALLANA, M^a. C.: "Periodo de prueba, titulación y error en la contratación", *Actualidad Laboral*, nº 7/1999.

PALOMEQUE LÓPEZ, C.: "El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional", en *Revista de Política Social*, nº 95/1972.

PANTALEON, F.: *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.

PARDELL VEÀ, A.: "Falsos autónomos en la Administración Pública", en *Revista de Derecho Social*, nº 13/2001.

PEDRAJAS MORENO, A.: "Transportistas: alcance de la exclusión de laboralidad ex artículo 1.3 g) del Estatuto de los Trabajadores", *Actualidad Laboral*, nº 21/1995.

PEDRAJAS MORENO, A.: "Cesión de trabajadores y contratas. Una visión práctica", Conferencia pronunciada el 8 de febrero de 2001, en la Universitat de Valencia, Dep. Dret del Treball i de la Seguretat Social.

PEDRAJAS MORENO/VALDÉS DAL-RE: "Contrato de trabajo y contrato de transporte ¿un giro en la jurisprudencia", *Documentación Laboral*, nº 19/1986.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "El trabajo subordinado como tipo contractual", *Documentación Laboral*, nº 39/1993.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "Implicaciones laborales de las stock options", en *Actualidad Laboral*, nº 4/2001.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: "Sobre la naturaleza de las opciones sobre compra de acciones. Comentario a la STSJ de Madrid, 22 febrero 2001", en *Aranzadi Social*, nº 4/2001.

PÉREZ DEL RIO, M.T.: "La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida", en *Poder Judicial*, nº 7/1987.

PÉREZ ROYO, J. en AAVV: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. Debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1994.

POLO SÁNCHEZ/BAZ RODRÍGUEZ: "La exclusión de la laboralidad de los transportistas con vehículo propio: un primer estudio constitucional", *Actualidad Laboral*, nº 6/1996.

PRADERA, J. en AAVV: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. Debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1994.

QUINTERO OLIVARES, G.: "De las personas civilmente responsables", en AAVV: *Comentarios al nuevo Código penal*, (dir. Quintero Olivares), Aranzadi, Pamplona, 1996.

QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

RAMOS FERNÁNDEZ, L.F.: *La profesión periodística en España (Estatuto jurídico y deontología profesional)*, Diputación de Pontevedra, Pontevedra, 1997.

RENAUX-PERSONNIC, V.: *L'avocat salarié: entre indépendance et subordination*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "El período de prueba", en AAVV: *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, tomo I, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100/2000.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. y CALVO GALLEGU, F.J.: "Las relaciones laborales en los medios de comunicación", en AAVV: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, ed. Tecnos, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo", *Revista de Política Social*, nº 71/1966.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Obediencia debida y desobediencia justificada", *Relaciones Laborales*, nº 2/1988.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Colegios profesionales y Constitución", *Relaciones laborales*, tomo I/1993.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "La situación jurídica de los peritos tasadores de seguros", *Relaciones Laborales*, tomo 3/1997.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Contrato de trabajo y autonomía del trabajador", en AAVV: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Nuevas perspectivas de la responsabilidad administrativa (y III)", en *Relaciones Laborales*, nº 8/1999.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Contrato de trabajo y autonomía del trabajador", en AAVV: *Presente y futuro de la contratación laboral y de las pensiones*, coord. por MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., Comares, Granada, 2000.

ROJO TORRECILLA, E.: "¿Formación o inserción? El elemento objetivo en los contratos de formación y de aprendizaje", en AAVV: *Política de empleo y protección social, Segundas Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social*, coord. MARTÍNEZ ABASCAL, V., Facultad de Ciencias Jurídicas, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 1995.

ROMÁN DE LA TORRE, M^a D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, ediciones Grapheus, Valladolid, 1992.

ROMÁN DE LA TORRE, M^a D.: "Clasificación profesional y movilidad funcional", en *La reforma del mercado laboral*, (dir. Valdés Dal-Re), Lex-Nova, Valladolid, 1994.

ROQUETA BUJ, R.: "La contratación administrativa de personal: evolución", en AAVV: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2001.

RUIZ VADILLO, E.: "El derecho constitucional al secreto profesional y a la cláusula de conciencia: un tema legislativo pendiente", *Poder Judicial*, nº especial XIII, 1990.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: "El aborto y la objeción laboral de conciencia", en el Diario *El País*, de 20 de marzo de 1984.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: "Aborto: objeción de conciencia y rescisión de contrato de trabajo", en *Dilemas éticos de la medicina actual*, (ed. J. Gafo), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986.

SAINZ MORENO, F.: "Artículo 36", en *Comentarios a las leyes políticas, Constitución Española de 1978*, Tomo III, EDERSA, Madrid, 1983.

SALA FRANCO, T.: "Datos para una caracterización material del Derecho del Trabajo", *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, nº 0/1974.

SALA FRANCO, T.: "El ingreso al trabajo, la clasificación profesional y la ordenación del trabajo en la empresa", en DURÁN LÓPEZ/MONTOYA MELGAR/SALA FRANCO, *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de la voluntad de las partes y a las facultades del empresario*, Madrid, 1987.

SALA FRANCO, T.: "Movilidad funcional", en *Comentarios a las leyes laborales, El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VIII, 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1988.

SALA FRANCO, T.: "Los puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional", en *Puntos críticos de la reforma laboral*, dir. Martínez Emperador, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1996.

SALA FRANCO, T.: "Los contratos formativos", en *AAVV: El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, Revista Española de Derecho del Trabajo, tomo I, nº 100, marzo-agosto 2000.

SALA FRANCO/ARNAU NAVARRO: *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

SÁNCHEZ ICART/TORRES GOSALBEZ: "El contrato de trabajo en prácticas y su titulación en el nuevo Estatuto de los Trabajadores (RDL 1/1995, de 24 de marzo)", en *Política de empleo y protección social, Segundas Jornadas Universitarias Tarraconenses de Derecho Social*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 1995.

SÁNCHEZ PEGO: "Los transportistas por cuenta ajena con vehículo propio: significación de la reforma laboral y régimen transitorio", *Actualidad Laboral*, nº 24/1995.

SÁNCHEZ SAUDINÓS, J.M.: *Los Colegios profesionales en el ordenamiento constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

SANTIAGO REDONDO, K.: *Socio de cooperativa y relación laboral*, Ibídem ediciones, Madrid, 1988.

SEGALÉS, J.: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SEGALÉS, J.: "Notas sobre el primer pronunciamiento del TC en materia del derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la Información", en *Revista de Derecho Social*, nº 9/2000.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Problemas particulares sobre el poder disciplinario y las sanciones en la empresa", *Tribuna Social*, nº 63, 1996.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La relación de servicios del abogado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

SIEIRA MURIENES, S.: *La objeción de conciencia sanitaria*, Dykinson/Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000.

SOLER MASOTA, P. y LUQUE PARRA, M.: "Relación laboral y propiedad intelectual: el caso de los reporteros gráficos", en *Relaciones Laborales*, nº 21/1999.

SOSA MANCHA, M^a T.: *La emergencia del contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo: 1821-1924)*, Civitas/Fundación de Relaciones Laborales de Extremadura, Madrid, 2002.

SOUVIRON MORENILLA, J.M^a: *La configuración jurídica de las profesiones tituladas*, Consejo de Universidades, Madrid, 1988.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: "De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", en AAVV: *Comentarios al Código penal* (dir. Rodríguez Mourullo), Civitas, Madrid, 1997.

SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: "Capacidad para contratar. (En torno al artículo 7)" en AAVV: *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, tomo I, nº 100, marzo-agosto 2000.

SUPIOT, A.: *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Informe para la Comisión Europea, bajo la coordinación de la Universidad Carlos III de Madrid, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

TOLIVAR ALAS, L.: "La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio", en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991.

TRIGO GARCÍA: *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999.

VALDÉS ALONSO, A.: "La nota de ajenidad en la relación laboral de los autores asalariados", en *El empleador en el Derecho del Trabajo*, coord. Rodríguez-Piñero Royo, Tecnos, Sevilla, 1999.

VALDÉS ALONSO, A.: *Propiedad Intelectual y relación de trabajo. La transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través del contrato de trabajo. Artistas, programadores informáticos y producción audiovisual*, Civitas, Madrid, 2001.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Los inciertos criterios de diferenciación jurisprudencial entre los contratos de trabajo y de transporte (I)", *Relaciones Laborales*, nº 20/1992.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La movilidad funcional", en AAVV: *La modificación del contrato de trabajo*, coord. por MARTÍNEZ ABASCAL, V., *Ibidem* ediciones, Madrid, 1997.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La formación profesional continua, entre el dialogo social y la negociación colectiva", en *Relaciones Laborales*, nº 9/2001.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: "La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa", en *Relaciones Laborales*, nº 18/2001.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo", en *Relaciones Laborales*, nº 20/2001.

Bibliografía

VALDÉS DE LA VEGA, B.: *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, ed. Trotta, Madrid, 1997.

VÁZQUEZ BONOME, A.: *La responsabilidad profesional del graduado social*, Lex Nova, Valladolid, 1992.

VÁZQUEZ VIALARD, A.: *La responsabilidad en el derecho del trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1988.

VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho mercantil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

VIDA SORIA, J.: "Suspensión del contrato de trabajo", en AAVV: *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IX, Vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1983.

VILLAR PALASÍ/VILLAR EZCURRA: "La libertad constitucional del ejercicio profesional", *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, ed. Reus, Madrid, 1989.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Comentario a la STS de 31 de enero de 1990", *Cuadernos Civitas*, nº 22/1990.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Responsabilidad civil médica", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, abril/agosto 1991.

ZELAYA ETCHEGARAY, P.: *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

