

EL INTERÉS DEL TRABAJADOR EN EL INGRESO DE SUS CUOTAS A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL ITALIANO

Davide Casale¹

RESUMEN: El art. 2116 del Código Civil italiano establece que las prestaciones sociales «se deben al trabajador, incluso cuando el empleador no haya ingresado de forma regular las cuotas debidas a la Seguridad Social», siempre que dicha deuda no se haya extinguido por prescripción. Este artículo enfatiza el nexo jurídico entre esta cobertura asistencial pública “automática” en virtud del art. 2116 CC y el plazo (cinco o diez años) de extinción por prescripción de las cotizaciones a la Seguridad Social en el sistema italiano de protección social. En dicho nexo, establecido por el legislador, se puede constatar una función de incentivo a la vigilancia del trabajador sobre la integridad de su posición contributiva respecto a las futuras prestaciones de la Seguridad Social. Para incentivar las denuncias de omisión contributiva, hay que distinguir claramente entre el derecho a la libertad de expresión del trabajador y el derecho de denuncia ante las autoridades de vigilancia, al que no hay que imponer los límites de ejercicio propios del primero. Es importante, sobre todo, la eficacia disuasoria de la tutela legal contra cualquier reacción de represalia del empleador (hoy reforzada por la L. n.º 179/2017 sobre la protección de quien efectúa denuncias y por el Tribunal Constitucional n.º 194/2018 sobre el aumento de las sanciones por despidos improcedentes).

PALABRAS CLAVE: Derecho laboral y de protección social; Cotización a la Seguridad Social; Cotización obligatoria para tutelar la invalidez, la vejez, la supervivencia; Duración e inicio del plazo de prescripción; Denuncia de omisión contributiva; Denuncias y solicitudes de intervención ante las autoridades de vigilancia e inspección; Tutelas para el denunciante.

ABSTRACT: Article 2116 of Italian Civil Code establishes that social security benefits «are due to the employee, even when the employer has not regularly paid the contributions due to social security institutions», provided that this contributory debt is not already extinguished due to the expiring of the limitation period for the payment of social security contributions. This essay explores the link between that “automatic” social benefits coverage and the limitation period (5 or 10 years, so called “prescription”) for the payment. The function of this legal link can be seen as one encouraging the employee to supervise the completeness of employers’ payments for the future pension. To encourage allegations of failure to pay compulsory contributions, the limits applicable to the right of public criticism should not apply to the right to make reports to public authorities. Above all, important are legal protections against any retaliatory reaction by the employer (protections which were strengthened by law no. 179/2017 on whistleblowing and by Constitutional Court ruling no. 194/2018 on unlawful dismissal).

KEYWORDS: Employment and social security law; Contributions due under national statutory social security schemes; Compulsory contributions for invalidity, old-age and survivors benefits; Limitation period of claims for payment of social security contributions; Denunciation of failure to pay contributions; Whistleblowing and complaints to public authorities; Protection for the whistleblower.

¹ Profesor titular de Derecho Laboral en la Universidad de Bolonia, Italia - davide.casale@unibo.it

1. EL CARÁCTER AUTOMÁTICO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES: SU LÍMITE CRONOLÓGICO PARA LAS PENSIONES DE VEJEZ

El carácter automático de las prestaciones es uno de los (poquísimos) principios del derecho de la protección social que fue considerado merecedor de entrar en el Código Civil. Introducido en el art. 2116 CC italiano², dicha regla general establece que, salvo previsiones diferentes, las prestaciones de la Seguridad Social corresponden al trabajador incluso si la relativa cuota no se ha ingresado. Se trata de una importante declinación del principio de solidaridad social que se consagró pocos años después en la regla de la “adecuación” establecida por el art. 38.2 de la Constitución italiana.

La expresión “automaticidad” de las prestaciones no se debe entender en sentido literal, dado que para conseguir las prestaciones sociales es indispensable formular una instancia administrativa, además muy bien fundamentada, ya que no hay cotización. Dicha expresión se debe entender, en cambio, en el sentido de que la existencia del presupuesto contributivo es por ley superfluo cuando se compruebe el presupuesto laboral del que provenía la obligación contributiva omitida. El carácter automático no reside en el modo en que el procedimiento de atribución de la prestación social se inicia, sino en la exención de este proceso, y por ende del trabajador, de la sujeción al resultado y de la obligación del cobro (además de los relativos plazos, de hecho, el carácter automático no solo implica la cobertura pública que sustituye las lagunas contributivas, sino también una anticipación de la cobertura que proviene de la cotización recaudada de forma tardía).

En la legislación especial, dicha regla del CC se ha llevado a cabo de forma no idéntica para todas las garantías sociales. Respecto a los casos de derecho de la seguridad social que se forman progresivamente, la omisión contributiva plantea las cuestiones de mayor relevancia ética, además de económica. Se trata, en efecto, de un equilibrio entre múltiples instancias con implicaciones crecientes a largo plazo: en primer lugar, la certeza del derecho público inherente a la imposición contributiva, con las relativas repercusiones en términos de contabilidad pública para la cobertura de las medidas reconocidas por la ley; en segundo lugar, la certeza de los

² El art. 2116 CC es el siguiente: «Las prestaciones indicadas en el artículo 2114 [esto es, las prestaciones sociales públicas] se deben al trabajador, incluso cuando el empleador no haya ingresado de forma regular la cuota debida a las instituciones de protección social y de asistencia, salvo diferentes disposiciones de las leyes especiales. En los casos en que, según dichas disposiciones, las instituciones de protección social y de asistencia, por falta de cotización o por irregularidad, no tengan que corresponder en todo o en parte las prestaciones debidas, el empleador es responsable del daño ocasionado al trabajador». Sobre la validez general de la regla contenida en el primero de estos dos puntos, v. la importante sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de diciembre de 1997, n.º 374, en *Giust. civ.*, 1998, I, 617.

derechos en el curso de la actividad propia del empresario; y sobre todo, en tercer lugar, la certeza de las perspectivas de vida de las personas que han contribuido al bienestar común con su trabajo.

En el ámbito de la disciplina de las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia (i.v.s.), el actual marco normativo se ha creado, por un lado, tras la fundamental innovación normativa de 1969-1972, que extendió la aplicación del carácter automático al seguro general obligatorio modificando el art. 27 del RDL n.º 636/1939³, y, por otro lado, tras la aplicación de la Directiva 80/987/CEE sobre la insolvencia del empleador⁴. Resulta de ello un régimen legal binario que diferencia la protección sobre todo en función del curso del tiempo: existe una tutela principal a cargo de la colectividad, esto es, el carácter automático de las prestaciones, y una tutela residual a través de la iniciativa judicial del interesado frente al responsable de la omisión.

Por lo tanto, corren a cargo del sistema de bienestar público las ayudas económicas por dos tipos de incumplimiento por parte del empleador: los comprendidos en el límite, generalmente de cinco años⁵, de la prescripción de la cotización; y los derivados de situaciones de insolvencia del empleador comprobadas en el ámbito de procedimientos concursales. Para los primeros, dicho plazo hace que se pueda ejercer, a cargo del empleador, la recuperación coactiva por parte de la Seguridad Social; en cambio, la ley no prevé un límite temporal para la cobertura asistencial supletoria pública cuando el pago omitido de las cuotas sea imputable a un empleador

³ V. el art. 23 *ter* del DL n.º 267/1972, que reescribió el art. 40 de la L. n.º 153/1969, que a su vez influyó en el art. 27 del RDL n.º 636/1939, aplicando el carácter automático de las prestaciones de i.v.s. a los trabajadores subordinados del seguro general obligatorio público, y después extendido a las otras gestiones de pensiones en vía jurisprudencial así como con la aplicación de la armonización en virtud del artículo 2.22, de la L. n.º 335/1995. Se reenvía, por último, a CAPURSO, *Le eclissi del principio di automaticità delle prestazioni previdenziali. Una passeggiata nel bosco dell'art. 2116 c.c.*, en *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, 499 ss., y *amplius* D. CASALE, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, BUP Bononia University Press, Bologna, Collana del Seminario Giuridico della Università di Bologna, 2017, 54 ss., 122 ss. y 197 ss., para más referencias.

⁴ L. n.º 297/1982, art. 2, y D.leg. n.º 80/1992 (modificados por el D.leg. n.º 186/2005), en aplicación de la Directiva 80/987/CEE modificada por la Directiva 2002/74/CE, hoy incorporada en la Directiva 2008/94/CE. A este respecto, se reenvía a D. CASALE, *L'automaticità*, cit., 74 ss., así como a D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, en MARAZZA-D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2015, 124 ss.; ZILIO GRANDI-SFERRAZZA, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, en *Dir. rel. ind.*, 2013, 685 ss., y 2014, 142 ss.; sobre las novedades de la Directiva más reciente v. PALLINI, *La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore: la direttiva n. 2002/74/Ce*, en *Riv. dir. sic. soc.*, 2003, 695 ss.; sobre el alcance de la Directiva europea respecto a los perfiles contributivos v. *in primis* CANAVESI, *Contribuzione prescritta e automaticità delle prestazioni nell'ordinamento italiano e nella dimensione comunitaria*, en *Riv. giur. lav.*, 1992, I, 465 ss.

⁵ Sobre la disciplina aplicable a los empleados del sector privado, véase la continuación de este trabajo. En cambio, para el sector público véase también el art. 31 de la L. n.º 610/1952, en función del cual el pago de la pensión de jubilación «se efectúa teniendo presente todo el servicio útil, incluyendo también los posibles servicios de obligatoria inscripción sin el apoyo del ingreso de las cuotas o por la mencionada disposición», tal y como se interpreta por las circulares INPS n.º 169/2017 y n.º 117/2018, pero en parte superadas ahora por la específica disposición transitoria contenida en el punto 10 *bis* del art. 3 de la L. n.º 335/1995, introducido por el art. 19.1, del DL n.º 4/2019: se reenvía a D. CASALE, *La diversità di ratio della prescrizione dei contributi nel privato e nel pubblico, confermata dal D.L. n. 4/2019*, en *Lav. giur.*, 2019, 551 ss.

en crisis sujeto a un procedimiento concursal (es decir, procesos de regulación unitaria de los derechos de los diferentes acreedores de un mismo empresario que quedaron insatisfechos, como la «quiebra» de la empresa, hoy denominado procedimiento «de insolvencia» por el Código de la crisis de empresa promulgado con D.leg. n.º 14/2019); en dichos casos, la Seguridad Social introduce su crédito contributivo en la lista de obligaciones pendientes que se podrán satisfacer incluso mediante la venta coactiva de los bienes del empresario.

En cambio, en dicho supuesto de insolvencia del empleador, una vez superado el límite de cinco años, el carácter automático de las prestaciones no se aplica. Es decir, el sistema italiano de protección social responsabiliza al trabajador de los costes, del plazo y de los riesgos inherentes a las medidas a disposición contra el empleador respecto a los incumplimientos contributivos que se produjeron más allá del límite temporal de cobertura de la tutela pública automática⁶. Dicha limitación cronológica del carácter automático de las prestaciones de i.v.s. tiene una gran importancia práctica, ya que estas se solicitan y se abonan a veces con una diferencia de décadas desde el hecho laboral en cuestión, es decir, cuando el plazo de prescripción de las cotizaciones a menudo ya ha transcurrido.

210 Esta última constatación parece importante también en el encuadramiento teórico de la institución jurídica. Tal y como se intentará argumentar en las siguientes páginas, este principio parece unir funciones no solo de protección, sino también de control del sistema de protección social responsabilizando al trabajador. Este tiene un interés personal en el cumplimiento de la obligación contributiva, ya que de ello depende la existencia y la cantidad de sus derechos de protección social. La adaptación legal de los límites, que condicionan la aplicación del carácter automático de las prestaciones, resulta funcional para la convergencia del interés individual con el interés público: uno inherente a la integridad de la posición contributiva y el otro al cobro efectivo.

A primera vista, dicho punto podría parecer infundado, dado el principio de carácter automático de las prestaciones: si la regla fundamental establecida por el art. 2116.1 CC impone que las prestaciones sociales corresponden al empleado incluso cuando el empleador no haya ingresado la debida cuota, se podría deducir que el trabajador no tiene en absoluto el mencionado interés en el cumplimiento por parte del empleador. En efecto, este punto hay que precisarlo: el

⁶ Sobre la indemnización por el daño a la pensión, véase el punto 2 del art. 2116 CC, así como el art.13 de la L. n.º 1338/1962 respecto a la acción disponible para el trabajador para restablecer su posición contributiva perjudicada por la omisión contributiva. A este respecto, se reenvía a CAPURSO, *Il diritto del lavoratore alla integrità contributiva*, en *Inf. prev.*, 2007, 549 ss.; más reciente CENTOFANTI, *L'utilizzabilità effettiva della rendita vitalizia ex art. 13, l. n. 1338/1962*, en *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 624 ss., y D. CASALE, *L'automaticità*, cit., 295-330.

trabajador tiene interés (y el derecho subjetivo⁷) no tanto en la efectividad del pago de la cuota por parte del empleador por los periodos de trabajo realizado, sino en la regularidad de su posición contributiva respecto a dichos periodos. Dicha regularidad subsiste, sin duda, cuando la cuota se haya ingresado; pero no falta necesariamente en caso contrario, en virtud del principio de carácter automático de las prestaciones. El problema fundamental que el legislador tiene que afrontar es cómo garantizar la finalidad social establecida por el principio de carácter automático sin excluir, al mismo tiempo, el interés del trabajador en la cotización. Pues bien, el punto central es que la cuota, si no se ingresa, igualmente tiene que resultar debida.

Dicho marco normativo empuja al trabajador a mantener el control de la efectividad de los ingresos contributivos por parte del empleador. De hecho, en caso de incumplimiento o anomalías en la posición contributiva, deberá efectuar la correspondiente denuncia ante el INPS (Instituto Nacional de Previsión Social). Con dicho acto, siempre que esté documentado, el trabajador garantiza su interés, ya que obtiene el derecho a que se le reconozca, a cargo de la Seguridad Social, la cotización omitida que no haya prescrito en el momento de la denuncia. Gracias a dicho mecanismo jurídico, el interés del trabajador converge con el interés público en el cobro. Este último no está garantizado por el simple hecho de que la administración de protección social esté al corriente de la omisión contributiva; ahora bien, resulta más probable.

2. LA LIMITACIÓN PROBATORIA APLICABLE A LA COBERTURA CONTRIBUTIVA AUTOMÁTICA

Además del mencionado límite cronológico, se aplica también una limitación probatoria. Según la misma disposición sobre el carácter automático de las prestaciones de i.v.s., la «relación laboral debe resultar de documentos o pruebas concluyentes»⁸. A falta de resultados en los archivos de la administración de protección social, la carga de la prueba de los períodos laborales sujetos a la obligación de cotizar recae sobre el trabajador⁹; pero parece evidente que el ejercicio de un derecho constitucional no debería ser excesivamente dificultoso. La casuística jurisprudencial relativa a las necesarias «pruebas concluyentes» es amplia. Resulta, en todo caso, casi agotada la principal cuestión que solía plantearse, en referencia a los periodos

⁷ Sobre la configuración de la posición (asistencial y en particular de la posición) contributiva como real derecho subjetivo, véase D. CASALE, *L'automaticità*, cit., 269-280, para más referencias.

⁸ Según la última parte del art. 27.2 del RDL n.º 636/1939, modificado en 1969 y en 1972.

⁹ Ej. Trib. de Casación civil, 19 de junio de 2012, n.º 10119, en *DeJure*.

laborales anteriores al mecanismo de ingreso de la cuota introducido a finales de los años sesenta, en los no poco frecuentes casos en los que se producían pérdidas de los documentos acreditativos de las cotizaciones¹⁰. Hoy en día, los archivos telemáticos, sobre todo desde que se basan en el sistema de flujos informáticos “uniemens”, previenen dichos problemas y su consiguiente contencioso con la administración de la Seguridad Social.

La automaticidad de las prestaciones hace irrelevante para el trabajador el éxito del proceso a cargo del empleador, pero solo si se ha reconocido en vía administrativa la deuda contributiva¹¹ y por lo tanto, la automática cobertura pública. Por respeto a la confianza del trabajador en las decisiones de la Seguridad Social, parece oportuno considerar que, cuando en vía administrativa se haya reconocido la deuda de la cotización omitida y por ende, la automática cobertura pública, dicha decisión no es revocable tras el resultado del posible contencioso sobre la recuperación de la cotización. Cuando también el INPS sucumba ante la pretensión contributiva contra el empleador, el trabajador no debería ver revocada la cobertura que la propia institución haya considerado basada en «documentos o pruebas concluyentes», tal y como requiere la ley.

En cambio, a falta de dicho reconocimiento por parte de la institución, el trabajador tiene interés en el relativo control judicial, en el que podrá basar su instancia de cobertura contributiva a cargo de la colectividad¹². Por consiguiente, según la jurisprudencia ya consolidada, el trabajador es incompatible en virtud del art. 246 de la LEC italiana con el papel de testigo en las controversias sobre la deuda de las cuotas a la Seguridad Social, incluso cuando en el contencioso entre empleador e institución, este no sea parte procesal¹³. Esto vale no solo para las

212

¹⁰ Sobre el antiguo mecanismo de la «tarjeta» personal en la que se colocaban los timbres fiscales requeridos, se reenvía a FALCUCCI-NATOLI-PAPA, *I soggetti tenuti al pagamento dei contributi previdenziali e gli obblighi accessori o strumentali*, en BUSSI-PERSIANI, *Trattato di previdenza sociale*, I, *Il regime generale dell'invalidità, vecchiaia e superstiti*, Cedam, Padova, 1974, 507 ss., y F.P. ROSSI, *Rapporto di lavoro subordinato e rapporto giuridico previdenziale*, Giuffrè, Milano, 1968, 125 ss.

¹¹ Cfr. por ej. Trib. Cas. civ., 21 de mayo de 2002, n.º 7459, en *Dir. giust.*, 2002, 28, 34. La inoponibilidad al trabajador de la prescripción de la cotización sucesiva a su denuncia de omisión es la opinión común o dominante: ej. M. MISCIONE, *Artt. 2116*, en CENDON (a cargo de), *Commentario al codice civile*, Utet, Torino, 2002, vol. III, 399.

¹² Cuando está pendiente también una controversia sobre la legitimidad de una sanción administrativa que supone los mismos hechos (la naturaleza subordinada de la relación) en la que se basa la pretensión contributiva, no se establece una relación de prejudicialidad: Trib. Cas. civ., 26 de septiembre de 2018, n.º 23045, en *Lav. giur.*, 2019, 37, con nota de SANTORO, *Giudizio di accertamento di debiti contributivi e giudizio di opposizione a sanzioni amministrative*.

¹³ Ej. Trib. Cas. civ., 29 de mayo de 2006, n.º 12729, y Cas. civ., 4 de agosto de 1998, n.º 7661, ambas en *Foro it. On Line*. A dicha jurisprudencia adhiere la mayoría de la doctrina: v. las opiniones expresadas como respuesta a la cuarta cuestión por BELLOMO, CINELLI-NICOLINI, GRAGNOLI-ZACCARELLI, DONDI, LAMBERTUCCI-DEL VECCHIO, MARAZZA, MARTONE, MENGHINI, PANDOLFO, PASSALACQUA, PERULLI, PESSI R., PISANI, en VALLEBONA (a cargo de), *Il valore probatorio dei verbali ispettivi*, en *Mass. giur. lav.*, 2007, fasc. 12, Debates jurídicos sobre el trabajo, suplemento. Tal y como lo confirma por ej. el Trib. de Cas. civil, 12 de agosto de 2011, n.º 17272, en *DeJure*, la incompatibilidad con el papel de testimonio no implica que al juez se le impida el interrogatorio libre del trabajador según el art. 421.4 LEC italiana.

controversias sobre la existencia de la relación laboral, para la correcta cuantificación de la retribución percibida o debida (incluso en función de una orden judicial de reintegro¹⁴), sino también respecto a su cualificación subordinada o autónoma¹⁵.

Cuando sea el propio trabajador quien se dirija judicialmente contra el empleador, el resultado procesal es un soporte suficiente para admitir la instancia de cobertura contributiva automática, incluso cuando la institución no sea parte procesal. Entre los «documentos o pruebas concluyentes» requeridos en la última parte del art. 27.2 del RDL n.º 636/1939 y sus sucesivas modificaciones, deberían figurar también las sentencias a las que el INPS no está vinculado como parte procesal¹⁶. Se entiende que la Seguridad Social, cuando considere que no es convincente el resultado procesal alcanzado sin su participación, al rechazar la instancia administrativa impone al trabajador que lo lleve a juicio (donde en todo caso los resultados de la instrucción recogidos en el anterior proceso no son irrelevantes¹⁷).

3. INCENTIVOS NORMATIVOS A LA DILIGENCIA DEL TRABAJADOR RELATIVA A SU POSICIÓN CONTRIBUTIVA

213

La limitación cronológica de la tutela descrita es importante también por la compleja configuración que imprime a la institución. En el ámbito de i.v.s., la aplicación del art. 2116 CC resulta de este modo unir funciones no solo de tutela respecto a las situaciones de necesidad, sino también de control del sistema de protección social en clave proactiva de la responsabilidad del individuo.

En general, se ha confirmado la función compuesta de las instituciones de tutela de los derechos del trabajador, que se puede atribuir al equilibrio necesario de dichos derechos con intereses públicos o de otros sujetos: por ejemplo, pensemos en la garantía del derecho respecto a la duración y al transcurso de la prescripción de los créditos retributivos¹⁸. Además del ámbito

¹⁴ Cfr. Trib. de Cas., Secc. Un., 5 de julio de 2007, n.º 15143, con nota de FERRANTE, *Il risarcimento del danno contributivo in caso di aliunde perceptum*, en *Arg. dir. lav.*, 2008, 496. Para un análisis más profundo v. CESTER, *Tutela obbligatoria e tutela reale nei licenziamenti illegittimi*, en GRAGNOLI (a cargo de), *Il mercato del lavoro*, vol. V, de PERSIANI-F. CARINCI (coord.), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2017, 852-860, y FILI, *Tutela risarcitoria e indennitaria: profili quantificatori, previdenziali e fiscali*, en E. GHERA-D. GAROFALO (a cargo de), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, 198 ss.

¹⁵ Ej. Trib. de Cas. civ., 16 de junio de 2006, n.º 13930, en *Leggi d'Italia On Line*.

¹⁶ Trib. Cas. civ., 19 de agosto de 2004, n.º 16300, en *Foro it.*, 2006, I, 570.

¹⁷ Se reenvía a QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bononia, Bologna, 2016, 11 ss.; y VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Giuffrè, Milano, 2008, 35 ss.

¹⁸ Respecto al renovado debate sobre esta vieja cuestión, v. las referencias mencionadas en la nota 75.

laboral, por poner otro ejemplo, se puede citar la revalorización que la doctrina civil-procesal está llevando a cabo en referencia al principio de contradicción: funcional no solo (y tal vez, no tanto) para la tutela de los derechos individuales, como para la formación de la mejor decisión por parte del juez¹⁹. Dicho razonamiento es todavía más relevante respecto a las reglas de la participación en el proceso administrativo, funcionales no solo para la defensa de los intereses privados, sino también para la obtención, por parte de la administración pública, de los elementos de evaluación útiles con el fin de tomar la mejor decisión para el amparo del interés público por parte de la propia administración²⁰.

También en ámbito de protección social parece indudable la necesidad de que el marco normativo, mientras protege, intente también valorizar las capacidades y la iniciativa individual²¹, por el interés de la propia colectividad. Ahora bien, dicha caracterización puede intuirse también en la finalidad de protección del carácter automático de las prestaciones sociales.

Ello adquiere mayor relevancia tras la normativa introducida por la histórica reforma Dini de mediados de los años noventa. En el régimen contributivo, el período de tiempo que computa para el cálculo de la pensión es toda la vida del trabajador. El interés de este último en la regularidad contributiva, por lo tanto, ha aumentado desde que en 1996 se inició el pasaje a dicho régimen, que desde 2012 se ha generalizado, aunque solo *pro rata temporis*²². A diferencia del anterior régimen retributivo, el trabajador no puede pasar por alto ninguna cuota, ni siquiera las más remotas (que precisamente pueden ser las cotizaciones más favorables para la pensión, ya que se valoran por un número mayor de años de trabajo).

La L. n.º 335/1995 ha influido en numerosos puntos importantes en materia de tutela de i.v.s.: entre ellos vale la pena recordar sobre todo la innovación en materia de duración del plazo de prescripción de las cotizaciones. De hecho, el art. 3.9 de la ley Dini estableció la reducción a

214

¹⁹ GAMBÀ, *Contraddittorio (Principio del) (Diritto Processuale Civile)*, en *Enc. Dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 2016, 138 ss.

²⁰ Ej. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Cedam, Padova, 2010, 197 ss.; el punto está consolidado también en los manuales: v. por ej. COCCA, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014, 217 ss.; CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2014, 426-430.

²¹ Para ejemplos análogos, v. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, en *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, espec. 489, y LONGO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana: un percorso di analisi*, en *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, 222. A este respecto, el debate reciente se refiere sobre todo a los regímenes de apoyo a la renta: a favor de un enfoque que tenga en cuenta el valor de la autorresponsabilidad, v. D. GAROFALO, *La tutela della disoccupazione fra sostegno del reddito e incentivo alla ricollocazione. Profili di carattere generale*, en BROLLO (a cargo de), *Il mercato del lavoro*, vol. VI, de PERSIANI-F. CARINCI (coord.), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 546 ss., con amplias referencias.

²² Cfr. LUDOVICO, *Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo*, en *Arg. dir. lav.*, 2013, 909 ss.

la mitad respecto al previo plazo de diez años²³. Actualmente el plazo general es de cinco años, a partir del momento en que la cuota se debía ingresar²⁴ (plazo válido también en caso de obligaciones tributarias pendientes o notificaciones de deuda sin oposición, según las Secciones Unidas²⁵).

Dicha innovación de 1995 comportó una reducción simultánea y equivalente del alcance temporal de la automaticidad de las prestaciones garantizada por el art. 27.2 del RDL n.º 636/1939. En efecto, no cabe duda de que la indicación contenida en dicho punto sobre la «prescripción de diez años» se tiene que corregir entendiéndolo como un reenvío a la vigente duración legal de la prescripción de la cotización²⁶, actualmente de cinco años. Como consecuencia, por un lado, ha habido una cierta reducción de los recursos públicos destinados a aplicar la automaticidad de las prestaciones sociales. Ya que solamente una parte del coste de las coberturas contributivas concedidas a los trabajadores en aplicación del carácter automático logra recuperarse mediante el cobro coactivo de la cotización, la reducción del alcance temporal de la automaticidad solo puede implicar un ahorro para las administraciones de protección social. Por otro lado, una parte de las obligaciones de los empleadores ante la Seguridad Social, ha pasado de la forma de deuda contributiva a la del daño a la prestación social (generalmente más gravoso, siempre que el trabajador lo reclame y el empleador resulte solvente).

Es importante destacar que dicha reducción de la duración de la prescripción de la cotización tiene también el efecto de incentivar a los trabajadores a actuar de forma anticipada para salvaguardar la integridad de su posición contributiva²⁷: es decir, en un plazo menor respecto al momento en que se producen las omisiones y, por tanto, con mayor posibilidad de

²³ Cfr. el art. 41 de la L. n.º 153/1969, que excepto para las llamadas cotizaciones menores, había extendido el plazo de prescripción a diez años, incluso para las prescripciones en curso en el momento de entrada en vigor de la propia ley. De hecho, en 1995 la reforma Dini llevó a cabo un restablecimiento del plazo de cinco años que estaba vigente antes de 1969, con referencia a la cotización no solo para la tutela de la invalidez, vejez y supervivencia, sino también para el paro, la tuberculosis y la maternidad: v. el art. 55 del RDL n.º 1827/1935.

²⁴ Es decir, en general, desde el día 16 del mes sucesivo respecto al mes al que hace referencia la cotización: art. 2.1, letra b, D.leg. n.º 422/1998, vigente desde el 24 de diciembre de 1998; para un panorama v. Trib. Cas. civ., 29 de enero de 2019, n.º 2432, en *DeJure*. Hay que distinguir las cotizaciones INAIL (Instituto Nacional para la Prevención de los Accidentes en el Trabajo), que aunque hagan referencia al mismo periodo trabajado, prescriben en un momento sucesivo respecto a las cotizaciones INPS: cfr. Trib. Cas. civ., 12 de agosto de 2016, n.º 17095, en *DeJure*.

²⁵ Trib. Cas., Secciones Unidas, 17 de noviembre de 2016, n.º 23397, con nota de MASTRANGELI, *Natura ed effetti del termine per l'opposizione a cartella di pagamento*, en *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 117. Vale la pena tener en cuenta que, para dichas hipótesis, hay oscilaciones en la jurisprudencia a favor de la conversión en un plazo de diez años en virtud del art. 2953 CC: v. PIOVESANA, *La prescrizione del credito contributivo in caso di mancata opposizione a cartella*, en *Lav. giur.*, 2018, 671 ss., y MANZI, *La prescrizione dei contributi previdenziali per riscossione esattoriale: termine breve o lungo?*, en *Lav. giur.*, 2018, 248-249.

²⁶ El punto se comparte de forma unánime: v. por ej. BOER, *Ricongiunzione dei periodi assicurativi e automaticità delle prestazioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, en *Riv. giur. lav.*, 1998, II, 398; M. MISCIONE, *Artt. 2116*, en CENDON (coord.), *Commentario al codice civile*, Utet, Torino, 2002, vol. III, 401.

²⁷ DONDI, *Danno pensionistico, azione risarcitoria e dies a quo della prescrizione*, en *Mass. giur. lav.*, 1999, 678.

recuperación efectiva de la cotización por parte de la institución. Tal y como se ha observado de inmediato, la aceleración de la prescripción de las cotizaciones, con su reducción a cinco años, parecía chocar con las características peculiares de la pensión contributiva introducida con la reforma de 1995²⁸. Aunque no se trataba de un contraste deseado por el legislador histórico, fue un ajuste sistemático que parece razonable ya que valora el interés del trabajador en el control activo de su posición contributiva. Un fuerte vínculo entre cotización y prestaciones sociales, como se produce en Italia²⁹, es seguramente una herramienta útil para contrastar el trabajo no declarado³⁰. Dado que la automaticidad de las prestaciones está vinculada al plazo de prescripción de las cotizaciones, la intervención normativa de 1995 que redujo la duración de dicho plazo, enfatizó la importancia de la diligencia de los trabajadores a la hora de controlar la corrección del ingreso de las cuotas por parte del empleador.

En el ámbito de i.v.s., el art. 2116.1 CC parece establecer así un principio no solo de tutela asistencial, sino más complejo, que equilibra las exigencias de protección con otras exigencias. El carácter automático de las prestaciones interfiere con otras exigencias propias de cada uno de los tres sujetos implicados en las relaciones jurídicas de protección social. Incide en el grado de interés del trabajador en la regularidad de las obligaciones contributivas. Como consecuencia, influye en la capacidad de cobro real por parte de la Seguridad Social. Incide, asimismo, en la tendencia del empleador a dar preferencia a la legalidad de las relaciones laborales y a mantenerla con el ingreso regular de las cuotas, ya que está expuesto a la denuncia de su empleado, no solo en casos de discrepancias contributivas en relaciones de trabajo regulares, sino también en caso de trabajo “en negro” que se había acordado como tal entre las partes.

Pocos años antes de la reforma Dini, se había aplicado la Directiva 80/987/CEE sobre la tutela ante la insolvencia del empleador, con el D.leg. n.º 80/1992³¹, que no se refiere solo a los créditos retributivos del trabajador, sino también a las consecuencias de las omisiones contributivas. Como ya se ha mencionado, el art. 3 de este decreto introdujo una extensión del

²⁸ MONTUSCHI, *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali (un profilo singolare della riforma pensionistica)*, en *Arg. dir. lav.*, 1996, 40-42.

²⁹ V. por ej. el análisis comparado de GERACI, *Contributions-financed cash benefits: selected examples of tiered pension systems*, en *Intern. soc. sec. rev.*, 2015, 68(4), 59 ss.

³⁰ V. *in primis* la directriz n.º 4 enunciada por la INTERNATIONAL SOCIETY FOR SOCIAL SECURITY, *Contribution collection and compliance*, ISSA Guidelines, Geneva, 2013, 23. En el panorama comparado, v. también por ej. BAILEY-TURNER, *Strategies to Reduce Contribution Evasion in Social Security Financing*, en *World Development*, vol. 29, No. 2, 2001, 388. El reforzamiento del nexo entre cotización y prestaciones puede realizarse también mediante una reducción de los requisitos contributivos de acceso a las prestaciones con la finalidad de ampliar el número de beneficiarios: si bien se refiere a contextos socioeconómicos muy diferentes del italiano, v. por ej. SOJO, *Including informal economy workers in contributory social protection: current challenges in Latin America*, en *Intern. soc. sec. rev.*, 2015, 68(4), 70 ss.

³¹ Se reenvía a la bibliografía mencionada en la tercera nota de este artículo.

carácter automático de las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, eliminando el límite cronológico para los casos en que el empleador se someta a un procedimiento concursal. En dichos casos, cuando se haya omitido la cotización y ya no se pueda ingresar porque ha prescrito³², el trabajador interesado puede solicitar a la Seguridad Social que, en virtud del derecho a la prestación «se considere ingresada la cuota omitida y prescrita». Ello parece una confirmación de que en los límites normativos de la automaticidad de las prestaciones de i.v.s., se entrevé una función proactiva respecto al trabajador. No resulta casual que dichos casos, para los que la ley ha dispuesto la eliminación de los límites cronológicos de eficacia de la automaticidad, se refieren a casos en los que cualquier forma de responsabilidad del trabajador resultaría tan inicua como inútil: la omisión contributiva, relativa a situaciones de insolvencia confirmada judicialmente, no podría enmendarse a través de la diligencia del trabajador interesado.

4. PECULIARIDADES NORMATIVAS DE LA DENUNCIA DE OMISIÓN CONTRIBUTIVA

217

La probabilidad de cobro efectivo de la cotización ha aumentado, además, desde que se ha afirmado la orientación jurisprudencial según la cual la denuncia a la Seguridad Social por parte del interesado comporta el aumento, de cinco a diez años, del plazo de prescripción de la cotización de i.v.s.³³. Dicha orientación se basa en el contenido del art. 3.9 de la reforma Dini L. n.º 335/1995, en particular en una disposición que, aunque tal vez al principio se consideraba de derecho transitorio, en realidad resulta formulada como norma estable³⁴. El legislador establece la reducción de la duración de la prescripción «exceptuando los casos de denuncia del trabajador o de sus supervivientes». Según dicha jurisprudencia de legitimidad, también la denuncia hecha en el último momento de los cinco años de prescripción permite (no solo al trabajador obtener a

³² Sobre las implicaciones de la regla de inadmisibilidad por parte de las instituciones de seguridad social de la cotización prescrita, se reenvía a D. CASALE, *L'automaticità*, cit., 311 ss., así como para una panorámica jurisprudencial a CAVALLINI, *La prescrizione dei crediti contributivi e il risarcimento del danno pensionistico*, en *Lav. giur.*, 2018, 421 ss.

³³ Ej. Trib. de Cas., Secc. Un., 4 de marzo de 2008, n.º 5784, en *Foro it.*, 2010, I, 1252; Trib. de Cas., Secc. Un., 7 de marzo de 2008, n.º 6173, en *Arg. dir. lav.*, 2008, 1186. Para el reconocimiento administrativo de dicha orientación jurisprudencial, v. la circular INPS del 2 de marzo de 2012, n.º 31, aclarada por el mensaje INPS del 16 de mayo de 2012, n.º 8447.

³⁴ Ej. PIOVESANA, *Avviso d'addebito Inps non opposto contenente contributi prescritti*, en *Lav. giur.*, 2018, 251; CANAVESI, *L'efficacia estintiva della prescrizione dei crediti contributivi è un principio generale?*, en *Giur. it.*, 2015, 1452.

cargo de la institución la cobertura contributiva omitida, sino también) a la Seguridad Social iniciar el proceso de recuperación con un margen de tiempo restante nunca inferior a otros cinco años antes de la prescripción.

Dicho periodo de tiempo siempre es suficiente, al menos de forma potencial, para completar la recuperación coactiva de la cotización a cargo del empleador. Ello vale también cuando la cotización corre a cargo del comitente de contrataciones³⁵ y de transporte³⁶, del usuario en el suministro de personal³⁷, así como del cesionario de una empresa³⁸. Es más, el periodo de tiempo a disposición de la institución suele ser bastante superior a los cinco años. De hecho, con la denuncia del trabajador no se reinicia el transcurso del plazo de prescripción de cinco años, sino que se duplica su duración. Así que, además del periodo de cinco años adicional, está también el tiempo restante del primer plazo de cinco años. Dicha regla es válida tanto para la cotización que resulta debida pero omitida (para la cual, en efecto, la automaticidad de las prestaciones debería ser reconocida de oficio), como para la retribución no declarada, siempre que la denuncia se interponga ante la institución de protección social competente³⁹.

La jurisprudencia ha precisado que el contenido de la denuncia puede ser genérico y poco técnico⁴⁰, mientras sea inequívoco, favoreciéndose de esta forma la iniciativa personal del trabajador sin la ayuda de profesionales expertos. Ahora bien, se debe considerar el doble de la prescripción de la cotización también para la notificación al INPS del recurso que el trabajador dirija al empleador por reclamaciones retributivas de cualquier tipo. No es necesario que la denuncia ante la Seguridad Social se dirija también al empleador: según la jurisprudencia⁴¹, el legislador ha considerado que el interés del trabajador en la cotización prevalece sobre la confianza del empleador en el plazo de prescripción y, en particular, sobre su interés en el conocimiento de las causas que prolonguen la sujeción al vínculo obligatorio. La extensión de la prescripción puede

218

³⁵ Art. 29, D.leg. n.º 276/2003; se reenvía a VILLA, *I nuovi confini della responsabilità solidale*, en *Labor*, 2018, 5, 539 ss.

³⁶ La particular disciplina de la obligación solidaria del comitente de transporte está contenida en los puntos 4 ss. del art. 83 *bis* del DL n.º 112/2008, reescritos en el art. 1.248, L. n.º 190/2014.

³⁷ Art. 35.2, D.leg. n.º 81/2015.

³⁸ Vale la pena señalar que según el Trib. de Cas. Civ., 24 de febrero de 2016, n.º 3646, en *Not. giur. lav.*, 2016, 670, en caso de cesión de empresa, las deudas contraídas por el cedente frente a la Seguridad Social por la omisión de la cotización obligatoria, existentes en el momento de la cesión, constituyen deudas inherentes a la actividad de la empresa sujetas a la norma dictada por el art. 2560 CC, sin que se pueda aplicar la extensión automática de responsabilidad del cesionario según el art. 2112.2 CC, ni siquiera en virtud de una interpretación de la previsión a la que hace referencia el art. 3, párrafo 4, letra *a*, Dir. n.º 2001/23/CE, habida cuenta de la autonomía de la relación contributiva, entre empleador y Seguridad Social, de la relación laboral. Previamente Trib. Cas. civ., 16 de junio de 2001, n.º 8179, con nota de NICOLOSI, *Trasferimento d'azienda e debiti contributivi: la responsabilità solidale dell'acquirente*, en *Inf. prev.*, 2001, 971.

³⁹ Trib. Cas. civ., 17 de diciembre de 2008, n.º 29479, en *DeJure*.

⁴⁰ Ej. Trib. Cas. civ., 10 de diciembre de 2015, n.º 24946, en *DeJure*.

⁴¹ Cfr. Trib. Cas. civ., 14 de octubre de 2013, n.º 23237, en *Inf. prev.*, 2013, fasc. 3-4, 92; Trib. Cas. civ., 5 de marzo de 2009, n.º 5320, y Trib. Cas. civ., 10 de marzo de 2010, n.º 5811, ambas en *DeJure*.

ocurrir sin que lo sepa el empleador, quien no puede contar con la extinción de la deuda contributiva antes del transcurso de diez años desde el relativo plazo de pago, sin perjuicio del derecho a exigir pruebas documentales de la oportuna iniciativa del trabajador cuando la Seguridad Social intervenga (antes de que finalice el décimo año y) después del quinto año.

En resumen, la denuncia del trabajador no es un acto que interrumpa la prescripción por tres razones: no está destinada al deudor; no está formulada por el acreedor, que para la cotización es la administración de protección social; y comporta (no el reinicio del transcurso de la prescripción sino) el doble de la duración de la prescripción. En definitiva, el art. 3.9 de la reforma Dini comportó una reducción del plazo de prescripción de las cotizaciones solo para los casos en que el trabajador no haga una denuncia por omisión. Con esta divergencia entre plazo de prescripción de cinco años general, relevante para la automaticidad a la que se refiere el art. 2116 CC y plazo de prescripción del doble para recuperar la cotización tras la denuncia, el ordenamiento italiano ha encontrado un sistema singular⁴², pero no carente de una *ratio*. Dicho sistema se presenta portador de consecuencias positivas para el equilibrio del sistema y tal vez también para su equidad.

En primer lugar, se ha reducido de esta forma la posibilidad general para la Seguridad Social de atacar a los empleadores con una pretensión contributiva que antes de la reforma de 1995 podía referirse a la acumulación de muchos años y que, por lo tanto, era considerablemente gravosa para los empleadores sancionados y, al mismo tiempo, generaba un contencioso más problemático también para la propia administración. En segundo lugar, los recursos públicos para la cobertura contributiva automática están destinados a premiar a los trabajadores más diligentes a la hora de vigilar la corrección de su posición contributiva. En tercer lugar, al mismo tiempo aumenta la posibilidad para la administración de estar al corriente de las situaciones de evasión, favoreciendo una mayor recuperación de cuotas⁴³. En cuarto lugar, la mayor posibilidad de recuperación subsiste precisamente frente a aquellos empleadores cuyos empleados se benefician del carácter automático de las prestaciones a cargo de la colectividad.

En quinto lugar, el mecanismo normativo descrito tiene una eficacia disuasoria (difícilmente cuantificable pero incuestionable) respecto a la tendencia del empleador a recurrir al trabajo no declarado correctamente. La creciente relevancia normativa de la denuncia del

⁴² Entre los muchos que expresan reservas, v. por ej. BOER, *Ricongiunzione*, cit., 398-399.

⁴³ La ventaja para la administración, inherente al hecho de que el trabajador se vea animado por el marco legal a tener un papel activo aportando pruebas de los derechos contributivos, se hace todavía más patente que la repartición de la carga de la prueba en relación con la pretensión impositiva para el cobro coactivo de los créditos de seguridad social. Como es bien sabido, dicha carga recae sobre la administración, incluso cuando en el plano procesal resulte demandada: ej. Trib. Cas. civ., 6 de septiembre de 2012, n.º 14965, en *Foro it.*, 2012, I, 2623; así como v. TC, 20 de marzo de 2007, n.º 111, en *Dir. rel. ind.*, 2008, 2, 521.

trabajador, de hecho, tiene una clara consecuencia también sobre la posibilidad, reducida, para el empleador de confiar en la duración del acuerdo inicialmente alcanzado con el trabajador implicado en prestaciones laborales no declaradas a las autoridades⁴⁴. Tal y como destacan las Secciones Unidas del Tribunal de Casación italiano⁴⁵, la prescripción en materia de seguridad social «constituye una institución muy peculiar, en la que el carácter [...] de orden público de la disciplina es especialmente evidente»: dicho carácter imperativo de la disciplina resulta, en este sentido, funcional no solo para el surgimiento y recuperación de las deudas contributivas ocultas, sino también en vía general-preventiva para desincentivar los fenómenos de evasión.

5. DIFERENCIAS ENTRE DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL TRABAJADOR Y DERECHO DE DENUNCIA

La duración legal del plazo de prescripción de la cotización permite al trabajador aplazar, durante cinco años, la denuncia de las omisiones contributivas. Ello significa que el problema de *metus*, por las posibles represalias que el empleador lleve a cabo tras la denuncia, se debe tener muy en cuenta sobre todo en las relaciones laborales de duración superior a cinco años.

En caso de que la actividad empresarial fuera completamente “sumergida” o bien, cuando la misma no resistiera a las sanciones que conllevan las contrataciones “en negro”, la pérdida del empleo es una consecuencia prácticamente inevitable de la denuncia a las autoridades. En estas situaciones, la denuncia, útil para el trabajador para la cobertura contributiva automática, no implica una contrapartida negativa cuando las prestaciones laborales se hayan concluido. En tal caso se podrán reclamar también las diferencias retributivas, siempre que las personas responsables de los incumplimientos tengan un patrimonio contra el que se pueda dirigir la administración. Es obvio que esta grave casuística crea en el tejido socioeconómico problemas que van mucho más allá de las cuestiones de cotización omitida, con reducción de derechos difícilmente remediable cuando también intervenga el sistema de represión público. Se trata de una cuestión abordable sobre todo en términos de políticas del derecho de tipo (no tanto laboral como) económico-productivo, sin renunciar obviamente a la disuasión que puede crear un sólido sistema de inspección contra los empresarios que han incumplido sus obligaciones.

⁴⁴ A favor de un uso *de iure condendo* de la presión de la Seguridad Social para animar a los trabajadores a denunciar el trabajo no declarado correctamente, v. SCARPELLI, *Il contrasto al lavoro irregolare, tra sanzioni e regole di responsabilità*, en *Riv. giur. lav.*, 2008, I, 62 ss. espec. 71-73.

⁴⁵ Trib. de Cas., Secc. Un., 17 de noviembre de 2016, n.º 23397, cit.

Es más sencillo para el ordenamiento jurídico ofrecer remedios para las situaciones en las que la empresa resulte regularmente declarada ante la autoridad (tributaria, de seguridad social, etc.) y sea capaz de soportar la regularización de la relación laboral y las sanciones. Incluso en dichas circunstancias, en todo caso, el trabajador puede tener razones para temer la amenazadora posibilidad de ser víctima de represalias por parte del empleador. No se trata de un temor genérico respecto a la figura del empleador, sino de una preocupación motivada por razones objetivas y típicas, que merece una consideración especial por parte del legislador.

La jurisprudencia es rigurosa al defender al trabajador respecto a las represalias del empleador relacionadas con el ejercicio de sus derechos. En cuanto al derecho de libertad de expresión de los trabajadores frente al empleador, los jueces reconocen un amplio margen al trabajador⁴⁶, sobre todo si se trata de un representante sindical o una figura similar⁴⁷. Según la opinión común, se debe reconocer una tutela todavía mayor cuando no se trata del derecho de libertad de expresión, sino de denuncia a la autoridad judicial por supuestos delitos patronales⁴⁸, o a las autoridades públicas de vigilancia por supuestas infracciones administrativas⁴⁹. La obligación de fidelidad del trabajador se debe considerar recesiva respecto al valor cívico y social que el ordenamiento jurídico atribuye a la iniciativa del privado que solicite la intervención de las autoridades frente a una posible violación de la ley.

El denunciante queda igualmente protegido cuando los hechos declarados impliquen una infracción cuya persecución represente para él un interés patrimonial. La solicitud de intervención de las autoridades puede tener la finalidad de interrumpir un comportamiento del empleador, o bien de enmendar las consecuencias de un comportamiento pasado. La denuncia penal o administrativa, cuando tiene el objetivo de defender un derecho del denunciante, es útil no solo para la tutela cívica del bien común, sino para el derecho constitucional de defensa reconocido en el art. 24 Const.: pensemos, por ejemplo, en la hipótesis de solicitud de inspección con la finalidad de crear los presupuestos probatorios de un contencioso en defensa de los propios

⁴⁶ Sobre la dificultad de este equilibrio entre valores constitucionales, v. TULLINI, *Il diritto di critica civile del sindacalista*, en *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 354 ss.; BETTINI, *Il diritto di critica del lavoratore nella giurisprudenza*, en AA.VV., *Diritto e libertà: studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino, 2008, 143 ss.; DESSÌ, *Il diritto di critica del lavoratore*, en *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 396 ss.

⁴⁷ Ej. Trib. Cas. civ., 14 de mayo de 2012, n.º 7471, con nota de GRIVET-FETÀ, *Presupposti e limiti del diritto di critica del lavoratore*, en *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 81; Trib. Roma 16 de diciembre de 2009, en *Foro it.*, 2010, I, 2888. Aunque se expresen durante una reunión sindical, las críticas públicas que sean acusaciones puntuales deben atenerse a la verdad: v. Trib. Cas. civ., 29 de noviembre de 2016, n.º 24260, en *Arg. dir. lav.*, 2017, 421, con nota de FONTANA F., *Diritto di critica del lavoratore e licenziamento per giusta causa*. Para un panorama, v. INGLESE, *Il diritto di critica nei luoghi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, en especial el quinto capítulo.

⁴⁸ Ej. Trib. Cas. civ., 12 de noviembre de 2018, n.º 28923.

⁴⁹ V. en sentido conforme, por ej., PERUZZI, *Diritto di critica, whistleblowing e obbligo di fedeltà del dirigente*, en *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 832.

derechos que nacen de la relación laboral⁵⁰. La hipótesis de la denuncia de omisión contributiva es peculiar, ya que el derecho del trabajador se satisface con la mera respuesta positiva por parte de la Seguridad Social mediante la corrección de la posición contributiva: si la denuncia está motivada o surgen elementos probatorios adecuados, se satisface al trabajador sin necesidad de un contencioso con la institución o con el empleador.

Para legitimar la denuncia no es necesario alegar a las autoridades pruebas concluyentes. Se mantiene el hecho de que las declaraciones del denunciante tienen que tener cierta coherencia, en virtud de la buena fe: la denuncia no puede contener solo afirmaciones genéricas o ilógicas de las que surja una intención lesiva carente de credibilidad. Se trata de un delicado juicio que hay que ponderar en cada caso, en función del tipo de acusaciones y del grado de dificultad y escrupulosidad a la hora de recoger otros elementos: no se puede pretender que el trabajador se comprometa a investigar, pero es exigible que, antes de denunciar, este efectúe los controles mínimos que estén a su alcance. En caso de omisión contributiva, en todo caso, dichos controles resultan bastante sencillos, mediante las nóminas, eventualmente con la ayuda de la Seguridad Social o de otro sujeto experto. Además, si la omisión es total, el trabajador suele estar al corriente, excepto en los casos especiales de entrega de documentación falsa por parte del empleador, que en todo caso hoy se puede controlar a través de los sitios web institucionales de la Seguridad Social.

222

En general no se le exige al trabajador que interpele al empleador o a sus superiores jerárquicos, antes de efectuar la denuncia, sino que se puede dirigir directamente a las autoridades⁵¹. Todo ello es razonable cuando el comportamiento del empleador sea claramente ilegítimo, como en el caso de trabajo “en negro”: en dicha hipótesis es superfluo (y tal vez contraproducente) pedir la regularización contributiva al empleador. En los otros casos, en cambio, es razonable considerar que lo correcto sería que el trabajador se dirigiera previamente al empleador. En materia de cotización, así es, por ejemplo, cuando esté en duda la fiscalidad contributiva de una determinada partida retributiva. En todo caso, se trata de una incomprensión menor que difícilmente puede implicar la activación del poder disciplinario por parte del empleador.

El principal elemento que permite al empleador contestar una infracción al trabajador que haya presentado una denuncia es, obviamente, la difamación o la demostración de que el

⁵⁰ La prevalencia del interés del denunciante, convergente con el interés público, emerge con nitidez en la jurisprudencia administrativa que niega el acceso por parte del empleador a la parte de los informes de inspección que contienen declaraciones del trabajador: ej. Consejo de Estado, Sec. VI, 10 de febrero de 2015, n.º 714, (m) en *Foro Amm.*, 2015, 493; en dicho sentido, una norma del reglamento del Ministerio de Trabajo: art. 2.1, letra c, OM 4 de noviembre de 1994, n.º 757.

⁵¹ Trib. Cas. civ., 14 de marzo de 2013, n.º 6501, en *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 888.

trabajador es consciente de la falta de fundamento de la denuncia. Sin embargo, para que pueda surgir una responsabilidad disciplinaria del denunciante, no es suficiente que la denuncia se revele infundada en las sedes pertinentes. No es dirimente el hecho de que el proceso penal se concluya con el archivo de la *notitia criminis*⁵² o con la sentencia de absolución⁵³, ni que la inspección administrativa se concluya con un acta que establezca la regularidad de la conducta del empleador o que la sanción administrativa se anule en juicio. En este sentido la normativa también ofrece una adecuada protección a los llamados *whistleblower* (denunciante) en el sector público⁵⁴.

Sin duda se puede compartir la orientación jurisprudencial según la cual la denuncia de un delito perseguible de oficio o la interposición de una demanda por un delito perseguible por iniciativa de las partes pueden constituir una fuente de responsabilidad civil a cargo del denunciante o demandante, en caso de sucesiva exculpación o absolución, siempre que contengan tanto el elemento objetivo como el subjetivo del delito de calumnia. Fuera de dicha hipótesis, la actividad de los órganos de investigación se superpone a la iniciativa del denunciante o demandante, interrumpiendo cualquier nexo causal entre dicha iniciativa y el daño sufrido por el denunciado o demandado⁵⁵.

Para que la actividad de las autoridades competentes pueda ser un filtro protector para el denunciante, sin embargo, la denuncia no se debe divulgar a sujetos diferentes de las autoridades⁵⁶, ni mucho menos al público. La divulgación es un comportamiento que va más allá de la denuncia y que es superfluo para los controles por parte de las autoridades; así que debe considerarse sujeto a los límites más restringidos del derecho de libertad de expresión de los trabajadores⁵⁷. Si no se divulga, en cambio, la denuncia de por sí debe considerarse no sujeta a los límites de moderación de las expresiones⁵⁸ y de no perjudicialidad de las afirmaciones que

⁵² Ej. Trib. Cas. civ., 8 de julio de 2015, n.º 14249, en *DeJure*; Trib. Cas. civ., 23 de marzo de 2012, n.º 4707, en *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 831.

⁵³ Ej. Trib. Cas. civ., 7 de abril de 2014, n.º 8077, en *DeJure*.

⁵⁴ Véase el art. 54 *bis*, punto 9, D.leg. n.º 165/2001, artículo introducido en 2012, modificado en 2014 y reescrito por la L. n.º 179/2017, sobre la que se pueden ver algunas referencias en la nota 71.

⁵⁵ Ej. Trib. Cas. civ., Sec. III, 10 de junio de 2016, n.º 11898, y Trib. Cas. civ., Sec. III, 20 de octubre de 2003, n.º 15646; en la jurisprudencia penal v. Trib. Cas. pen., Sec. VI, 11 de junio de 2010, n.º 29237, todas (relativas a casos no laborales) en *DeJure*.

⁵⁶ Cfr. Trib. Cas. civ., 24 de enero de 2017, n.º 1752, con nota de SALAZAR, *La segnalazione di illeciti integra comportamento sanzionabile?*, en *Lav. giur.*, 2017, 681.

⁵⁷ V. la lúcida motivación del Trib. de Cas. civ., 16 de febrero de 2017, n.º 4125, con nota de SANTORO, *Il diritto di denuncia del lavoratore nei confronti del datore di lavoro*, en *Lav. giur.*, 2017, 456, y en *Giur. It.*, 2017, 708, con nota de FIATA, *La denuncia penale del lavoratore tra diritto di critica e obbligo di fedeltà*.

⁵⁸ Para una reciente aplicación del límite de la moderación formal v. Trib. Cas. civ., 6 de junio de 2018, n.º 14527, en *Lav. giur.*, 2019, 278, con nota disidente de DALLACASA, *La satira che non fa ridere: il macabro sotto la lente della Cassazione*.

son propias del ejercicio del derecho de libertad de expresión⁵⁹. La denuncia, por definición, señala comportamientos que se consideran ilícitos⁶⁰.

La distinción entre derecho de denuncia y derecho de libertad de expresión de los trabajadores puede desvanecerse cuando el número de autoridades a las que se dirige la denuncia sea amplio, de forma que en realidad se pretenda divulgar⁶¹. Por lo menos cuando la denuncia se haya dirigido también a las autoridades no estrictamente competentes (sobre todo si no hay ninguna graduación temporal en los envíos), corresponde al juez evaluar en qué medida es razonable, según la buena fe, aplicar las normas jurídicas del derecho de libertad de expresión, en función de la urgencia y del valor del interés subyacente.

6. LA IMPORTANCIA DE LA TUTELA DEL EMPLEADO FRENTE A REPRESALIAS

Como reacción expresa ante denuncias de omisión contributiva, el empleador raramente recurrirá al despido, ya que muy difícilmente dicha denuncia puede resultar acusable de haber excedido los límites del derecho del trabajador de defender su posición contributiva. En cambio, es menos improbable la hipótesis de despido como represalia disimulada por un supuesto motivo objetivo, o bien un despido formulado como consecuencia de una infracción disciplinaria diferente. Deben revisarse con especial atención todos los despidos que, aunque no se hayan motivado basándose en una supuesta inexactitud del ejercicio del derecho de libertad de expresión o de denuncia, se puedan reconducir a una posible represalia⁶². Cuando la denuncia de omisión, aunque no se indique como motivo de la rescisión, haya precedido (incluso con meses o años de diferencia)

224

⁵⁹ Ej. Trib. Cas. civ., 26 de septiembre de 2017, n.º 22375, en *www.wikilabour.it*. Para una insistencia en la diferencia, también en términos de repartición de la carga probatoria, entre derecho de libertad de expresión de los trabajadores y derecho de denuncia, v. PIOVESANA, *Il diritto di denuncia del lavoratore tra giurisprudenza e legge*, en *Var. temi dir. lav.*, 2019, 301 ss.

⁶⁰ BRESCIANI, *Denuncia e rapporto*, en *Digesto, Pen.*, Utet, Torino, 1989, 394 ss.; para los casos en que la represión está sujeta a la iniciativa del interesado como condición de admisibilidad, v. SAPONARO, *Querela*, en *Digesto, Pen.*, Utet, Torino, 2005, 1279 ss.

⁶¹ Ej. v. Trib. de Justicia de Roma, 15 de abril de 2016, en *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 812, con comentario de MOCELLA, *Sicurezza degli impianti nucleari e limiti al diritto di critica del lavoratore*, y en *Riv. giur. lav.*, 2016, II, 502, con comentario de VALENTI, *Diritto di critica del lavoratore*; así como el comentario de CAIRO, *Il diritto di critica del lavoratore*, en *Var. temi dir. lav.*, 2017, 189 ss.

⁶² Para un caso de despido disciplinario como represalia, confirmada en sede de legitimidad, relacionado con un anterior contencioso sobre contrato temporal que ganó el trabajador, con conversión a contrato indefinido, v. Trib. Cas. civ., 31 de enero de 2017, n.º 2499, en *Arg. dir. lav.*, 2017, 764, con nota de MATARESE, *La critica del lavoratore attraverso i social network*. Para un caso de despido como represalia detectado en la falta de renovación de una larga colaboración con un periódico, fingidamente autónoma y sucesivo a la solicitud de regularización laboral y de seguridad social, v. Trib. de Bolonia, 5 de octubre de 2018, en *www.wikilabour.it*.

cualquier despido, hay que efectuar con especial escrúpulo el análisis judicial del motivo aducido por el empleador o de los criterios aplicados en la elección del trabajador despedido.

No solo se trata de los despidos como represalia efectivos: también la amenaza de dicho acto es una infracción. No solo es un comportamiento indebido en el plano contractual, sino que además puede tener una relevancia penal. La jurisprudencia tiende a reconocer el delito (generalmente de extorsión) en la conducta del empleador que induce al empleado a aceptar y a cumplir un acuerdo con condiciones de trabajo inferiores respecto a los mínimos legales y en todo o en parte “en negro”, so pena de falta de contrato o de despido⁶³. Si, por lo tanto, la denuncia de omisión contributiva por trabajo sumergido se omite por parte del trabajador tras la presión del empleador, el hecho puede adquirir una connotación delictiva.

La relevancia penal subsiste obviamente en las situaciones de explotación típicas del trabajo del inmigrante irregular⁶⁴. Sobre esto se ha introducido algún perfeccionamiento normativo por la L. llamada “anti-explotación de jornaleros” n.º 199/2016⁶⁵. En todo caso, el legislador nacional podría hacer mucho más: tanto para aumentar la tendencia a denunciar por parte de los inmigrantes extracomunitarios explotados⁶⁶, que en cierto modo se ha reducido⁶⁷; como para reforzar las iniciativas colectivas, sobre todo las adoptadas en vía judicial⁶⁸. En una

⁶³ Cfr. Trib. Cas. pen., 5 de mayo de 2016, n.º 18727, en www.wikilabour.it. Cfr. también Trib. de Cas. pen., Sec. II, 5 de octubre de 2007, n.º 36642, en *Leggi d'Italia On Line*.

⁶⁴ Cfr. por ej. Trib. Cas. pen., 15 de diciembre de 2008, n.º 46128, en *Leggi d'Italia On Line*.

⁶⁵ Sobre la L. n.º 199/2016 de reforma del delito de corretaje ilícito y explotación del trabajo al que hace referencia el art. 603 bis CP, con introducción de los tres artículos sucesivos sobre el decomiso ampliado, v. DE SANTIS, *Caporalato e sfruttamento di lavoro: politiche criminali in tema di protezione del lavoratore. Pregi e limiti dell'attuale disciplina*, en *Resp. civ. prev.*, 2018, 1759 ss. y 2055 ss.; BEVERE, *La tutela dei lavoratori dalla condizione analoga alla schiavitù e i problemi non risolti dalla legge n. 199/2016*, en *Var. temi dir. lav.*, 2018, 129 ss.; D'ONGHIA-DE MARTINO, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199/2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, en *Var. temi dir. lav.*, 2018, 157 ss.

⁶⁶ El art. 6 de la Directiva 2009/52/CE, que reconoce al trabajador extracomunitario empleado de forma irregular el derecho de actuar por las retribuciones atrasadas también en caso de posible repatriación coactiva, se debe entender referido también a las cotizaciones omitidas: puede ser el caso del trabajador empleado irregularmente durante un periodo superior a tres meses que el propio artículo de la directiva presume como mínimo, salvo prueba en contrario (sobre los derechos retributivos y asistenciales por el trabajo realizado por extranjeros irregulares, v. también el art. 9 de la Convención Oil n.º 143/1975, ratificada con L. n.º 158/1981).

⁶⁷ Sobre el riesgo de que la reciente evolución de la normativa de protección social italiana, en particular la no devolución de las cotizaciones “silentes”, acabe perjudicando el interés del trabajador extracomunitario en la regularidad, v. D'AVINO, *Profili previdenziali del lavoro sommerso*, en M. ESPOSITO-DELLA PIETRA (a cargo de), *L'accesso alla sicurezza sociale: diritti soggettivi e tutele processuali*, Giappichelli, Torino, 2015, 68-71.

⁶⁸ El art. 13 de la Dir. 2009/52/CE anuncia «mecanismos eficaces para consentir a los ciudadanos de terceros países contratados ilegalmente que presenten denuncia a sus empleadores, ya sea de forma directa o a través de terceros designados por los Estados miembros, como sindicatos u otras asociaciones o una autoridad competente». Sin embargo, dicho art. 13 es una de las disposiciones aplicadas de forma menos adecuada en los Estados individuales, como señala la COMISIÓN EUROPEA, *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della dir. 2009/52/CE, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, Com/2014/0286 final, 7-9. Para un enfoque similar al del art. 13, v. en la Directiva 2014/67/UE el art. 11 sobre la «Facilitación de las denuncias».

perspectiva *de iure condendo*, se podría tomar en consideración también la idea⁶⁹, no nueva pero sí innovadora, de erradicar la tendencia del empleador a explotar la mano de obra inmigrada irregular mediante la introducción de una norma, no meramente transitoria sino permanente, que conceda un permiso de estancia a los inmigrantes extracomunitarios contratados “en negro” (habida cuenta de la necesidad de medidas destinadas a evitar oportunismos por parte de la criminalidad organizada del sector de la inmigración).

Para la protección contra posibles represalias del empleador como consecuencia de quejas y denuncias, recientemente se han introducido otras normas, además de las vigentes⁷⁰. Más allá de algunas deficiencias técnicas⁷¹, es digna de apreciación la L. n.º 179/2017, que ha extendido y reforzado la protección ya prevista en el sector público para los «autores de denuncias de delitos o irregularidades que hayan surgido en el ámbito de una relación de trabajo»⁷². La extensión concierne, con modalidades específicas, a los trabajadores de los entes de derecho privado sujetos a control público en virtud del art. 2359 CC, así como empresas proveedoras o contratistas de administraciones públicas. En lo que aquí nos interesa, la extensión concierne al sector privado, mediante la introducción de disposiciones en el D.leg. n.º 231/2001 sobre la llamada responsabilidad administrativa de delito. El refuerzo deriva, en primer lugar, de nuevas normas sobre la confidencialidad de la identidad del denunciante; en segundo lugar, de la firme prohibición de que este se someta a cualquier medida organizativa con repercusiones laborales negativas como consecuencia de la denuncia, con la obligación del empleador de demostrar que las medidas adoptadas están motivadas por razones ajenas a la denuncia. Dicha prohibición se controla a través de ingentes sanciones administrativas económicas, aplicables, asimismo, en caso de falta de comprobación de las denuncias recibidas.

226

⁶⁹ Es la opinión expresada en múltiples congresos por el fiscal general Alleva; así como por BARBIERI, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, en *Riv. it. dir. lav.*, 2010, III, 99-105. Sobre el nexo entre criminalización de la estancia irregular y la reducida tendencia a la denuncia por parte de los extranjeros explotados, v. también CALAFÀ, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, en *Lav. dir.*, 2017, 80 ss.

⁷⁰ Cfr., por ejemplo, el art. 28 del D.leg. n.º 150/2011, en particular el punto 6, que dispone que para la liquidación del daño, el juez «tiene en cuenta el hecho de que el acto o el comportamiento discriminatorio constituyen una represalia por una acción judicial anterior o bien una injusta reacción ante una actividad anterior del sujeto perjudicado con la finalidad de obtener el principio de igualdad de trato»: norma que podría aplicarse también a las represalias por parte del empleador contra denuncias de irregularidad contributiva (que siempre crean desigualdad respecto al trato que reciben aquellos cuyas nóminas son regulares, a menudo con repercusiones diferentes respecto a criterios de discriminación prohibidos).

⁷¹ FERRANTE, *Novità per il settore pubblico e privato in tema di whistleblowing*, en *Labor*, 2018, 2, 148 ss.

⁷² Cfr. también el Reglamento ANAC del 30 de octubre de 2018 sobre el ejercicio del poder sancionador en materia de tutela de los autores de denuncias de delitos o irregularidades en el ámbito de una relación laboral según el art. 54-bis del D.leg. 165/2001, modificado con Resolución n.º 312 del 10 de abril de 2019, en *Gazz. uff.*, 26 de abril de 2019, n.º 97. Además de la obra mencionada en la nota anterior, sobre esta ley v. MARTONE, *La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della l. 30 novembre 2017, n. 179*, en *Arg. dir. lav.*, 2018, 61 ss.

En todo caso, en el equilibrio del contrato de trabajo, el nudo central sigue siendo la regulación general sobre despidos. A pesar de la amplia diversidad de opiniones, es indudable la función instrumental de los límites legales del despido respecto a la efectiva obtención de las tutelas y facultades previstas en una relación constante: no solo las laborales, sino también las asistenciales que comporten repercusiones para el empleador, como la denuncia de accidente laboral o bien la denuncia de total o parcial omisión contributiva.

Queda fuera de esta sede el análisis de las conocidas reformas de 2012 y 2015 sobre el aparato sancionador por despidos improcedentes, incluidos los despidos derivados de las represalias del empleador⁷³. La reforma a la que hace referencia el D.leg. n.º 23/2015 tenderá a ampliar la casuística en la que en juicio se reconoce (no la mera falta de fundamento sino) la nulidad de la rescisión, de modo que la sanción imponible sea la restitutiva. Ello vale tanto en general como de forma particular para los despidos como consecuencia del ejercicio del derecho de libertad de expresión o denuncia por parte del trabajador. Sin embargo, el D.leg. n.º 23/2015 ha aumentado el temor que los trabajadores pueden nutrir respecto al poder del empleador. De hecho, dicha reforma ha disminuido el efecto disuasorio respecto a posibles conductas ilícitas del empleador, no solo porque ha hecho la restitución aplicable a un reducido número de hipótesis, sino sobre todo por la modestia de los importes de las indemnizaciones que se pueden obtener con los otros casos de despido improcedente, incluso cuando la relación laboral haya durado varios años.

Sin embargo, han cambiado bastantes cosas tras la sentencia n.º 194/2018 del Tribunal Constitucional. No es necesario analizar aquí el hilo argumentativo del TC o los tecnicismos del nuevo ordenamiento del art. 3.1 del D.leg. n.º 23/2015: es suficiente observar que dicha resolución de ilegitimidad constitucional, devolviendo al juez un amplio margen de decisión sobre la cuantificación de las indemnizaciones por daños y perjuicios, sin duda ha dado mayor valor disuasorio a la disciplina sancionatoria de los despidos improcedentes de los trabajadores contratados desde la primavera de 2015⁷⁴.

⁷³ La bibliografía al respecto es muy vasta: entre las obras monográficas recientes, se reenvía a FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2016, *passim* 189 ss.; y, concretamente, a BIASI, *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Cedam, Padova, 2017, en especial 117 ss., y F. MARINELLI, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*, Giuffrè, Milano, 2017, 153 ss.

⁷⁴ Obviamente el debate fue intenso: v. M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 378/2018; MARTONE, *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del "jobs act"*, en *Arg. dir. lav.*, 2018, 1518; el volumen de ANDREONI-FASSINA (a cargo de), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Ediesse, Roma, 2019 con la colaboración de PALLANTE, SPEZIALE, PONTERIO, GIUBBONI, ORLANDINI, BARBIERI, DE MARCHIS, D'ONGHIA, ESPOSITO, LASSANDARI, MARTINO, PALLINI, PICCININI, SCARPELLI, DEL ROSSO; CESTER, *Il jobs act sotto la scure della corte costituzionale: tutto da rifare?*, en *Lav. giur.*, 2019, 153.

Combinada con las modificaciones que mientras tanto había introducido el DL n.º 87/2018, de hecho, dicha resolución permite que la indemnización por daños y perjuicios pueda llegar hasta 36 mensualidades, sin ningún rígido vínculo proporcional a los años de servicio. Ello se traducirá en un (probablemente fuerte) aumento de las indemnizaciones liquidadas tras las sentencias de despido improcedente. El trabajador recién contratado, cuando sufra un despido que se derive de un deterioro injustificado de las relaciones personales con el empleador, puede llegar a cobrar importes compensatorios significativos incluso cuando no disponga de elementos probatorios que demuestren de forma unívoca una represalia. Dado que ahora incluso la mera falta de fundamento del despido se puede sancionar de forma adecuada (aunque sea en el plano económico y no reparatorio), la reacción ilegítima del empleador implica con más probabilidad un coste significativo a su cargo.

7. LA VINCULACIÓN DEL CARÁCTER AUTOMÁTICO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES AL CARÁCTER EXIGIBLE DE LA COTIZACIÓN

228

Respecto al delicado equilibrio para obtener la tutela efectiva respecto a posibles represalias contra el trabajador denunciante, parece difícil entrever soluciones mejores en el plano *de iure condendo* en el ámbito de la disciplina de la automaticidad de las prestaciones asistenciales. Recorrer dicha vía alternativa implicaría reducir o eliminar cualquier presión del ordenamiento sobre el trabajador para que denuncie, por ejemplo, permitiéndole que se preocupe de las lagunas contributivas solo poco antes de la pensión. En función de todo lo expuesto, sin embargo, esta no parece una buena solución.

Resulta inviable dividir la automaticidad de las prestaciones de i.v.s. y el límite de la prescripción de las cotizaciones, ya que de otra forma, el sistema de protección social se prestaría a comportamientos oportunistas conectados con el trabajo no declarado, que resultaría tutelado en el plano contributivo sin poderse recuperar en el plano del cobro. Por lo tanto, el autor considera poco convincentes las propuestas, inspiradas en intentos de generalización de la tutela, de derogar el límite cronológico de la automaticidad de las prestaciones de i.v.s.

Al mismo tiempo, resulta contraindicado intervenir nuevamente en la disciplina de la prescripción de las cotizaciones. Por un lado, las mismas razones por las que la reforma Dini en 1995 intervino con la reducción generalizada de la duración a cinco años, desaconsejan una inversión de dicha decisión legislativa, sobre todo hoy en día que está en vías de extinción el enorme contencioso sobre la tortuosa fase transitoria. Por otro lado, parece inoportuno imaginar

una intervención normativa sobre la disciplina del inicio de la prescripción de las cotizaciones⁷⁵. De hecho, sería bastante problemático extender a la prescripción de las cotizaciones la importante evolución jurisprudencial que se está produciendo sobre los derechos retributivos. Como es bien sabido, tras la reforma del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores de 2012 y con mayor razón tras el D.leg. n.º 23/2015, una considerable orientación jurisprudencial⁷⁶ reconoce el deber constitucional de extender a los trabajadores regularmente⁷⁷ empleados por empleadores mayores, el aplazamiento del transcurso de la prescripción al final de la relación: se refiere obviamente al aplazamiento establecido por las famosas resoluciones del TC⁷⁸ centradas en el *metus* del empleado en las relaciones no tuteladas en caso de despido improcedente. Ahora bien, esas resoluciones del TC se fundan en el art. 36 de la Constitución italiana, así que limitan la protección constitucional al derecho a la retribución respecto a la renuncia que se puede dar de forma tácita tras el deliberado transcurso del plazo de prescripción⁷⁹. Por otra parte, figura un precedente específico del propio TC sobre la imposibilidad de extender dicha orientación al derecho a la indemnización por el daño de omisión contributiva⁸⁰.

Una intervención normativa que extendiera a la cotización la suspensión del transcurso del plazo de prescripción ante una relación laboral constante sería un agravamiento dramático de las relativas responsabilidades del empleador y, además, sería incontrolable por las administraciones. Los sistemas de protección social y fiscales competentes para la recuperación ya resultan afligidos en el régimen actual, en el que la prescripción es fácilmente calculable en

⁷⁵ Dicha intervención normativa se ha contemplado por FEDERICI, *Lavoro irregolare e omissione contributiva: tecniche di tutela e sistema sanzionatorio*, Halley, Matelica di Macerata, 2006, 85. Análogamente MESITI, *Omissioni contributive e tutela del lavoratore dipendente*, en *Lav. giur.*, 2008, 1091.

⁷⁶ Dicha orientación se inauguró en el foro de Milán: ej. Trib. de Milán, 16 de diciembre de 2015, n.º 3460, juez Di Leo. Es amplio el debate doctrinal: se reenvía a MAINARDI, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, en *Giur. it.*, 2013, 4, 884 ss.; MAIO, *Ancora su stabilità e metus dopo le recenti riforme dei licenziamenti ed una prima sentenza*, en *Arg. dir. lav.*, 2016, 560 ss.; SCHIAVONE, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro: diritto vivente e recenti riforme*, en E. GHERA-D. GAROFALO (a cargo de), *Le tutele per i licenziamenti*, cit., 218 ss.; PERSIANI, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, *Arg. dir. lav.*, 2018, 2 ss.

⁷⁷ La jurisprudencia constitucional sobre la suspensión del transcurso de la prescripción para los créditos de los empleados de empresas menores se ha extendido durante el tiempo por el TS a los trabajadores de empresas mayores no correctamente declarados: ej. Trib. Cas. civ., 10 de abril de 2000, n.º 4520, con nota de GIRARDI, *La prescrizione dei diritti del lavoratore nel corso del rapporto*, en *Lav. giur.*, 2001, 65.

⁷⁸ TC, 10 de junio de 1966, n.º 63, en *Mass. giur. lav.*, 1966, 133; TC, 20 de noviembre de 1969, n.º 143, en *Mass. giur. lav.*, 1969, 391, sobre la exclusión del sector público; TC, 12 de diciembre de 1972, n.º 174, en *Foro it.*, 1973, I, 22, sobre la importancia del art. 18 Est. Trab.; TC, 21 de mayo de 1975, n.º 115, en *Mass. giur. lav.*, 1975, 286; TC, 1 de junio de 1979, n.º 40-44, en *Giur. cost.*, 1979, 339 y 439; TC, 10 de febrero de 1981, n.º 13, en *Mass. giur. lav.*, 1985, 145. Cfr. *funditus* MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1983, espec. 17 ss. y 133 ss.

⁷⁹ Cfr. TC, 20 de marzo de 1969, n.º 39, en *Foro it.*, 1969, I, 1058, que ha excluido la congelación del inicio del plazo en referencia al derecho a la cualificación, y TC, 28 de enero de 1970, n.º 10, en *Foro it.*, 1970, I, 711, que lo ha excluido igualmente por el derecho a la indemnización del daño sufrido por el trabajador por accidente laboral.

⁸⁰ TC, 29 de abril de 1971, n.º 86, en *Mass. giur. lav.*, 1971, 120.

función de la fecha a la que se refieren las cotizaciones: resultaría difícil gestionar un control más complejo que implicara la identificación del momento de extinción de la relación, que además a veces es objeto de controversia entre las propias partes contractuales.

El cumplimiento de la obligación contributiva se debe incentivar a través de mecanismos de presión difundida en la sociedad civil y en el mundo productivo. Para ello resulta funcional la aplicación dosificada de los límites a la automaticidad de las prestaciones: no se trata de una supuesta directiva hermenéutica, sino de una verdadera tendencia que se puede encontrar en la maraña normativa vigente. Para la funcionalidad del sistema de protección social, parece inoportuno no incentivar las denuncias por irregularidad contributiva en el plazo de cinco años (o durante un razonable) periodo de tiempo equivalente a la prescripción de las cotizaciones.

En resumen, la falta de cobertura pública de las lagunas contributivas anteriores al plazo de cinco años de prescripción de la cotización resulta difícilmente modificable; es más, es una limitación de las medidas de protección social bastante funcional para generar en el trabajador el interés en el cuidado de la propia posición contributiva. Aunque es criticable el enfoque de predominante *soft law* en este ámbito⁸¹, no parece oportuno dejar el contraste de los fenómenos de omisión y evasión solo a los controles de inspección y a la ejecución forzosa⁸². Incluso las medidas de recaudación más enérgicas solo pueden obtener un bajo porcentaje de resultados efectivos cuando el cumplimiento no ha sido espontáneo y el crédito ya se ha “trabado”.

Dado que el interés de los trabajadores en el ingreso de las cuotas converge con el público en su cobro, la administración del sistema de protección social encuentra en cada uno de ellos un potencial aliado. Se trata de una alianza formidable, a causa del móvil de los trabajadores, es decir, su propio interés económico⁸³, y de la ubicuidad de su difusión en el espacio y en el tiempo: en cualquier relación laboral, dondequiera que se desarrolle y en cualquier momento, e incluso tras su finalización, es decir, cuando no se podría llevar a cabo ningún control de inspección *in situ*, por lo menos respecto al trabajo “en negro”. Es una ubicuidad que ningún sistema de

230

⁸¹ Se trata de una constatación difundida: ej. VISCOMI, *Lavoro sommerso e immigrazione*, en *Lav. giur.*, 2008, 22 ss.; v. también, respecto a dos sucesivas fases de reforma del aparato normativo, las críticas de M. ESPOSITO, *Le attività ispettive e il contrasto al lavoro irregolare nel sistema del Jobs Act*, en *Riv. giur. lav.*, 2016, I, 587-589, y BELLAVISTA, *Al di là del lavoro sommerso*, en *Riv. giur. lav.*, 2008, I, 10 ss. Más allá de la fronteras, una opinión neta es la de DAVIDOV, *The Enforcement Crisis in Labour Law and the Fallacy of Voluntarist Solutions*, en *Intern. jour. compar. lab. law ind. rel.*, 2010, vol. 26, 62 ss.

⁸² V. el análisis comparado de STRBAN, *Contribution collection systems and possible measures to improve their effectiveness*, Council of Europe and European Commission “Social institutions support programme” Paper, 2007, 36 ss.

⁸³ Sobre el hecho de que la aplicación de algunas disciplinas sancionadoras y, sobre todo, el ejercicio de los poderes normativos por parte de los órganos de inspección públicos, imponiendo al empleador la regularización de las situaciones de infracción, acaban convirtiéndose también en herramientas para garantizar algunas posiciones jurídicas del trabajador, v. NOVELLA, *Contratto di lavoro e ispezione. Modelli e strumenti tra interessi pubblici e privati*, Aracne, Roma, 2018, *passim*.

inspección podría alcanzar jamás, aun cuando estuviera bien dotado y organizado (hay que tener en cuenta que, para los millones de trabajadores italianos, el cuerpo de inspección público cuenta solo con unos cuatro mil encargados). La comunidad de interés de los trabajadores en este ámbito, por otro lado, podría tener importantes repercusiones gracias a la acción de agregación propia del fenómeno sindical⁸⁴, en caso de que se valorizara por parte del legislador. Como solución extrema para los casos más patentes de explotación, no se debería abandonar la idea de instituir una especie de “recompensa” para algunos sujetos, acreditados con un procedimiento específico, que colaboran con los órganos institucionales en la investigación de casos de economía sumergida especialmente graves⁸⁵.

8. PLURALIDAD DE DECLINACIONES DE LA AUTORRESPONSABILIDAD EN EL SISTEMA ITALIANO DE PROTECCIÓN SOCIAL

La exigencia de contrastar la pérdida de recursos (fiscales y) contributivos causada por el trabajo no declarado parece justificar un ordenamiento que desincentive la aceptación de puestos de trabajo “en negro” y que anime al trabajador a efectuar *ex post* notificaciones y denuncias haciendo presión sobre su propio interés⁸⁶. Igualmente, con la finalidad de evitar que las situaciones de dificultad de las empresas acaben, más de lo inevitable, en omisiones contributivas nocivas para las arcas de la Seguridad Social, es seguramente útil unir la vigilancia por parte de los poderes públicos con el control de cada trabajador de su propia posición contributiva, manteniendo la cobertura a cargo de la colectividad de las consecuencias contributivas de las situaciones de definitiva insolvencia judicialmente comprobadas.

Dicha valorización normativa de la iniciativa personal del trabajador para la tutela de su posición contributiva resulta ser la expresión de una regla más general propia de la protección social, es decir, la autorresponsabilidad. Esta última, de alguna forma, impregna también los ámbitos reguladores más sensibles, incluso la disciplina sobre accidentes laborales⁸⁷.

⁸⁴ Cfr. SCARPELLI, *Il contrasto al lavoro irregolare, tra sanzioni e regole di responsabilità*, en *Riv. giur. lav.*, 2008, I, 62 ss. spec. 71-73.

⁸⁵ BELLAVISTA-GARILLI, *Politiche pubbliche e lavoro sommerso*, en *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 272-278.

⁸⁶ FERRANTE, *Economia “informale” e politiche del lavoro: un nuovo inizio?*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT 337/2017, 36. Con referencia al ordenamiento alemán, para un análisis de la normativa para contrastar el trabajo no declarado que enfatiza el relieve del «ex-post control driven by private initiative», v. WAAS, *Undeclared Work: Possible Sanctions on Closer Examination*, en *Eur. lab. law jour.*, 2014, 188 ss.

⁸⁷ En tema de indemnización de daños por accidente laboral por parte del seguro público obligatorio italiano (INAIL), rige el límite a la tutela constituido por el riesgo “electivo” es decir, por grave culpa del trabajador, que la jurisprudencia parametriza en función de lo excéntrica que resulte la conducta del trabajador respecto a los comportamientos que el ordenamiento jurídico desea inducir en los asegurados: v. por ej. Trib. Cas. civ., 9 de julio

Dado que, incluso cuando el trabajador esté al corriente desde el principio de la irregularidad, la facultad de denuncia de omisión contributiva queda a su disposición durante todo el plazo de cinco años sucesivo a dicha omisión, queda garantizada en el plano de la cobertura de pensiones una amplia reversibilidad de la aceptación de un empleo no regularmente declarado. El ordenamiento italiano parece tener en cuenta, de esta forma, que el trabajo no declarado, en sus diferentes formas, raramente es una elección del trabajador, por lo menos en los sectores con renta baja (sobre todo en casos de inmigrantes irregulares). La valorización normativa de la actuación individual para tutelar su propia posición contributiva se aparta, por lo tanto, de la condicionalidad de las subvenciones.

Esta última, tras la reforma introducida por el decreto de aplicación de la L. delegación n.º 183/2014⁸⁸ y sobre todo con la disciplina de la renta de ciudadanía establecida por el DL n.º 4/2019, es la expresión hoy más discutida de la idea de responsabilidad individual en el sistema italiano de protección social. La condicionalidad, sin embargo, tiene un diferente y mayor impacto limitativo de las libertades individuales, ya que implica responsabilidades inmediatas por decisiones que el trabajador no puede aplazar, que son muy poco reversibles: la oferta de trabajo mediante los servicios públicos para el empleo, si responde a los criterios de la adecuación⁸⁹, se debe aceptar en poco tiempo; igualmente, a las convocatorias por parte de dichos servicios es obligatorio responder en poquísimos días⁹⁰.

En cuanto a la aceptación obligatoria de ofertas de trabajo, por otro lado, la condicionalidad tiende a aumentar la presión competitiva entre trabajadores sobre los regímenes económico-normativos. En cambio, el carácter automático de las prestaciones, al favorecer la intransigencia de los trabajadores respecto a las omisiones contributivas, tiene el efecto contrario, esto es, la reconducción a la legalidad asistencial y laboral de los regímenes.

Otro rasgo distintivo de la condicionalidad de los subsidios por desempleo/inactividad es el poder discrecional del que dispone la administración para las decisiones: la adecuación de la

de 2014, n.º 15705, con nota de A. FONTANA, *L'infortunio oltre i limiti dell'attualità di lavoro*, en *Mass. giur. lav.*, 2015, 324.

⁸⁸ V., con diferentes puntos de vista, M. RICCI, *I servizi per l'impiego dopo le modifiche legislative tra luci e ombre*, en *Arg. dir. lav.*, 2017, 339 ss.; LASSANDARI, *La tutela immaginaria nel mercato del lavoro*, en *Lav. dir.*, 2016, 237 ss.; D'ONGHIA, *Il rafforzamento dei meccanismi di condizionalità*, en F. CARINCI (a cargo de), *Jobs Act: un primo bilancio*, Adapt University Press, Bergamo, 2016, 385 ss.; VALENTE, *La riforma dei servizi per il mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2016, 124 ss.; SALOMONE, *Le prestazioni di politica attiva del lavoro al tempo del Jobs Act*, en *Lav. dir.*, 2016, 282 ss.

⁸⁹ V. los art. 25 (modificado por el art. 4.9-bis, del DL n.º 4/2019) y 3.3, lett. a (modificado por el D.leg. n.º 185/2016) del D.leg. n.º 150/2015, así como la OM del Ministerio de Trabajo del 10 de abril de 2018, sobre la definición de la oferta de trabajo adecuada, en *Gazz. uff.* 14 de julio de 2018, n.º 162.

⁹⁰ El art. 21.6 del D.leg. n.º 150/2015 precisa que el beneficiario puede ser convocado durante los días laborables por los servicios para el trabajo competentes con un preaviso de «al menos 24 horas y no más de 72 horas» según las modalidades acordadas en el pacto de servicio personalizado.

oferta laboral, el ajuste de los planes de cualificación profesional individuales, la fundamentación jurídica y objetiva del motivo justificado de la ausencia en las convocatorias, etc. En los otros ámbitos asistenciales donde la prestación es un derecho subjetivo, en cambio, el poder discrecional de las administraciones se limita a aspectos técnicos, sobre todo médico-legales, o concierne a la evaluación inicial de los presupuestos para la concesión de la prestación pero no al poder de reducirla o revocarla. Respecto al carácter automático de las prestaciones, en la concesión de la cobertura, el poder de la administración se limita a la comprobación de la injustificada laguna contributiva: control que comporta un modesto poder discrecional, si la instancia del trabajador está documentada.