

**NOTAS SOBRE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO LABORAL<sup>(\*)</sup>**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Valencia

1. INTRODUCCIÓN
2. EL RÉGIMEN DEL EMBARGO PREVENTIVO:
  - A) La configuración de sus presupuestos
  - B) La legitimación para solicitar el embargo, algunas cuestiones sobre el procedimiento y los efectos del embargo preventivo.
3. INSUFICIENCIA DEL EMBARGO PREVENTIVO PARA LA TUTELA CAUTELAR NECESARIA EN EL PROCESO LABORAL
4. PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO Y NECESIDAD DE TUTELA CAUTELAR DEL TRABAJADOR
5. LAS MEDIDAS DE LOS ARTÍCULOS 177 Y 180 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL Y LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL ARTÍCULO 1.428 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en *Tribuna Social*, número 37, enero, 1994, páginas 7-11.

## 1. INTRODUCCIÓN

El régimen de la tutela cautelar en la antigua Ley de Procedimiento Laboral de 13 de junio de 1980 (último texto anterior a la Ley de Bases de 1989) se agotaba, principal y casi exclusivamente, en una regulación especial del embargo preventivo, contenida en los artículos 65, 66 y 123. Por lo demás, y salvo normas de aplicación muy específica como la de suspensión provisional de procedimientos electorales (art. 117 de la citada LPL de 1980), sólo restaba averiguar lo que podía dar de sí la remisión que hacía la disposición adicional a la Ley de Enjuiciamiento Civil como normativa supletoria.

La ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral, no arrojaba mucha luz sobre los cambios que podían producirse en la materia. La Base decimosexta, apartado cuatro, se limitaba a disponer que "Se arbitrarán medidas tendentes a garantizar los derechos que pudieran corresponder a las partes y asegurar la efectividad de la resolución judicial". Ni se refería al embargo preventivo -estableciendo directrices para perfeccionarlo-, ni tampoco mencionaba otra clase de medidas cautelares.

El texto articulado de la LPL, aprobado por Real Decreto-Legislativo 521/1990, de 27 de abril, sigue estableciendo, como regulación común, sólo el embargo preventivo, con un régimen especial algo novedoso (art. 79). Se refiere al embargo preventivo en el supuesto especial de la rebeldía del demandado (art. 183.2<sup>a</sup>) y conserva la referencia específica al mismo supuestos de accidente de trabajo (art. 140.1).

En la regulación de las denominadas "Modalidades procesales" conserva la medida de suspensión de los procedimientos electorales (art. 133.c) e introduce unas específicas medidas cautelares en los procesos sobre tutela de la libertad sindical y de otros derechos y libertades fundamentales en el ámbito laboral (arts. 177 y 180).

## 2. EL RÉGIMEN DEL EMBARGO PREVENTIVO

### A) La configuración de sus presupuestos

De lo que llevamos dicho y de la experiencia práctica se deduce sin dificultad que el embargo preventivo es la más importante medida cautelar en el proceso laboral. Consideraremos su regulación comparativamente con la del embargo preventivo en el proceso civil (sobre la que puede verse, ampliamente, El embargo preventivo, Barcelona, 1984).

El régimen de los presupuestos resulta ser, en esa comparación, considerablemente más laxo.

La pretensión procesal a interponer en el proceso principal no se concibe estrictamente como de objeto pecuniario, sino que puede serlo cualquier pretensión cuya estimación pueda conducir a una ejecución dineraria, por no proceder una ejecución en forma específica. Aunque con palabras distintas, esta característica que ya se deducía del artículo 65.I, de la antigua LPL de 1980, se mantiene en el artículo 79.1 de la actual.

Pero donde se demuestra en mayor medida la laxitud en la configuración de este presupuesto es en la no exigencia de acreditamiento documental, ni de otra índole, del derecho que se alega y cuya tutela se pretende.

Hubiera sido en exceso restrictivo -aunque no diría que en absoluto inadecuado, dado que existe una suficiente formalización del establecimiento de la relación laboral y que hubiera bastado exigir la presentación de un principio de prueba por escrito -limitar el acreditamiento al medio documental, como ocurre en el proceso civil.

Se ha querido facilitar al máximo el embargo y el acreditamiento parece limitarse a la afirmación de su derecho que realice el actor, sin ni siquiera el requisito complementario de la prestación de fianza -que es la técnica utilizada en Derecho comparado cuando se persigue la máxima facilitación del acreditamiento del derecho: declaración formal garantizada con la prestación de fianza.

Estimo que, prácticamente, esa facilitación no es muy positiva, ni el acreditamiento al que me he referido será tenido por suficiente.

No es muy positiva porque deja al juez en un estado de inseguridad sobre la valoración de este presupuesto, de modo que la resolución sobre él dependerá más de actitudes subjetivas del juez que de un cierto conocimiento de los hechos.

No creo que, de hecho, se tenga por suficiente, por lo que estimo conveniente aportar con la demanda los documentos relativos al fondo de los que se disponga, para asegurarse de ese modo la obtención del embargo solicitado.

Una interpretación adecuada del artículo 79.2 LPL podría contribuir a paliar las insuficiencias del régimen del acreditamiento de la situación cautelable a las que nos acabamos de referir.

El presupuesto del peligro en la demora presenta dos importantes diferencias respecto al régimen del embargo preventivo en el proceso civil.

La primera, que el juez ha de verificar, en cada caso concreto, si se está en presencia de actos realizados por el demandado "de los que pueda presumir que pretende situarse en estado de insolvencia o impedir la efectividad de la sentencia". No se establecen tipificaciones legales de las situaciones de peligro, ni siquiera la prevista por la antigua LPL de 1980 de condición de extranjero del demandado y carencia de arraigo del mismo.

Segunda: que el solicitante del embargo no ha de probar los hechos constitutivos del peligro en la demora, sino que puede limitarse a afirmarlos. Y aún cabría darse por satisfechos con tan poco, si en la práctica no predominara la tendencia a tener por suficientes descripciones de hechos tan sumarias que incluso resulta difícil para el juez determinar si corresponden al supuesto de hecho legal.

No hay carga de probar estos hechos en la oposición -porque, a diferencia del proceso civil, ésta no está prevista- y dudo mucho que se admita un tratamiento como el previsto en el artículo 1418 LEC (examen en contradicción de los presupuestos de manera acumulada con el tratamiento del objeto del proceso principal). Y lo dudo, primero, porque no hay remisión expresa al artículo 1418, y, segundo, porque, dada la exigencia de consignación para recurrir no dependiente de una situación de *periculum in mora*, es difícil pensar que, de hecho, en la sentencia llegara a acordarse el alzamiento del embargo sólo por haberse comprobado la falta de su presupuesto de *periculum*.

Si a lo dicho se añade que, de solicitarse el embargo por el trabajador, no cabe confiar en la efectividad de la responsabilidad que le incumbe en caso de falsa afirmación del peligro en la demora, la conclusión es que el régimen del embargo preventivo laboral, en cuanto al presupuesto del peligro en la demora, aplicado en sus estrictos términos, hace del mismo un fácil instrumento de presión ilegítima sobre el demandado.

Cabe pensar, sin embargo, que en la práctica, el régimen se suaviza en el siguiente sentido: al menos las empresas notoriamente solventes -y la notoriedad tiene ámbitos diversos: local, nacional- quedan exentas del embargo por graves que sean las afirmaciones del solicitante, salvo que ofrezca alguna justificación del peligro en la demora alegado.

Pero esa técnica es muy burda: puede perjudicar gravemente y sin fundamento, no a empresas insolventes, sino a las que sean simplemente desconocidas en el juzgado.

El artículo 79.2 LPL parece puesto para introducir un cierto correctivo en este aspecto, en cuanto permite al juez "requerir al solicitante del embargo, en el término de una audiencia, para que presente documentos, información testifical o cualquier otra prueba que justifique la situación alegada".

Correctamente interpretado el precepto, confiere al juez la potestad discrecional de requerir un acreditamiento del riesgo concreto de insolvencia alegado, potestad que deberá ejercer salvo que le conste ese riesgo por notoriedad.

Cerrando el capítulo de la comparación de los presupuestos de los embargos civil y laboral, cabe resaltar ahora lo ya dicho antes acerca de la no exigencia de fianza. No hay cambio en cuanto a esto entre la antigua y la nueva LPL. Esta solución general y nada matizada resulta chocante con la doctrina sentada por la STC 202/1987, de 17 de diciembre, según la cual la exención de fianza no es beneficio comprendido en el derecho a la justicia gratuita reconocido tras examen concreto del estado económico del solicitante.

## **B) La legitimación para solicitar el embargo; algunas cuestiones sobre el procedimiento y los efectos del embargo preventivo**

La legitimación activa corresponde a la parte interesada, aunque es característica del embargo preventivo laboral la no necesidad de instancia de parte y el poder ser decretado de oficio. Respecto de esta última posibilidad merece destacarse que la responsabilidad por embargo preventivo infundado, que jurídicamente no deja de existir, puede ser exigida en este caso con efectividad, porque se trata de un supuesto de responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (arts. 292 y siguientes LOPJ).

Este régimen de legitimación se conserva en el artículo 79 de la actual LPL, que, como ya hacía la LPL de 1990, añade una nueva norma de legitimación: la del Fondo de Garantía Salarial para pedir el embargo y para señalar bienes en los casos en que pueda ser responsable del pago de las cantidades reclamadas. Jurídicamente es una manifestación de la subrogación del FOGASA en los derechos y acciones del trabajador. De hecho extiende la legitimación a quien tiene un interés real en obtener la medida cautelar. Como es obvio los trabajadores no tienen ese interés al menos hasta donde alcancen las cantidades cuyo pago queda asegurado por el Fondo.

Incidentalmente ya han sido tratadas algunas cuestiones sobre el procedimiento del embargo, tales como la ausencia de una fase de examen contradictorio de los presupuestos de la medida y la posibilidad de una eventual audiencia del actor para que justifique el peligro en la demora alegado y tal vez también el *fumus boni iuris*. Por otra parte subsiste la

inadmisibilidad de la solicitud de embargo antes de la iniciación del proceso principal (art. 79.3 LPL). Es una muestra de rigidez sorprendente si se observa luego la laxitud, el déficit de garantías, que, como hemos apuntado, rodea los presupuestos de la medida.

El régimen de los efectos del embargo preventivo experimenta una notable modificación con la admisibilidad de la acumulación de ejecuciones (arts. 36 y siguientes LPL). En el proceso civil, y en el proceso laboral antes de la LPL de 1990, el embargo preventivo confiere una preferencia meramente procesal al cobro de la cantidad fijada en el título ejecutivo con el producto de los bienes embargados, sin otra excepción que la que resulte de una preferencia de crédito declarada en tercería de mejor derecho. Tratándose de créditos sin prelación entre sí, sino estrictamente concurrentes, la tercería no es admisible y aquella preferencia procesal es definitiva. Esto conducía a que obtenido embargo preventivo por algún demandante, otros demandantes que fundaran su pretensión en derecho de crédito de igual naturaleza no pudieran beneficiarse, en la ejecución, de los efectos del embargo preventivo, y debieran recurrir al reembolso o al embargo de sobrante.

Con la acumulación de ejecuciones el embargo preventivo eventualmente existente generalizará su efecto de afección de bienes a todos los ejecutantes concurrentes, que cobrarán proporcionalmente a la cuantía de sus créditos, sin tener en cuenta ningún tipo de prioridad temporal (art. 268.1 LPL).

### 3. INSUFICIENCIA DEL EMBARGO PREVENTIVO PARA LA TUTELA CAUTELAR NECESARIA EN EL PROCESO LABORAL

El embargo preventivo no agota la tutela cautelar en el proceso laboral, aunque sólo sea porque las pretensiones de condena dineraria tampoco agotan los posibles objetos de este proceso.

Aunque eso parece evidente, la indudable preponderancia estadística de las reclamaciones de cantidad ha obstaculizado, en ocasiones, entenderlo así. Hasta el punto de que la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1983, de 22 de junio, le tuvo que recordar a la Magistratura n.º 7 de Sevilla que no era correcta la tesis de que "todo procedimiento laboral es un procedimiento de cuantificación y de delimitación y liquidación de cantidades" y, por consiguiente, no era admisible pronunciarse sobre un trato discriminatorio, por motivos sindicales, frente al que se había pedido tutela judicial.

Obviamente ese reduccionismo no se sostiene. De una parte, el contrato de trabajo comprende otras obligaciones de prestación además de la del salario. De otra, la rama social del Derecho, a la que extienden su competencia genérica los tribunales del orden social, no se limita al contrato de trabajo. Está toda la litigiosidad relativa a los conflictos y convenios colectivos, a la materia de seguridad social, etc.

Hay tutela jurisdiccional declarativa para todos los derechos e intereses legítimos que surjan en todas esas materias y debe haber una tutela cautelar adecuada si se quiere evitar un riesgo de ineffectividad de las sentencias siempre presente.

No cabe entrar en una visión completa de las posibles necesidades de tutela cautelar en este campo. Pero sí que conviene destacar una importante peculiaridad sobre la diferente posición de los sujetos de las relaciones laborales ante la necesidad de la tutela jurisdiccional cautelar.

#### 4. PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO Y NECESIDAD DE TUTELA CAUTELAR DEL TRABAJADOR

En las relaciones laborales individuales el empresario no tiene, por regla general, necesidad de tutela cautelar. El poder de dirección que le corresponde y el correlativo deber del trabajador, la posibilidad de hacer efectivo aquel poder por propia autoridad, mediante autotutela, imponiendo sanciones hasta la máxima del despido disciplinario, le permiten proteger sus intereses de modo inmediato y con gran efectividad.

Es cierto que el ejercicio del poder de dirección ha de ser legítimo. Pero en cuanto quien, de entrada, determina la legitimidad es el propio empresario y, sólo a posteriori y eventualmente, se resuelve jurisdiccionalmente sobre su conformidad a Derecho, las posibilidades de actuación del empresario que estén cubiertas por su poder de dirección, hacen innecesaria para él una tutela jurisdiccional cautelar. Esa necesidad existe para el empresario allá donde existan limitaciones a su poder de dirección.

La posición del trabajador es completamente distinta. Por un lado tiene frente al empresario derecho a prestaciones de hacer, de no hacer y de dar cosa distinta a dinero, cuya satisfacción no puede obtener, salvo voluntario cumplimiento, sino acudiendo a los tribunales. Por otro lado, además, los actos del empresario que afectan a los derechos laborales del trabajador son inmediatamente efectivos.

El trabajador tiene un derecho a la tutela jurisdiccional declarativa respecto a todo ello. Pero el proceso lleva su tiempo y, por la posición en que se halla el trabajador, existe el riesgo de que cuando jurídicamente pueda obtener satisfacción, la sentencia no pueda ser ejecutada o no pueda serlo con plena efectividad.

Desde la perspectiva del trabajador sí que es necesaria la tutela jurisdiccional cautelar y, al menos de entrada, parece que no siempre es adecuada una tutela cautelar mediante embargo preventivo.

Las medidas cautelares adecuadas en estos casos deberían tener el efecto de conservar la situación de hecho anterior al ejercicio del poder de dirección del empresario o de su poder disciplinario, cuando, de no hacerse así, pudiera producirse un daño irreversible al probable derecho del trabajador, para el que no fuera adecuada una reparación dineraria en el momento ejecución de la sentencia.

Esta tesis puede suscitar cierta perplejidad. En efecto. Frente a la más grave manifestación del poder disciplinario del empresario -el despido-, y cuando ya se ha declarado su disconformidad a Derecho y se está procediendo a la ejecución, no se ha conseguido, salvo para algunos supuestos, alcanzar una ejecución específica o *in natura*, de modo que es necesario acabar en la indemnización dineraria. ¿Cómo sostener entonces que durante la pendencia del proceso deba preservarse el respeto al (probable) derecho del demandante en su contenido específico, si, al final, la satisfacción del derecho acabará por monetarizarse? Parece que esto nos devuelva, pues, a pensar en la posible suficiencia del embargo preventivo.

#### 5. LAS MEDIDAS DE LOS ARTÍCULOS 178 Y 181 LPL Y LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL ARTÍCULO 1428 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La LPL ha incorporado disposiciones que satisfacen en parte la necesidad de una tutela cautelar de las características consideradas en el anterior apartado. Me refiero a las medidas de suspensión de los efectos de los actos presuntamente lesivos de los derechos de libertad sindical (art. 177 LPL) y, en virtud de la remisión que hace el artículo 180, de los actos contrarios a otros derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito laboral.

En comparación con la redacción prevista en el anteproyecto del texto articulado de 1989 estas medidas han sufrido en el texto que llegó a ser ley (y en el texto vigente) considerables recortes.

El anteproyecto no sólo autorizaba medidas de suspensión (de carácter negativo, prohibitivas), sino también medidas positivas. La LPL únicamente se refiere ahora a medidas de suspensión.

El anteproyecto autorizaba la adopción de las medidas salvo demostración por el demandado de que la inmediata efectividad del acto no originaba perjuicios de imposible o difícil reparación a los intereses del demandante. El artículo 177.1 mantiene la incidencia de este requisito, aunque expresado de forma algo distinta, pero de modo adicional a otro requisito más restrictivo, como es el de que se hayan alegado "presuntas lesiones que impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores". Esta configuración del presupuesto de la suspensión hace difícil

cumplimentar la remisión prevista por el artículo 180 para el supuesto de actos lesivos de derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito laboral.

Una nueva restricción de la posibilidad de aplicar las medidas autorizadas por el artículo 177.1 LPL deriva de lo dispuesto en el artículo 181, que en caso de concurso de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales con otras modalidades procesales, lo resuelve en favor de la aplicación de las normas de las últimas, que no prevén específicas medidas cautelares.

Las normas especiales que hasta ahora hemos considerado permitirá satisfacer algunas necesidades de tutela cautelar respecto a pretensiones no dinerarias. Sin embargo plantearán también un problema importante, cuyos términos podrían enunciarse así: visto que se establecen medidas cautelares para garantizar el respeto específico precisamente de aquellos derechos cuya lesión no puede ser adecuadamente reparada con dinero (libertad sindical, otros derechos fundamentales y libertades públicas), cabría pensar que con relación a otros derechos e intereses no caben medidas cautelares de garantía del cumplimiento específico de la sentencia y solamente está disponible el embargo preventivo.

No me parece razonable esa conclusión, aunque sólo sea porque supondría una injustificada diferencia en la tutela de los derechos en el proceso laboral respecto de otros procesos. La tutela cautelar cuando estén afectados derechos fundamentales ha de tener un régimen especial privilegiado, pero ello no puede significar exclusión de una tutela cautelar adecuada para derechos no fundamentales cuyo objeto no sea una prestación dineraria. En el proceso administrativo existen como es sabido dos regímenes de suspensión de los actos. Y en el proceso civil, con mayor o menor perfección, existe también esa tutela cautelar.

La falta de su específica previsión en el proceso laboral habrá que paliarla acudiendo a las normas supletorias de LEC, especialmente al artículo 1428, según el cual "cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, el juez podrá adoptar; instancia del demandado, las medidas que según las circunstancias fueren necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere".

Este precepto presenta, sin embargo, ciertos problemas de adaptación al proceso laboral.

No creo que sea problema el requisito del principio de prueba por escrito, pues bastaría cualquier justificación documental de la relación laboral para acreditar la mayor parte de obligaciones que existen en esa relación y que vienen determinadas no por el contrato individual de trabajo, sino por convenios colectivos y por normas.

La exigencia de fianza, que establece el artículo 1428 LEC, puede ser inadecuada, pero en una aplicación estricta de las normas supletorias sería difícil prescindir de ella, tanto más cuanto el Tribunal Constitucional ha entendido que exigir el cumplimiento de ese requisito incluso a quien tiene reconocido el derecho a justicia gratuita no infringe el artículo 24.1 CE.

Los inconvenientes que derivan del régimen procedimental son difícilmente superables. Si se entiende que una comparecencia contradictoria debe preceder a la adopción de la medida, la falta de una norma ya no sobre preferencia, sino sobre anteposición de señalamientos, podría conducir a que el juicio sobre la medida cautelar se demore tanto como el juicio sobre el asunto principal. Si se admite una contradicción posterior a la adopción de la medida, la solución lógica -pero no prevista- hubiera sido establecer su acumulación con el tratamiento del objeto del proceso principal en el mismo juicio que éste.